

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

41

Edición especial sobre derecho indígena
Enero-Junio 2005



REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución
del *Ombudsman*.....7
Roberto Cuéllar M.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América
Latina: Logros, límites y perspectivas.....17
Diego A. Iturralde G.

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho consuetudinario:
El caso del Perú.....51
Fernando Bazán Cerdán

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:
Balance y perspectivas.....83
Ricardo Colmenares Olívar

El sistema jurídico indígena en Costa Rica:
Una aproximación inicial.....119
Rubén Chacón Castro

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador.....151
Fernando García S.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa
Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?.....171
Clarisa Indiana Ibarra Rivera

La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia.....	195
<i>Ramiro Molina Rivero</i>	
Pluralismo jurídico y paz en Guatemala.....	209
<i>Guillermo Padilla</i>	
Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia.....	225
<i>Esther Sánchez Botero</i>	
La costumbre jurídica de los pueblos mayas.....	253
<i>John Schwank Durán</i>	
Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad.....	287
<i>María Teresa Sierra</i>	
Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua.....	317
<i>Lorena González Volio</i>	
El caso de la comunidad indígena <i>Yakye Axa vs. Paraguay</i>	347
<i>Andrés D. Ramírez</i>	

Presentación

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución del *Ombudsman*

Sobre la base de una larga tradición de trabajo con instituciones del *ombudsman* y con organizaciones indígenas de la región, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos llevó adelante, a lo largo del 2005 y con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Agencia Sueca de Cooperación para el Desarrollo (ASDI), un proyecto encaminado a establecer un perfil regional del papel y los límites de la institución del *ombudsman* en relación con la promoción y protección de los derechos de los pueblos y las personas indígenas. El programa incluyó el análisis comparado de las características legales de estas instituciones en la región y el estudio de experiencias prácticas destacadas en algunos países, así como la discusión y validación de los hallazgos de estos ejercicios en una acción de capacitación con funcionarios de las instituciones del *ombudsman*, dirigentes indígenas y especialistas en la temática, provenientes de países con significativa presencia indígena. Como resultado de estas actividades, se han publicado dos libros que contienen los estudios nacionales y la comparación regional, y dos manuales, para funcionarios del *ombudsman* y para activistas indígenas¹.

Uno de los temas más destacados a lo largo de los estudios y los debates es el estado de reconocimiento y de ejercicio real de las

¹ Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Ombudsman y derechos indígenas en América Latina: estudio comparativo sobre el marco normativo e institucional*, IIDH, Costa Rica, 2006; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estudio de casos en Bolivia, Colombia Guatemala y Nicaragua*, IIDH, Costa Rica, 2006; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *La figura del Ombudsman: guía de acompañamiento a los pueblos indígenas como usuarios (Módulos de capacitación sobre Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas)*, IIDH, Costa Rica, 2006; Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman, (Módulos de capacitación sobre Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas)*, IIDH, Costa Rica, 2006.

prácticas tradicionales indígenas, para contribuir a la solución de conflictos y controversias dentro de su propia institucionalidad social y sobre la base de su propio derecho (derecho consuetudinario, costumbre jurídica o sistema jurídico indígena, como lo denominan los mismos interesados). Conciente de la importancia y permanente actualidad de este debate, el IIDH invitó a varios especialistas, que colaboraron de diversas maneras en la ejecución del programa, a preparar textos que dieran inicio a un balance o estado del arte sobre la cuestión del derecho indígena en varios países de la región. Este número de la Revista IIDH recoge esas contribuciones.

Esta iniciativa alimenta un espacio regional de reflexión en cuya apertura el IIDH tuvo un rol importante cuando a finales de la década de 1980 auspició varias acciones pioneras de capacitación e investigación, que culminaron con la publicación del libro *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*², y responde a múltiples sugerencias sobre la necesidad de hacer un balance integral de los resultados de más de veinte años de esfuerzos de las organizaciones indígenas, de los gobiernos de la región y de los organismos internacionales, por encontrar mecanismos que mejoren el acceso a la justicia por parte de las personas y los pueblos indígenas.

Acceso a la justicia y derechos humanos

Desde el punto de vista de la doctrina de los derechos humanos, el acceso a la justicia puede ser considerado en sí mismo como un derecho, garantizado en el orden internacional y en el orden interno y constituido por un conjunto de otros derechos, como debido proceso, defensa oportuna, gratuidad, entre otros. Significa que *todas las personas –independientemente de su sexo, origen nacional o étnico y sus condiciones económicas, sociales o culturales– tienen la posibilidad real de llevar cualquier conflicto de intereses (sean individuales o colectivos) ante un sistema de justicia y de obtener su justa resolución; entendiendo por sistema de justicia todos los medios para atender y resolver conflictos, que sean reconocidos y respaldados por el Estado*. En términos generales, esta posibilidad depende de varios factores entre los que cabe destacar: la proximidad de tales mecanismos de solución de controversias legales y/o conflictos de intereses, ya se trate del sistema jurisdiccional (el sistema formal y oficial de administración de justicia), o de sistemas alternativos de resolución de conflictos; el cabal cumplimiento de las

² Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (compiladores), *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México DF, 1990.

normas y prácticas del debido proceso, y la capacidad real de contar con servicios de asistencia legal (abogacía) accesibles.

De conformidad con dos estudios del IIDH sobre varios países de la región³, en los pasados diez años los sistemas formales de administración de justicia fueron objeto de programas de reforma y fortalecimiento, como resultado de los cuales el número de dependencias judiciales creció y mejoró su cobertura geográfica y temática. Este crecimiento fue consistente con aumentos del porcentaje del presupuesto nacional destinado al Poder Judicial; el establecimiento formal de la carrera judicial y la creación o fortalecimiento de escuelas de formación de jueces; la creación de oficinas de mediación o de resolución alternativa de conflictos por parte de los organismos judiciales, y el establecimiento de mecanismos locales de atención de controversias del tipo *jueces de paz*. Finalmente, hoy en día casi todos los países cuentan con instituciones de *defensa pública*, especialmente orientadas al ramo penal y a la atención de personas de escasos recursos. Además, 23 países de América Latina y el Caribe establecieron la figura del *ombudsman* (Defensor del Pueblo o Procurador de Derechos Humanos) y se reporta un aumento constante del número de casos atendidos y una ampliación progresiva de las temáticas que son admitidas a trámite por estas instituciones. También ha aumentado la disponibilidad de mecanismos privados de conciliación y arbitraje, principalmente asociados a los gremios empresariales y se mantiene –aunque no crece– la labor de las universidades y de las organizaciones no gubernamentales prestando asistencia jurídica a través de *bufetes populares* o *clínicas legales*.

Estos datos dan cuenta de que algunas condiciones materiales de acceso a la justicia han mejorado en los últimos años, pero no dicen nada acerca de la calidad de las soluciones que se pueden conseguir, ni de la celeridad con la que los asuntos pueden ser resueltos, ni de los costos económicos que pudieran implicar, tres asuntos que, además de la disponibilidad del sistema y el cumplimiento del debido proceso, han sido señalados como obstáculos para el disfrute del derecho de acceso a la justicia en general⁴.

³ “Mapa de Progresos en Derechos Humanos: Bolivia, Guatemala, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela”, IIDH, 2002 (disponible en el sitio web del IIDH, sección “Centro de recursos pedagógicos”: www.iidh.ed.cr); y, José Thompson (coordinador académico), *Acceso a la justicia y equidad: estudio en siete países de América Latina*, BID e IIDH, 2000.

⁴ Efectivamente, indicadores sobre porcentajes de detenidos sin sentencia, causas no resueltas o abandonadas, tiempo de dilación de los juicios y costos reales para los reclamantes, muestran tendencias de crecimiento sostenido. La Comisión Andina de Juristas (Lima, Perú) reporta periódicamente esta situación para la subregión.

Otro asunto pendiente de resolver, sobre el cual el BID, el IIDH y otras instituciones vienen trabajando sistemáticamente y en el cual se enmarca el proyecto señalado, es el acceso de los pueblos indígenas a la justicia. Este sector acumula, además de los problemas generales de acceso, los que se derivan de su marginalidad económica, política y social (condición que comparten con todos los pobres); los provenientes de la falta de adecuación de los sistemas legales y jurisdiccionales a sus características lingüísticas y culturales y a las dinámicas sociales específicas y diversas (lo que comparten, en algunos países, con otras poblaciones, como las afrodescendientes), y la tensión no resuelta entre formas propias de atención y resolución de conflictos y generalidad del régimen jurídico nacional (jurisdicción nacional vs. jurisdicción indígena).

Acceso a la justicia y derechos de los pueblos indígenas

En términos generales, dadas las características antes indicadas, los progresos en el campo de la impartición de justicia resultan insuficientes para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y el acceso al servicio por parte de personas pertenecientes a estos pueblos. Si bien varios países adoptaron en la última década del siglo XX reformas constitucionales que reconocen la diversidad étnica y el plurilingüismo⁵, solamente algunos de ellos incluyeron la pertinencia del derecho consuetudinario o los usos y costumbres como recurso alternativo para atender conflictos; un número menor atribuye funciones parajudiciales a las autoridades comunitarias, y únicamente dos constituciones reconocen claramente la posibilidad de la coexistencia de una jurisdicción especial indígena. Estas nuevas normas han viabilizado modestas modificaciones a la hora de introducir reformas a la legislación –principalmente penal y de procedimientos penales– y a la institucionalidad del poder judicial –jueces de paz no letrados, juzgados comunitarios–. No se han desarrollado, como lo prevén las constituciones, leyes específicas de justicia indígena⁶. En dos o tres países de la región se ha generado jurisprudencia –en instancias de control de constitucionalidad– favorables al ejercicio de una jurisdicción especial para los indígenas y unos pocos casos sobre la materia han sido elevados a

⁵ Para una revisión del estado de la legislación, ver: “Base de datos sobre legislación indígena”, BID, <http://www.iadb.org/sds/ind/site>.

⁶ Ni en Colombia ni en Ecuador, donde los textos constitucionales son más explícitos, han prosperado los intentos por promulgar una ley que regule esta jurisdicción especial.

consideración de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁷.

El abanico de derechos que reclaman los pueblos indígenas es muy amplio. Incluye, por supuesto, el privilegio de un orden jurídico y judicial propio –principalmente en lo referido a la consideración de infracciones y de conflictos internos– pero también derechos territoriales y ambientales específicos, derecho a un desarrollo propio, a ser consultados por el gobierno en asuntos que les afectan, cuestiones de propiedad intelectual y patrimonio, así como atención preferencial a los rezagos en materias económicas, sociales y culturales y asuntos relacionados con el uso de las lenguas, las prácticas médicas tradicionales y la discriminación. De este amplio conjunto de reivindicaciones solamente algunas pueden ser encausadas en el orden jurisdiccional, hay muchas otras que no logran configurarse como derechos justiciables –o no son aceptadas por los jueces– y quedan libradas al orden contencioso-administrativo, a la reclamación directa o a la negociación política. Más aún, buena parte de estas reclamaciones son hechas por colectividades, que no siempre cuentan con una personería legal que les permita comparecer en juicio, lo cual les cierra otra vez la posibilidad de acudir a los tribunales para asegurar el cumplimiento de sus derechos⁸.

Las situaciones antes descritas reclaman esfuerzos para ampliar el acceso de los indígenas a instancias que faciliten la atención de sus reclamos, que ellos los perciben como –y en una buena medida son– actos de justicia. Un primer mecanismo consiste en asegurar el mejor acceso a la justicia nacional; otro, reconocer una esfera de justicia propia, que ejercen las autoridades comunitarias y locales; un tercero, el fomento de mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Una solución complementaria emergente, cada vez más utilizada, es considerar los reclamos indígenas como quejas de derechos humanos y presentarlas ante las oficinas de *ombudsman*,

⁷ El IIDH ha auspiciado desde 1988, conjuntamente con el Colegio de México, el Instituto Indigenista Interamericano, el Fondo Indígena y la OIT, varias investigaciones y encuentros regionales de antropólogos, abogados, dirigentes indígenas y operadores de justicia, que ponen en evidencia este tipo de problemas y exploran posibles soluciones. Ver, entre otros, los libros: Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde, (compiladores), *Entre la ley y la costumbre...*; “Memoria del II Seminario Internacional sobre Administración de Justicia y Pueblos Indígenas”, IIDH, 1999; y el video “Administración de justicia y pueblos indígenas: Hacia el reconocimiento del derecho de los pueblos indígenas”, IIDH, 1999.

⁸ Ver al respecto de estos límites de justiciabilidad, los estudios publicados en el libro: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable*, IIDH, 1998.

los cuales a su vez pueden hacerlas objeto de sus peticiones y recomendaciones ante las autoridades del sector público⁹.

Institución del *ombudsman* y reclamos indígenas

El establecimiento del Defensor del Pueblo, Procuraduría o Comisión de Derechos Humanos en diferentes países de la región, ha generado un nuevo y vigoroso actor en el marco de los sistemas de justicia estatales y en la justiciabilidad de los derechos humanos. Estas instituciones han resultado claves en la defensa y promoción de los derechos humanos, así como en la vigilancia de la labor de los gobiernos y la rendición de cuentas por parte de los gobiernos. Además, han contribuido a fortalecer los mecanismos de representación y comunicación entre la sociedad civil y los gobernantes, habiendo ganado en casi todos los países una alta cuota de legitimidad en esta mediación y un buen nivel de incidencia en el diseño de políticas públicas.

De conformidad con los textos constitucionales y las leyes de su creación, la mayoría de las oficinas de *ombudsman* tienen atribuciones que pueden facilitar y contribuir a mejorar el acceso a la justicia de las personas y los pueblos indígenas. Tienen, por ejemplo, facultades para realizar diagnósticos, investigaciones y recomendaciones sobre comportamientos administrativos que pudieran ser discriminatorios; para aceptar y en algunos casos asumir la representación de colectividades o grupos de intereses que no cuenten con personería legal; para atender situaciones que comprometan derechos independientemente de que configuren acciones judicializables; para velar por los derechos de las minorías. El *ombudsman* también puede, en algunos países, proponer la adopción de legislación, supervisar el cumplimiento de convenios internacionales, dar seguimiento a acuerdos de paz u otros compromisos suscritos por el gobierno con las organizaciones sociales. A tal punto esto es así que, en países con presencia de población indígena, se puede apreciar un incremento permanente de recepción de quejas provenientes de comunidades o personas indígenas, muchas de las cuales tienen que ver, de una parte, con derechos que son propios de su condición étnica y, de otra, con problemas de denegación de justicia.

La Defensoría del Pueblo de Colombia cuenta con un defensor delegado para pueblos indígenas y minorías étnicas. Ecuador, Guatemala, México y Nicaragua tienen visitadurías o direcciones especializadas a cargo de atender las quejas presentadas por

⁹ Esta última vía es la menos explorada analíticamente hasta ahora.

indígenas. En Bolivia y Costa Rica la temática hace parte de las funciones de una dirección de atención a sectores más vulnerables. Finalmente, Venezuela y Perú desarrollan programas de promoción de los derechos de los pueblos indígenas, pero no cuentan con instancias para el tratamiento especializado de sus quejas. En otros países con población indígena como Argentina, Belice, Honduras, Panamá y Paraguay no se reportan funciones o dependencias especializadas en este campo¹⁰. Por lo menos en tres países el defensor o director del área de atención especializada es actualmente un profesional indígena.

Estos desarrollos institucionales son evidentemente desiguales y no han logrado configurar un perfil regional del rol de la oficina del *ombudsman* en relación con los derechos de los pueblos indígenas. En todos los países hay debates importantes sobre los alcances y pertinencia de estas labores; en algunos cumplen una función de mediación política en situaciones de conflicto, más allá de su mandato legal; inclusive hay casos donde estas oficinas tienden a reemplazar, en la práctica, a las antiguas oficinas de asuntos indígenas o institutos indigenistas como gestores de servicios públicos y promotores de políticas. La preocupación por definir mejor este perfil ha llevado a algunas defensorías a desarrollar proyectos de diagnóstico y planificación institucional y a poner el tema en la agenda de los Congresos de la Federación Iberoamericana de Ombudsman (FIO) y del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos. El IIDH, que cumple funciones como Secretaría Técnica de la Federación y del Consejo, ha recibido reiteradas solicitudes de asistencia técnica en este sentido.

También entre las organizaciones indígenas hay una diversidad de puntos de vista sobre el rol del *ombudsman* en relación con sus derechos. La expectativa sobre lo que esta institución puede hacer es cada vez más alta y su accesibilidad como receptor de quejas es muy estimada, pero al mismo tiempo se critican los límites de su eficacia para conseguir soluciones a problemas concretos y hay cierta confusión acerca de la posición de una entidad que es de carácter público, pero goza de autonomía respecto de las otras funciones del Estado, a las cuales puede pedir cuentas. De todas maneras, es bastante claro para los indígenas que la institución del *ombudsman* amplía los recursos con los que pueden contar para conseguir la atención y cumplimiento de sus derechos, especialmente de aquellos que por su naturaleza son tenidos y reclamados en colectivo y que por la materia (económicos, sociales, culturales, ambientales, entre otros) no encuentran con facilidad la atención de los jueces.

¹⁰ Ver al respecto el “Análisis comparativo de las leyes de Ombudsman”, en la sección especializada *Ombudsnet*, de la página electrónica del IIDH: www.iidh.ed.cr.

Tanto en las instituciones del *ombudsman*, como en los movimientos indígenas, están presentes las dinámicas que harían posible una relación provechosa para mejorar la atención y encausamiento de las demandas de justicia de este importante sector de la sociedad, como una medida complementaria a los sistemas jurisdiccionales y otros medios alternativos. Más aún, en algunas instituciones –especialmente en países con significativa presencia indígena– se vienen haciendo esfuerzos por definir más claramente el rol y los alcances de su trabajo con colectividades indígenas, en varias de ellas se han establecido o se vienen desarrollando dependencias especializadas y algunas ya han acumulado experiencias importantes en este campo. Adicionalmente, el tema ha sido colocado como un punto pendiente de la agenda de las asociaciones regionales y subregionales de estas instituciones y ha motivado encuentros y discusiones entre los responsables institucionales.

Asimismo, varias organizaciones indígenas desarrollan actividades relacionadas con estos temas, algunas tienen programas especializados sobre justicia y sobre asistencia legal, y los temas de los derechos indígenas y el acceso a la justicia son asuntos permanentes de la agenda de numerosos eventos nacionales e internacionales. Es más, la propuesta de establecer una institución como una defensoría de los derechos indígenas, ha sido formulada en varias oportunidades y hay interesantes experiencias no gubernamentales en esta dirección¹¹.

Agradecemos a las autoras y autores por sus interesantes aportes y perspectivas, seguros de que contribuyen con ellas al análisis de estos y otros temas centrales relativos al acceso a la justicia de las poblaciones indígenas de las Américas. Dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH, y aprovechamos la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, sin cuyos aportes y contribuciones la labor del IIDH no sería posible.

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

¹¹ Entre otras, la Defensoría Maya y la Defensoría de la Mujer Maya en Guatemala, la Academia de Derecho Mixe en Oaxaca-México, el Instituto Interamericano de Derechos Indígenas, en Perú.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América Latina: Logros, límites y perspectivas

*Diego A. Iturralde G.**

La disputa por el derecho: reclamo indígena y orden legal

Los movimientos indígenas han planteado el reconocimiento, vigencia y privilegio de un derecho propio que regule la vida social indígena. Este reclamo es evidentemente un medio para oponerse a un orden normativo que no reconoce la diversidad y que penaliza las prácticas que la constituyen y se funda en la idea de que el derecho es una pieza clave en la estrategia del Estado para disolver las particularidades de los pueblos y asegurar las condiciones que hacen posible el ejercicio de la hegemonía. Esta reivindicación del derecho indígena aparece y prospera como un reto y como una posibilidad para reconfigurar la arena de la relación entre los pueblos y el Estado y forma parte de una amplia plataforma de demandas que incluye el reconocimiento constitucional de la existencia de los pueblos indígenas, la seguridad sobre sus tierras y territorios, el derecho al desarrollo social, económico y cultural y niveles significativos de autonomía¹.

Aunque la razón de este reclamo es muy antigua, la reivindicación es relativamente nueva y se corresponde con un momento del desarrollo de las plataformas de lucha de los movimientos étnico-nacionales que en términos regionales se puede ubicar en la década de 1980. También ocurre –y esto no es casual– cuando los modelos

* El autor es coordinador de la Unidad de Investigaciones Aplicadas del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Este texto no compromete una posición institucional.

¹ Un colectivo de dirigentes indígenas, abogados y antropólogos, convocado por el IIDH entre 1989 y 1991, preparó una síntesis de estos conjuntos de derechos reclamados por los indígenas, que permanece vigente. Una síntesis de ese esfuerzo se reproduce en el artículo “Pueblos indígenas, derechos económicos, sociales y culturales y discriminación”, de mi autoría, en *Revista del IIDH* N° 39, enero-junio 2004, Págs. 233-256.

de dominación interna e internacional experimentan una aguda crisis y el papel regulador del Estado –y del derecho– son puestos en cuestión. En efecto, en los mismos años en que se desarrolla la reivindicación jurídica indígena varios países de la región han modificado sus textos constitucionales, han adoptado nuevas legislaciones y están reformando su institucionalidad. Si bien estas modificaciones recientes responden al proceso de modernización en general y tienen como eje la desincorporación de las funciones públicas y la liberalización de la economía, también incluyen normas expresas relativas al estatuto de las colectividades indígenas (pueblos, comunidades, parcialidades, etc.), afectan a instituciones legales que les atañen y a los recursos que les son esenciales para su vida.

Este doble proceso se basa en dos fenómenos que han estado presentes en la segunda mitad del siglo en toda la región: el pleno desarrollo de los Estados nacionales en lo que se refiere a la ocupación del espacio, la articulación de la población y el desarrollo del mercado interno; y el fortalecimiento de las configuraciones étnicas que estructuran formas de organización cada vez más sólidas y empiezan a plantear una serie de reivindicaciones que van más allá de las posibilidades del modelo nacional porque suponen privilegiar la diversidad, transformar el marco organizativo sobre el que se funda la organización del Estado tal como lo conocemos y supone cambiar las actitudes y las prácticas prevalecientes en la relación pueblos indígenas-Estados nacionales².

Ahora bien, la emergencia actual de los pueblos indígenas se debe a diversos factores y se presenta de distintas maneras según los países de que se trate. Natalia Wray³ ha propuesto reconocer una serie de factores para comprender el proceso de revitalización de los pueblos indígenas en Ecuador, que se puede aplicar a lo ocurrido en toda la región en los últimos años. Estos factores están relacionados

² He desarrollado estas ideas sobre la relación Estado-Pueblos Indígenas en varios textos anteriores. Entre otros, el citado en la nota anterior y los artículos: “Los Pueblos Indígenas y sus Derechos en América Latina” (*Crítica Jurídica* 11, México DF, IJ- UNAM, 1993 y *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, 1993), “Pueblos Indígenas y Estados Latinoamericanos: una relación tensa” en *Lo Pluri-Multi o el Reino de la Diversidad*, La Paz, ILDIS/PNUD, 1993.

³ Natalia Wray formuló estos puntos para el caso de Ecuador en su artículo “La construcción del movimiento étnico-nacional-indio en Ecuador: carácter y dimensión de su demanda”, publicado en *América Indígena* 49:1, marzo 1989. He desarrollado estas ideas en otros textos citados en notas.

con la territorialización de las sociedades indígenas; su inserción en los mercados nacionales; el surgimiento y fortalecimiento de formas de organización propias, capaces de impulsar plataformas de lucha que procesan las demandas locales de las comunidades hasta convertirlas en objetivos nacionales; y, la modificación de las formas de relacionarse con los gobiernos y con el conjunto de la sociedad, de una manera crecientemente política. Es en el curso de esa complejización de la relación con el Estado donde se configura esta tendencia –actualmente dominante– de exigir modificaciones en la legalidad y en particular el reconocimiento de un sistema jurídico propio de los pueblos indígenas, a que se ha llamado alternativamente derechos indígena, costumbre jurídica, derecho consuetudinario y otras denominaciones.

La presencia y la fuerza de esta demanda jurídica de los pueblos indígenas plantea un problema fundamental para el destino de la nación, que no fue reconocido antes y que no se resolvió con la política de integración: el de la constitución de la nación como una unidad capaz de alojar la totalidad social, regular sus relaciones, representarla e impulsar un proyecto para su propio crecimiento y su perpetuación. Y pone en evidencia que la nación latinoamericana que se ha desarrollado hasta ahora no es una entidad política y jurídica capaz de construir la unidad de la totalidad social, sino que ha construido el Estado mediante la negación de una buena parte de esa totalidad. La pretendida unidad de la nación y el pretendido derecho de conducirla como si fuera realmente una unidad están siendo puestos en cuestión por estos pueblos revitalizados, reorganizados y convertidos en un nuevo actor social con un potencial mucho más alto.

Estas dinámicas ponen en evidencia además que no se trata simplemente de un resurgimiento de antiguas identidades sojuzgadas y sometidas por la modernidad, sino de la emergencia de identidades sociales construidas sobre la reversión de viejos estigmas y la puesta en operación de estrategias políticas y medios de significación de base étnica. Por estos factores y sus efectos los pueblos indígenas se han constituido en sujetos sociales y en actores políticos⁴.

⁴ He escrito sobre el tema en: “Los pueblos indios como nuevos sujetos sociales” en *Nueva Antropología* 39, México DF, 1990; y “Los Pueblos Indios y el campo indigenista” en *Seminario permanente sobre Indigenismo*, México DF, Instituto Nacional Indigenista, 1990.

En este texto me interesa explorar el estado de la relación entre estos dos procesos: reivindicación del derecho indígena y reforma constitucional y legal del Estado, como uno de los ejes en los cuales se ha concentrado las tensiones de la relación entre los pueblos indígenas y los Estados en los pasados años. El tema es desarrollado para algunos países y desde diversos puntos de vista y experiencias en los artículos que forman este número de la Revista IIDH, algunos de los cuales se refieren además a lo que se puede esperar sobre el tema en un futuro próximo, en un continente signado por el apareamiento de diversas líneas de desarrollo de la democracia. Sumo a tales observaciones algunas reflexiones en torno a las tendencias que se perciben en cuanto a los límites y posibles soluciones consideradas desde un punto de vista regional.

Debo advertir los temas antes indicados están tratados aquí a partir de una generalización: las tendencias que muestran en las últimas dos décadas el desarrollo de los movimientos indígenas, la reforma de la legislación y la modificación de las políticas estatales. Es posible que esta generalización extrapole fenómenos de una realidad muy diversa, pero es posible también que esta extrapolación contribuya a atisbar el porvenir. Hace falta reconocer los diferentes escenarios en los cuales esta relación se está dando ahora y su diverso destino, tarea que no se acomete en este texto⁵.

En una segunda parte, este artículo hace una breve consideración acerca de diversas formas de mirar y comprender la cuestión del derecho indígena, que vienen marcando el trabajo académico, el quehacer institucional y el desenvolvimiento de las plataformas de los movimientos indígenas.

El reclamo de un derecho propio: pluralismo jurídico e interlegalidad

El derecho consuetudinario indígena o derecho propio

El desarrollo de las plataformas de los movimientos indígenas tiende a llevar las demandas de las comunidades y pueblos a su

⁵ Preparé un estudio prospectivo para UNESCO en 1988 con el título “Naciones Indígenas y Estados Nacionales en América Latina hacia el año 2000”. En él analizo estas tendencias en diversos escenarios subregionales.

expresión jurídica más alta: la reivindicación es relativamente reciente y resulta posible reconocer su evolución. Desde el reclamo de escuelas para el campo, hasta el del derecho a una educación bilingüe-bicultural administrada por los mismos pueblos; desde la lucha por las tierras y la reforma agraria, hasta el derecho a un régimen territorial indígena; desde el establecimiento de las primeras formas de organización legal (las comunas, los sindicatos agrarios, etc.) hasta la formulación de un estatuto de nacionalidad; hay una historia que atraviesa el campo del derecho y que viene de las demandas por el cumplimiento de la ley y va hacia la exigencia de un régimen de pluralismo jurídico.

En este tránsito el movimiento social crea y utiliza una serie de signos a los que carga con el sentido de sus reivindicaciones y con el cual va generando un discurso cada vez más complejo. En el caso de las nociones de nación y nacionalidad indígena, territorio étnico y, para el tema que nos ocupa, derecho consuetudinario.

La noción de derecho consuetudinario y otras que se utilizan con sentido equivalente (como costumbre jurídica, derecho indígena, etc.) se forja como parte de la argumentación en favor del pluralismo jurídico para señalar la existencia de regímenes normativos particulares que, al contrario de la ley general, permanecen arraigados a los modos de vida de los actores y responden a sus intereses y dinámicas.

A partir de esta noción de derecho consuetudinario como un vehículo para dar forma a la reivindicación del derecho de los pueblos a autorregularse se da un esfuerzo por sintetizar, dentro del amplio espectro de la cultura, aquellas costumbres que podrían considerarse jurídicas en la medida que materializan preceptos normativos relacionados con el control social interno de la vida comunal. Por esta vía se *reifican* las costumbres: esto es, se les atribuye una materialidad y una estabilidad que las hace equivalentes a las normas positivas, con la única limitación de la carencia de una expresión estandarizada (escrita). Este proceso implica la construcción de un objeto de conocimientos relativamente aislado de las prácticas concretas en las que existen como normatividad implícita y conlleva el proponerlas como parte de un código de comportamientos. Así, para reivindicar el derecho se *reifica* (es decir le da existencia material real) la costumbre y se tiende a convertir a ésta en un otro *derecho*.

Esta *reificación* de la costumbre como derecho consuetudinario puede ser legítima y eficaz en la lucha ideológica del movimiento indígena. Sin embargo no deja de plantear algunas inquietudes conceptuales y metodológicas. Vale la pena preguntarse en primer término acerca de la pertinencia analítica de procedimiento mediante el cual se pretende crear normas jurídicas alternativas a partir de hechos sociales y culturales que tienen su propia naturaleza. Las relaciones de familia, por ejemplo, han sido objeto de una abstracción –antropológica– como normas sociales y de otra abstracción –jurídica– como normas jurídicas. A partir de unas y otras se han construido modelos (el parentesco) y regulado el derecho de familia. Ahora bien, cuando oponemos al Código Civil las costumbres según las cuales una comunidad o una cultura se representa las relaciones de parentesco, operamos un *enroque* que puede ser útil par poner en evidencia la distancia entre la ley y la vida cotidiana, pero este contraste no garantiza que las segundas puedan ser propuestas como normatividad alternativa. Lo mismo cabe plantearse respecto de las representaciones culturales de las formas de distribución y apropiación de los recursos, de la organización del ejercicio de la autoridad, de los mecanismos de generación del consenso y de eliminación del disenso y otras tantas operaciones de transformación mecánica de la costumbre *reificada* en norma jurídica alternativa. Indudablemente hay una distancia epistemológica que debe ser conservada y en todo caso superada mediante procedimientos metodológicos más rigurosos.

Entre la ley y la costumbre

Otra preocupación sobre este procedimiento se refiere a la introducción sistemática de cierto maniqueísmo en la valoración de la relación normas-prácticas. El discurso sobre el derecho consuetudinario (y en general sobre el derecho indígena), que se basa en una crítica justa de la inadecuación de la ley, tiende a valorar la costumbre como “buena” y la ley como “mala” en virtud de su origen (una suerte de maniqueísmo genético). Esta operación está presente en muchas otras consideraciones sobre el mundo indígena cuyas bondades se mitifican más allá de su eficacia y de su pertinencia sobre la base de la legitimidad de su origen. El proceso de *reificación* de las costumbres indígenas no solamente que vuelve a estas cosas, sino que las vuelve “cosas buenas”. Evidentemente

este maniqueísmo se corresponde, como un espejo, con las actitudes de signo inverso que han prevalecido durante siglos y que minusvaloraron y satanizaron ex-oficio, las prácticas culturales indígenas.

Estrechamente vinculado con el peligro anterior surge otro relacionado con el ocultamiento de la realidad. La interpretación de las representaciones de la cultura como un código normativo y la tendencia a proponerlo como un sistema de normas alternativas contribuye a la construcción de un imaginario cultural capaz de explicar y justificar en su nombre cualquier hecho social. Una vieja tradición de la antropología instaló las nociones de armonía y funcionalidad en la conceptualización de las comunidades y las culturas tradicionales y consideró a las transgresiones como rupturas eventuales de este orden esta tradición parecería estar inspirando todavía (o nuevamente) el esfuerzo en torno al reconocimiento del derecho consuetudinario. Desde esta perspectiva, el imaginario cultural del que cuenta el trabajo de los antropólogos, viene a ser una especie de código ideal, no escrito, para la regulación de los comportamientos y, por lo tanto, la fuente natural de un derecho alternativo. Esta visión sin embargo no se plantea seriamente la posibilidad de que las competencias y contradicciones sean la verdadera naturaleza de esas comunidades tradicionales y por tanto de ese imaginario y de que las normas que de él emergen expresen un conjunto de imposiciones para asegurar un orden de cosas que aloja desigualdades, exclusiones, imposición de intereses sectoriales, etc.

Muchas otras preocupaciones podrían ser planteadas en torno de este tema relacionadas por ejemplo con la eficacia de las normas, su aplicabilidad, la pertinencia de tornarlas positivas y por tanto eliminar las ventajas de su plasticidad. La presencia de estas inquietudes pone de manifiesto la falta de ejercicios analíticos más profundos y, probablemente, de nuevos avances en el desarrollo de la plataforma del movimiento indígena. Lamentablemente en los últimos años la actividad analítica se ha quedado a la saga del movimiento social y se muestra débil para contribuir a consolidación de sus propuestas; hay más condescendencia que crítica.

Usos de la ley y usos de la costumbre: el recurso a la interlegalidad

Una exploración posible de este campo basado en la constatación de que el así llamado derecho consuetudinario o la costumbre indígena en torno al control normativo no existe ni funciona de manera aislada, sino en una interrelación con la ley. Me parece que esta exploración ofrece, sino mejores, por lo menos una mayor cantidad de opciones para profundizar en el tema y comprender mejor el destino de la reivindicación indígenas de un derecho propio.

La reivindicación de un derecho propio tiene, genéricamente, una utilidad política equivalente a la que –en otros momentos y condiciones– puede tener el reclamo de la aplicación cabal de las leyes vigentes o la adopción de legislaciones que reconozcan y protejan el patrimonio cultural indígena. Se inscriben en el plano de la lucha ideológica pues no existen verdaderamente condiciones para una negociación o concertación del ejercicio democrático del poder.

Pero estos usos político/ideológicos, no son los únicos. Hay otros que transcurren sin mayor espectacularidad, en las luchas cotidianas de las comunidades, que son –a mediano y largo plazo– elementos centrales de las plataformas generales de lucha e instrumentos eficientes en el esfuerzo por sobrevivir social y culturalmente.

Los indígenas recurren a sus costumbres jurídicas –a su derecho consuetudinario– como una táctica para sustraer del impacto del régimen jurídico nacional algunos asuntos que consideran de su competencia exclusiva, o que quedan mejor protegidos al margen de tal régimen. Arreglos familiares endogámicos, formas particulares de heredar, fragmentación de predios por debajo de los mínimos permitidos por legislaciones agrarias, concertaciones de prestación ocasional de mano de obra y arreglo de disputas originadas en este tipo de relaciones, son –deliberadamente o no– “ocultadas” de la ley y puestas bajo la tutela de las costumbres locales, aún en aquellos casos en que éstas impliquen mayores restricciones, pero siempre que doten de suficiente legitimidad.

Otro uso importante y creciente de las costumbres jurídicas indígenas se puede apreciar en los procesos jurisdiccionales y administrativos, cuando ellas son exhibidas como argumentos *ad-litem* para reforzar sus reclamos, deducir excepciones o influir sobre el criterio del juez. En el campo del derecho procesal penal la

costumbre es presentada frecuentemente como atenuante –o agravante si es el caso– de delitos que involucran a indígenas, junto con otros argumentos como la particularidad lingüística, la falta de información, etcétera. Un uso parecido de las costumbres jurídicas se aprecia en los procesos de conciliación ante autoridades informales o de ínfima instancia.

Es más frecuente, sin embargo, el uso combinado de la costumbre y la ley para construir estrategias de negociación y de enfrentamiento de problemas que afectan a las comunidades indígenas. Con muy pocas excepciones, todos los pueblos indios contemporáneos están bajo la influencia de los sistemas estatales de regulación y control, y manejan una versión –limitada y a veces errónea– de las principales disposiciones legales. Más aún, buena parte de las prácticas que atribuimos a la costumbre (o a un derecho autóctono) son resultado de la internalización de las leyes y de su particular aplicación e interpretación. Estas estrategias implican un doble juego, de los terrenos de disputa y de las reglas del juego, entre el ámbito comunal (e intercomunal) y el ámbito nacional, entre las costumbres y la ley. Uno y otro son utilizados como campos eminentemente simbólicos, no necesariamente en el estricto sentido de sus efectos formales. La recurrencia a la costumbre se orienta más claramente a la construcción del consenso interno o a la consolidación de aquellos puntos de acuerdo entre las partes. La Ley entra en juego para ejercer presión sobre los desacuerdos y para forzar salidas viables a los conflictos.

Es importante subrayar que en este último contexto, la costumbre y la ley juegan un papel disuasivo, en el cual no es precisamente la resolución formal, sino el amago, el que actúa sobre la litis. La Ley, en sus aspectos más formales, pasa a ser parte de la magia con que se enfrentan las situaciones, mientras la costumbre tiende a presentarse como el marco normativo formal en que éstas se ventilan (la etiqueta de los procedimientos). La manipulación de una u otras es parte sustancial de la vida legal de las comunidades indígenas y, sobremanera, de la ventilación de las diferencias intercomunales. Así como a los estudiosos nos entusiasma el descubrimiento y análisis del derecho consuetudinario, así los indígenas –y principalmente los campesinos– fetichizan la ley.

Si bien este uso combinado se hace más evidente cuando se trata de la solución de conflictos no está ausente de todas las otras

situaciones que se configuran en la arena de la legalidad, como la regulación de la vida cotidiana (familia, herencia, socialización en general), la organización de la gestión comunitaria y el establecimiento de los sistemas de prestigio y de autoridad. Este hecho permite pensar que, por más inadecuada que sea la ley, siempre modifica las prácticas sociales y contribuye a su transformación y que la costumbre jurídica –aquel vago conjunto de normas que reconocemos como derecho consuetudinario– es un resultado contemporáneo y vigente de la vida social y del creciente enfrentamiento entre la dinámica del desarrollo del Estado como forma de dominación y la permanente reconstitución de las configuraciones étnicas para enfrentarlo.

La cuestión de los indígenas en las reformas constitucionales

Una década de reformas constitucionales

La tradición constitucional latinoamericana –aún en los países que han optado por algún tipo de federalismo– se funda en un proyecto de unidad nacional que no deja resquicios para el reconocimiento de la diversidad. Cualquier tratamiento excepcional a los indígenas en las primeras normas republicanas desapareció con el liberalismo y nunca fue retomado por las revoluciones y reformas de este siglo⁶. A finales de la década de 1970 algunas constituciones –nuevas o reformadas– incluyeron menciones a la temática indígena sin tocar esa vocación unitaria; las más recientes implican transformaciones más sustanciales. El curso que siguen los textos constitucionales muestran una tendencia al quiebre de la tradición.

Las reformas constitucionales procesadas entre 1988 y 2001⁷ en varios países de la región son sensibles de alguna manera a las demandas étnicas contenidas en esta problemática. Los nuevos textos constitucionales contienen algún tipo de reconocimiento de la

⁶ Paradójicamente, las dos revoluciones con mayor base indígena, las de México y Bolivia, ambas nacionalistas y agraristas, ignoraron la temática de los pueblos indígenas al momento de darse sus constituciones. Las reformas de los sesentas (Perú, Ecuador, Chile, Colombia) tampoco lo hicieron.

⁷ En dicho período se reformaron en este sentido las constituciones de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala (no aprobada) México (1993), Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela. La de México fue objeto de una nueva reforma en 2001 que amplió de un modo importante la reforma anterior.

diversidad cultural y lingüística y, en algunos casos, establecen regímenes de derechos específicos.

Las constituciones adoptadas o reformadas entre 1988 (Brasil) y 2001 (México) responden en diversas medidas a los planteamientos de los movimientos indígenas. Algunas son respuestas mínimas muy poco satisfactorias (como las de México, por ejemplo), otras de compleja aplicación práctica (como la de Colombia) y casi ninguna ha sido seguida del desarrollo deseable de legislación secundaria y de reformas institucionales que faciliten su aplicación (probablemente los casos de Bolivia y México son los que más lejos han llegado en este sentido).

Ahora bien, estas nuevas normas constitucionales que en conjunto reflejan y acogen las aspiraciones formuladas por los movimientos indígenas y en algunos casos crean oportunidades de avance de los movimientos indígenas en sus reivindicaciones centrales, se dan en el marco de procesos principalmente orientados a modificar el modelo de organización del Estado y de la economía, para adecuarlos a las nuevas condiciones globales. Esas reformas al modelo económico y político si han sido seguidas de la adopción de nueva legislación y cambios institucionales importantes. Frente a esto cabe mencionar la necesidad de examinar más detenidamente y a la luz de sus impactos reales acerca de la correlación que existiría entre esas reformas macro (del modelo de Estado y del modelo económico) y estas reformas micro (de los derechos de los pueblos indígenas); así como la suerte que corre la aplicación las mismas. Hay algunos aspectos en que las reformas sobre los derechos indígenas aparecen como funcionales a las reformas estructurales; tales los casos (para mencionar solamente los más comunes) de:

- Las normas sobre tierras y territorios indígenas, que contribuyen claramente a clausurar el rezago agrario y formalizar el mercado de tierras y recursos naturales;
- Las relativas a la transferencia de los derechos de protección y aprovechamiento sostenible de los recursos ambientales a los mismos pueblos y a los socios que pudieran conseguir;
- El fortalecimiento y la habilitación de los actores locales para heredar las funciones y responsabilidades (en los campos de la educación, la salud y el desarrollo social) de un Estado que se adelgaza, se descentraliza y privatiza sus empresas;

- La promoción de formas alternativas de resolución de la conflictividad social, cada vez más lejos de la función reguladora del Estado: y,
- El reconocimiento y respaldo para formas tradicionales de prestación del trabajo que abre causas para la flexibilización del mercado laboral en el medio rural.

Cabe reconocer también que en algunos casos la introducción de reformas favorables al reconocimiento de los derechos indígenas, han cumplido una función de legitimación de la democracia (por su ampliación aparente), de contención de la presión de los movimientos indígenas y de reconocimiento de un actor destinado (entre otros) a reemplazar socialmente a las formas anteriores de organización y representación de clase, como los sindicatos y gremios, disfuncionales al nuevo modelo. Los desempeños electorales de los movimientos indígenas (o de base indígena) en Ecuador, Bolivia y otros países dan testimonio de estas funciones y de estos efectos de los cambios en la normatividad.

Esta lectura de las reformas constitucionales y legales puede aplicarse igualmente al impacto de las tendencias provenientes de la esfera internacional. Así, al mismo tiempo que la acción de la cooperación internacional de variado tipo internaliza nuevos principios de política y normas de desarrollo, favorables a la promoción de los derechos indígenas y de un tipo de desarrollo autogestionario y culturalmente apropiado, presiona también en el sentido de las reformas (neoliberales) antes mencionadas.

Algunos resultados de las reformas

Los asuntos más tempranamente recogidos por las constituciones son los relativos a las *lenguas y las culturas indígenas*⁸. Estas normas, en varios casos hicieron posible el establecimiento de la educación bilingüe, promovieron la protección de las tradiciones y en algunos casos incluyeron cierto grado de reconocimiento de la existencia legal de las organizaciones tradicionales indígenas. La

⁸ Lo hacen primero las constituciones de Ecuador (1979, reformada en 1998), Perú (1979-modificada) y Guatemala (1985) en momentos de “transición a la democracia”. Posteriormente lo hacen con mayor amplitud las de Panamá, Nicaragua, Brasil, México, Colombia y Paraguay. En Argentina y Bolivia han adoptado en 1994 reformas constitucionales en este sentido.

tendencia es que las reformas más recientes mencionan otros aspectos como las costumbres, creencias, tradiciones y valores indígenas, lo cual en alguna medida abre posibilidades a la legitimación o despenalización de ciertas prácticas como el ritual, la medicina, la tecnología. Dos constituciones garantizan la “identidad étnica” como un derecho fundamental⁹.

En términos generales no parece que el reconocimiento y protección de las lenguas y culturas encuentren resistencias en la tradición constitucional; el alcance de las disposiciones es muy variable pero encuentra su límite en la equiparación del valor legal de las prácticas indígenas con aquellas consagradas como oficiales de la nación (idioma, cultura, religión)¹⁰. La mayor amplitud de estos reconocimientos no implica necesariamente una aceptación de la multiculturalidad de la nación ni de sus consecuencias¹¹.

Otro asunto tratado en los textos constitucionales es el de *la comunidad indígena como forma de existencia social*¹². Varios textos reconocen y garantizan su existencia como unidad básica de organización en el campo, algunos las dotan expresamente de personería y capacidad legal y les otorgan carácter de entidades de derecho público¹³. Las consecuencias jurídicas y políticas de este reconocimiento son importantes con relación a las posibilidades de participación en la vida pública, el ejercicio de autoridad y la adquisición y defensa de derechos colectivos sobre recursos claves.

Las soluciones que se acercan a un régimen de autonomía relativa (comarcas, territorios indígenas, regiones autónomas, organizaciones territoriales, circunscripciones indígenas) son todavía excepcionales. La tendencia de las reformas en este tema es todavía incipiente, podría evolucionar hacia la creación (como en Colombia)

⁹ Nicaragua (1987, Art. 89); Paraguay (1992, Art. 77).

¹⁰ El único caso de equiparación legal de las lenguas es el de Paraguay (Guaraní y Español). Paradójicamente este hecho no implica ninguna ventaja para los pueblos indígenas de ese país.

¹¹ Fenómeno muy claro en el caso de la Constitución de Guatemala (1985) y en la práctica de sus instituciones.

¹² Mencionado en las Constituciones de Perú, Guatemala, Nicaragua, Colombia, Bolivia, Panamá, México; los textos utilizan diversas denominaciones: comunidades, parcialidades, ejidos, comarcas, resguardos...

¹³ Constitución de Colombia (1991), Reforma Constitucional de Bolivia (1994).

de un régimen administrativo (más que patrimonial) para asegurar recursos a los pueblos indígenas¹⁴.

Estrechamente vinculados a los dos aspectos anteriores aparece en algunos países el tema de *las costumbres jurídicas o el derecho consuetudinario indígena* como un mecanismo para mejorar el acceso a la jurisdicción del Estado o para subsidiarla. Hay por lo menos siete textos de rango constitucional que se refieren de algún modo a esta posibilidad¹⁵, pero todavía no hay experiencias de aplicación que permitan valorar su efectividad. Más que del reconocimiento de un derecho parece tratarse del reconocimiento de una debilidad del sistema de administración de justicia, por lo que su curso en el futuro dependerá mayormente de la reforma y modernización de estos sistemas. Como se puede apreciar en los artículos de esta Revista este asunto está encontrando resistencias muy altas en tanto pretende ser puesto en práctica.

Este tema esta a la misma vez vinculado con el de la *justicia indígena*, debido principalmente a que el mantenimiento de un sistema deficiente de administración de justicia que no garantiza un acceso equitativo para toda la población, ni toma en cuenta las particularidades étnicas y culturales, ni permite algún grado de autorregulación, ni valida las formas propias de arreglar los conflictos es uno de los aspectos poco atendidos en las reformas constitucionales. Entre otras razones por su complejidad.

Reformas constitucionales en México, Bolivia, Paraguay, Colombia y Ecuador reconocen algún valor a los sistemas tradicionales de realización de la justicia o a la sujeción voluntaria a las costumbres y tradiciones. Las normas constitucionales de Colombia y Ecuador posibilitan la combinación territorio–autoridad– justicia, pero aún no han sido puestas en práctica. Hay muchos esfuerzos pendientes para hacer viable una solución desde la perspectiva del pluralismo.

¹⁴ Los sistemas comarcales en Panamá, de Autonomía Regional en Nicaragua, de Entidades Territoriales Indígenas en Colombia y de Organizaciones Territoriales de Base en Bolivia, muestran el derrotero posible de una tendencia regional.

¹⁵ Nicaragua (Estatuto de Autonomía, Art. 18), México (Reforma al Art. 4, 1992), Colombia (1991: jurisdicciones indígenas), Paraguay (1992: sujeción voluntaria y normas consuetudinarias), Bolivia (1994: capacidad de las autoridades locales indígenas para resolver asuntos internos según sus costumbres), Ecuador 1998 y Venezuela 2001.

En relación con *los recursos materiales de y para los indígenas* la tradición constitucional ha sido tutelar y se ha referido principalmente a la propiedad comunitaria y a la parcela campesina. Asegurados como derechos eminentemente civiles (propiedad, usufructo, posesión) han sido protegidos poniéndolos fuera del mercado (no embargables, no enajenables, no divisibles...) o reservando el dominio para el Estado.

En años recientes el régimen de las tierras indígenas, aparentemente resuelto por las reformas agrarias enfrenta tres tipos de presiones: la necesidad de garantizar los territorios tradicionalmente ocupados por pueblos indígenas con patrones de asentamiento y uso muy distinto a los de las comunidades agrarias¹⁶; la aspiración de los indígenas de tener algún tipo de dominio y/o participar en el aprovechamiento de los recursos naturales accesorios al suelo cuando estos vienen dejando de ser patrimonio de la nación y son crecientemente privatizados y, la conveniencia de desamortizar las tierras campesinas para convertirlas en un factor financiero más dinámico en la economía rural.

Prácticamente todas las constituciones reformadas mantienen mecanismos de protección de la propiedad campesina e indígena, si bien tienden a liberalizar un poco el mercado de tierras. Innovaciones constitucionales recientes exploran nuevas alternativas frente a los retos que van más allá del régimen tradicional de propiedad. Colombia incluye en el régimen de las Entidades Territoriales Indígenas las medidas de protección de la propiedad (del resguardo y de las parcelas), la regulación del uso y disposición y la administración de los recursos naturales, todo bajo responsabilidad de las autoridades de la entidad que son al mismo tiempo autoridades indígenas y públicas. Brasil reconoce las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios, les garantiza su amplio disfrute y conservación y establece una tutela estricta (del Congreso Nacional) y normas precisas sobre la explotación de los recursos naturales. Nicaragua comparte el dominio y transfiere la administración de los recursos a los gobiernos regionales autónomos (mayoritariamente indígenas). Bolivia reitera la protección del Estado al solar campesino, extiende este concepto a las tierras comunitarias de

¹⁶ El más recurrente reclamo y las más espectaculares movilizaciones indígenas de los últimos años se refieren a este asunto.

origen¹⁷ e insinúa alguna autoridad de los derechohabientes indígenas sobre el uso de los recursos naturales¹⁸, Ecuador crea un sistema de circunscripciones territoriales indígenas que en alguna medida protege la propiedad comunal, permite el reconocimiento de áreas territoriales ocupadas por pueblos indígenas y el establecimiento de formas de administración de los recursos renovables.

En un sentido aparentemente contrario, la norma constitucional de Perú levanta las restricciones sobre tierras de campesinos/nativos para ponerlas en el mercado como medios de asociación y de garantía en el establecimiento de empresas comunales y multicomunales y México pone el destino de las tierras colectivas (incluyendo bosques) en manos de las autoridades comunales y ejidales con miras a aprovechar las oportunidades de asociación con el capital¹⁹.

El panorama en el campo de los recursos no está aún claro. Las soluciones futuras seguramente enriquecerán el principio constitucional generalmente aceptado de la función social de la propiedad con el concepto relativamente nuevo de servicio a la conservación de la biodiversidad y cambiarán paulatinamente el concepto de tierras estatales por el de recursos bajo autoridad del Estado. Estas reformas están evidentemente muy lejanas todavía.

Curiosamente el destino de las tierras y recursos naturales de los indígenas empieza a depender de su posibilidad de asociarse al capital de los empresarios agro-comerciales más modernos. Mientras tanto el Estado neoliberal quiere tener cada vez menos que ver en la regulación de la relación entre propietarios.

Cambios recientes en los textos constitucionales y legales de varios países latinoamericanos reconocen en alguna medida principios de *territorialidad* y *autonomía indígena*. Unos se limitan a reconocer, bajo diversas denominaciones, aquellas porciones más o menos extensas que han sido tradicionalmente ocupadas por los indígenas, cuya posesión se propone proteger de la presión externa

¹⁷ Expresión que para algunos analistas y autoridades gubernamentales sería un equivalente eufémico de territorios indígenas.

¹⁸ Colombia (1991, Art. 330), Brasil (1988, título VIII), Nicaragua (Estatuto de Autonomía), Bolivia (1994, Art. 171), Argentina (1994).

¹⁹ Perú (1993, Arts. 88 y 89), México (1992, Art. 27).

mediante demarcación y titulación. Las constituciones de Argentina y Paraguay lo hacen de manera declarativa; las de Brasil, Bolivia y Perú son más concretas en las formas de protección, pero en todos los casos se trata de un traslado y ampliación de las normas y las políticas sobre tierras y sobre propiedad colectiva. Los regímenes constitucionales de Colombia (Entidades Territoriales), Ecuador (Circunscripciones Indígenas) y Panamá (Comarcas) van más allá de asegurar el acceso a las tierras y otros recursos renovables y establecen principios de jurisdicción y competencia propios dentro de los territorios indígenas, lo que da a estos un carácter político, más que agrario. El régimen de Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua es indudablemente el que enfrenta de manera más integral la problemática política y territorial de una región multiétnica.

Esta evolución reciente de las políticas de reconocimiento territorial responde a la presión de los pueblos indígenas, quienes han protagonizado importantes marchas y movilizaciones para reclamarlos y a la necesidad de los gobiernos de atender problemas de impacto social y ambiental precipitados por factores como el desarrollo vial, la generación de hidroelectricidad y la penetración del turismo. Estas medidas influidas por la discusión y adopción del texto del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y otros instrumentos internacionales, que aproximan las definiciones de tierras y territorios e introducen el concepto de pueblos indígenas, elementos que juntos contribuyen notablemente a prefigurar la idea de territorio en su sentido político. Son importantes también los esfuerzos de la comunidad internacional por inducir y financiar procesos de aseguramiento territorial en regiones ambientalmente muy frágiles, ocupadas por pueblos indígenas. En la Amazonía se suma además la búsqueda de mecanismos para amortiguar los efectos del combate contra los cultivos, la transformación y tráfico de hoja de coca y del enfrentamiento con fuerzas militares irregulares.

Por último cabe resaltar la emergencia de una nueva dinámica, que no tiene que ver directamente con el uso de los recursos sino con reformas al régimen de división y organización territorial de la administración estatal, ligadas a los procesos de descentralización y transferencia de las funciones públicas. Allí donde estos procesos se están llevando hasta el nivel municipal (o aun a niveles más desagregados) pueden resultar en un fortalecimiento de las competencias en el nivel local, definido sobre una base territorial,

creando oportunidades para que sociedades locales –como las indígenas– reasuman ciertos grados de control político territorial. Probablemente este es el principal sentido que tienen la creación de las entidades indígenas ya mencionadas en Colombia, Ecuador y Bolivia, medidas que en algunos casos implican además reformas electorales que aumentan la incidencia de las comunidades locales en la selección de sus propias autoridades²⁰.

Los indígenas americanos lucharon siempre por la preservación de sus territorios, no únicamente como un medio de vida material, sino en el sentido de espacio simbólico y político de sus identidades. Hoy en día, prácticamente agotada la posibilidad de luchar por la restitución y redistribución de las tierras, los movimientos indígenas vuelven a plantear la reivindicación del territorio, cada vez con un énfasis más claro en el sentido político y simbólico que éste ha tenido o ha adquirido para su cultura. Tal como se puede apreciar en las demandas y movilizaciones recientes de los pueblos indígenas de Bolivia, Chile, Ecuador y México entre otros, sus plataformas incluyen el tema territorial como un elemento de la demanda de autonomía, de la misma manera que incluyen temas relacionados con el ejercicio de la autoridad propia, la supremacía de los usos y costumbres locales sobre las leyes nacionales y la posibilidad de resolver sus asuntos conforme a sus propios sistemas de administración de justicia.

Finalmente, hay un tema en la reforma constitucional que sería el más comprensivo de todos y que aún es muy incipiente: *el reconocimiento del carácter multiétnico y pluricultural* de la nación y por tanto la disolución del horizonte de unidad comprendida como homogeneidad. De alguna manera las Constituciones de México (Art. 1, 2.), Colombia (Art. 7), Paraguay (Arts. 62, 140), introducen el reconocimiento a la pluralidad y el carácter “anterior al Estado” de los pueblos indígenas. Las constituciones de Bolivia –la primera–, Ecuador y Venezuela declaran a la nación como multiétnica²¹.

²⁰ En México, algunos estados permiten ahora la elección de autoridades municipales “por usos y costumbres”. En Ecuador se ha habilitado un nivel electoral sub-municipal (la Junta Parroquial). La Ley de Participación Popular en Bolivia ha establecido una suerte de Municipio Indígena. Las Entidades Territoriales Indígenas en Colombia son, además, distritos electorales.

²¹ El movimiento indígena de Ecuador ha planteado el reconocimiento constitucional del carácter multinacional del país.

Los temas pendientes

Hay cuatro aspectos especialmente problemáticos en la relación entre los pueblos indígenas y los estados que adquieren proporciones cada vez más importantes en el establecimiento y agudización de las tensiones que enfrentan los movimientos indígenas con los estados.

Acceso y distribución de los recursos esenciales para la vida

Evidentemente las reformas agrarias no consiguieron resolver de modo sostenible la cuestión de las tierras campesinas y varias décadas después de su aplicación, la escasez, el deterioro, la presión demográfica y la inseguridad jurídica son muy altas; tampoco hay soluciones satisfactorias sobre el acceso al agua y ninguna que haga posible el aprovechamiento de otros recursos como las minas, los bosques y el patrimonio natural y arqueológico. En las áreas de foresta tropical (tierras de nadie o patrimonio del Estado) únicamente se reguló la colonización y el régimen de concesiones; los territorios tradicionalmente ocupados por los pueblos indígenas se han mantenido en la indefensión y han sido crecientemente acosados y disminuidos.

Ahora bien, los movimientos indígenas contemporáneos, al menos parcialmente incubados en movimientos agrarios, han desarrollado reivindicaciones nuevas, más complejas, que involucran el conjunto de los recursos naturales (y no únicamente el suelo) y atan su recuperación y mantenimiento a la conquista de atribuciones de control sobre el espacio. Esta nueva forma de luchar por los recursos encuentra sus límites en la idea de soberanía como atributo exclusivo del Estado y en el desarrollo de intereses empresariales internos y transnacionales.

En general no existe un régimen legal suficientemente amplio y elástico que permita asegurar los recursos para los pueblos indígenas en las diversas condiciones en que éstos se encuentran, más allá del derecho a la propiedad.

Realización de la justicia

El irrespeto de los derechos humanos de los indígenas y de sus derechos como pueblos ha sido frecuente, agravado por prácticas

discriminatorias y por deficiencias en los mecanismos jurisdiccionales. La intensificación del contacto con la vida nacional ha puesto a los indígenas en una situación cada vez más frágil respecto de la justicia y los ha vuelto víctimas de las más aberrantes prácticas de un sistema que se descompone crecientemente convirtiéndolos en blanco de acciones de represión de “nuevos” delitos como el terrorismo o el narcotráfico. Los movimientos indígenas demandan acceso a la justicia, pero también la capacidad de autorregular su vida de conformidad a sus costumbres y resolver sus problemas ante sus autoridades tradicionales. Otra vez el orden constituido, la generalidad de la ley y la unidad de la justicia limitan el desarrollo posible de estos reclamos.

Ejercicio de la autoridad y la representación

La exclusión de las formas indígenas de organización social, las limitaciones en el acceso a las instancias regionales y nacionales de poder y la marginación de la ciudadanía, llevan al movimiento a reivindicar autonomía y/o autodeterminación, así como a autoexcluirse de los sistemas formalmente democráticos (partidos y sufragio), alejarse de las instancias corporativas de gestión (sindicatos, asociaciones residenciales, vecinales) y substraerse de cualquier proceso de participación nacional, que se base en la renuncia de sus identidades y formas de actuar colectivas.

Participación en el desarrollo económico, social y cultural

Tradicionalmente marginados de las decisiones y de los beneficios del desarrollo, los pueblos y comunidades indígenas se plantean ahora tomar una posición de control sobre los asuntos que atañen a su propio desenvolvimiento, no únicamente mediante la participación en las instancias en las cuales se deciden e impulsan las intervenciones, sino tomando a su cargo y según sus propios valores y perspectivas tales acciones, con exclusión de las agencias públicas y los intermediarios privados. Esta reivindicación incluye la recuperación y fomento de sus lenguas, sus prácticas religiosas, sus formas propias de educación, tecnologías y medicina, compitiendo en el terreno de las funciones que ha tomado para sí el Estado y/o la Iglesia.

Las soluciones posibles

En cada uno de estos campos problemáticos hay asuntos que pueden resolverse por la vía de la negociación, otros parecen tener límites irresolubles en las condiciones actuales. Ninguna salida genuina provendrá –aún allí donde la presencia indígena es muy débil– de concesiones graciosas del Estado; serán resultado del desarrollo de las tensiones y de la elevación de las luchas indígenas hasta las arenas donde se resuelven los problemas del Estado y en las cuales sería posible conquistar transformaciones del modelo nacional (de desarrollo y de organización política) y nuevos cursos para la democracia.

La solución de las tensiones en torno al régimen de acceso a los recursos territoriales pasa por dos caminos: la factibilización de las demandas indígenas más allá de su alcance esencialmente ideológico y el de la reforma legal más allá del régimen de propiedad. Las reformas recientes a la tradición constitucional sobre los territorios tierras indígenas en Brasil, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, y Paraguay; algunas experiencias relacionadas con el régimen de administración de los recursos naturales, las reservas forestales y las áreas protegidas en Bolivia y Brasil; muestran un camino posible.

La solución que se dé a la demanda territorial deberá responder al mismo tiempo a la demanda de autonomía mediante la modificación del sistema de distribución de las competencias. Los pueblos indígenas y otros grupos que demandan genéricamente autonomía deberán comprenderla como una posibilidad en el marco de los procesos de reordenamiento y reorganización del Estado y desarrollar las capacidades necesarias para asumirla. Hay algunas propuestas para modificar los sistemas centrales de distribución y ejercicio de las competencias en favor de regiones, organizaciones locales y entidades indígenas, pero no hay todavía balances críticos de sus alcances y de su aplicación real.

El acceso a la justicia y la solución de una aparente oposición entre derecho indígena y derecho nacional combina soluciones en el régimen territorial (que define jurisdicciones), en el campo de las autonomías (que establece competencias) y en el sistema judicial (que fija procedimientos).

El desarrollo comprendido como un proceso de sustitución de las prácticas y valores tradicionales por otros adecuados a la

construcción de un destino nacional homogéneo, es por definición incompatible con el fortalecimiento de las identidades particulares y con el mantenimiento de la diversidad y las metodologías para fomentar la participación, largamente experimentadas, no desvanecen por sí mismas esta oposición. Las tensiones con relación al desarrollo provienen de su definición y se materializan en la exclusión de las perspectivas y de la gestión desde los beneficiarios. El carácter multiétnico y multicultural que ahora reconocemos en las formaciones nacionales demanda una nueva concepción del desarrollo como un impulso desde las culturas, los intereses y las maneras de hacer de las comunidades; una redefinición de los roles de los diferentes actores en los escenarios locales, nacionales e internacionales, así como condiciones de seguridad sobre los recursos, democracia en las decisiones y justicia en la distribución. Hace falta una modificación sustancial de la calidad y forma de la entrega de bienes y servicios, como lo demandan las organizaciones cuando plantean la necesidad de un desarrollo definido a partir de las características sociales y culturales de los pueblos indígenas.

Tal como lo ha propuesto recientemente la CEPAL al formular la estrategia de Transformación Productiva con Equidad (TPE), el desarrollo es un asunto ligado al crecimiento, pero también a la distribución y a “la integración social del sistema a través de una ‘ciudadanía moderna’ y activa, que de cuenta, por un lado, de la diversidad y la multiculturalidad, y por otro, del pleno disfrute del derecho a desarrollar sus identidades propias a los distintos grupos sociales que componen el tejido social de la región”. Tal “ciudadanía moderna” implica “... la existencia de actores sociales con posibilidades de autodeterminación, capacidad de representación de intereses y demandas, y el pleno ejercicio de sus derechos individuales y colectivos jurídicamente reconocidos”²².

Se trata entonces de desarrollar un modelo de democracia que efectivamente proteja los Derechos Humanos y promueva la participación de la sociedad como una poliarquía, esto es un sistema en el cual el poder está distribuido y tal distribución tiene significado para todos los ciudadanos y ciudadanas, en tanto les permita ejercer los derechos a tomar parte en las decisiones que afectan a la

²² Ottone, citado en Bello, Álvaro y Marta Rangel. *Etnicidad, “raza” y equidad en América Latina y El Caribe*. Santiago, CEPAL, 2000.

colectividad, exigir la debida atención de sus demandas, participar en el control de la legalidad y del ejercicio de la autoridad (la rendición de cuentas), y organizarse y actuar autónomamente en tanto sociedad civil.

En el campo del desarrollo económico, social y cultural, la diversidad étnica plantea muchos retos que aún no han empezado a ser enfrentados. En la coyuntura de la modernización y desde el fondo de la crisis, el reto del desarrollo con identidad se proyecta como el eje de la reorganización de todos los elementos que gravitan en la configuración de las tensiones entre diversidad social y homogeneidad del modelo: territorios, autonomía, justicia e identidad.

Una gestión de las transformaciones que permita vislumbrar soluciones posibles demanda una extensa revisión de las comprensiones y las prácticas que en el pasado instalaron los problemas.

Descubrir el derecho indígena y comprenderlo

Costumbres, sistemas, etiquetas de procedimiento

El establecimiento de los sistemas de normas que regulan la vida social de los pueblos indígenas ha sido una práctica recurrente de los etnólogos y antropólogos sociales, sea para analizar su estructura y funcionamiento, o para poner de relieve sus transformaciones. Sin embargo, solamente en algunos casos estos sistemas normativos han sido percibidos y tratados como expresiones jurídicas o cuerpos legales; esto ocurre más frecuentemente en estudios comparativos (interculturales) o cuando se trata de pueblos sujetos a la confrontación con otros que los ocupan y subordinan (situaciones coloniales en general). Los estudios contemporáneos sobre la situación y el desarrollo de los pueblos indígenas, no escapan a esta perspectiva, y es frecuente que se los describa y analice en contraste y en oposición respecto de las sociedades estatales de las que forman parte; y que los sistemas normativos de la estructura social y su operación sean establecidos como cuerpos jurídicos implícitos, y comparados con los estándares legales positivos. Esto es aún más frecuente en los trabajos que exploran la problemática política de estos pueblos, dirección que conduce casi invariablemente al análisis del campo del derecho.

Un proceso semejante se observa en otros campos del conocimiento, como la historia y la sociología del derecho, y el derecho comparado que, arrancando del análisis de las normas, transitan rápidamente hacia el estudio y comparación de las estructuras sociales a que éstas se corresponden. Ahora bien, cualquiera que sea la perspectiva metodológica y las bases teóricas desde las cuales se hacen los acercamientos al derecho indígena hoy en día, es posible reconocer algunas comprensiones alternativas que originan diversos tratamientos y usos de la cuestión.

Algunos investigadores consideran que existe un sistema jurídico autóctono, contenido en las reglas del juego de la estructura social y de su funcionamiento, que se expresa de manera más o menos directa en todas las prácticas sociales a manera de costumbre, y asumen la tarea de aislar y ordenar tales normas en un cuerpo al que llaman derecho consuetudinario. Esta labor se auxilia del concepto de institución jurídica (familia, propiedad, asociación) para construir conjuntos de reglas asociadas que se expresan como cuerpos de leyes. Consecuentemente, esta comprensión se propone codificar —en el sentido de dotar de expresión y ordenar— estas costumbres —o las normas que entrañan— para favorecer su preservación, su aplicación y su reconocimiento por parte del conjunto social. El ordenamiento de estos códigos de derecho consuetudinario puede asumir diversos principios clasificatorios: desde aquellos provenientes del derecho nacional, hasta los inspirados en las taxonomías propias de los pueblos indios y de sus lenguas.

Otro acercamiento importante al derecho indígena, menos holístico, consiste en el aislamiento y codificación de las normas que organizan las relaciones constitutivas de la comunidad o del conjunto de comunidades; o las que regulan los sistemas de distribución del prestigio y ejercicio de la autoridad. Esta alternativa presta atención preferente a aquellos fenómenos que de manera más clara están asociados a la existencia de normas expresas y generalmente aceptadas, donde la costumbre adquiere ciertos niveles de formalización jurídica. Los ensayos, desde esta perspectiva, tienden a proponer la existencia de ciertos principios que determinan derechos y obligaciones, y asumen la tarea de establecerlos como un patrón regulador de los comportamientos. Entre ellos están los principios de la reciprocidad, la gerontocracia y los sistemas de cargos. Consecuentemente, los trabajos realizados desde esta perspectiva privilegian las formas de organización interna de las

comunidades y pueblos, y proponen estatutos constitutivos de las asociaciones que podían ser sancionados legalmente para garantizar esas formas aparentemente autónomas de existencia legal y dotarlas de personería.

En el extremo contrario de los estudios sobre organización y funcionamiento social encontramos los análisis de situaciones de conflicto y construcción del consenso, en los cuales el establecimiento de los sistemas normativos es un recurso explicativo fundamental de donde se desprende una comprensión sobre el derecho indígena. Implica suponer que, independientemente de la existencia de normas anteriores y del grado de formalización que pudiera tener, las leyes existen en tanto están siendo manipuladas para enfrentar o resolver situaciones mediante procedimientos colectivos que se presentan bajo formas ritualizadas. No son, en este caso, las normas sustantivas (que establecen derechos y obligaciones), sino las adjetivas (que organizan los procedimientos) las que pueden ser aisladas; la acumulación de fallos y su reiteración dan origen a un derecho jurisprudencial que podría ser codificado como un derecho indígena²³. Esta manera de entender el derecho indígena como una virtud procesal enfatiza el papel de los actores que intervienen en las disputas y conciliaciones, que forman una élite de especialistas en el conocimiento y perpetuación de las prácticas jurisdiccionales y, por tanto, en la administración de la vida social.

Las tres perspectivas antes mencionadas suelen abstraer el hecho de que los pueblos indígenas se encuentran subordinados a sociedades nacionales que les han impuesto y les imponen un orden jurídico, del cual son en buena parte un resultado. Cuando la consideración de este fenómeno sí está presente, el derecho indígena es comprendido como el resultado de la asimilación de las normas legales nacionales por parte de las comunidades indígenas, según las condiciones particulares de articulación en la sociedad. Surge así una cuarta manera de definir el campo del derecho indígena que se plantea como objetivo establecer cómo las leyes son entendidas y utilizadas para regular la vida social o para dirimir conflictos, contextualizándolas en su universo cultural y expresándolas como parte de sus costumbres cotidianas. Algunos autores encuentran que este orden jurídico impuesto y externo, asimilado parcialmente, se

²³ Ver entre otras las contribuciones en este sentido los artículos de Teresa Sierra y de Françoise Lartigue, en el libro *Entre la Ley y la Costumbre* (citado en notas anteriores).

combina con prácticas y valores anteriores –algunos de los cuales son producto de asimilaciones y adecuaciones más antiguas– para formar un complejo al que cabe denominar costumbre jurídica indígena. Al contrario que en los casos anteriores, de esta comprensión se deriva la necesidad de profundizar en la comunidad indígena (y en los especialistas dentro de ella) el conocimiento de las legislaciones nacionales, para mejorar su capacidad de negociación y argumentación, y para desarraigar, en la medida de lo posible, las prácticas arcaicas que entorpecen su propio desarrollo y defensa en el terreno de las leyes.

La recopilación y análisis de las normas que, dispersas en varios cuerpos legales, afectan directa o especialmente a las poblaciones indígenas, constituye otra forma de abordar este campo de estudio; de tal ejercicio se deriva el establecimiento de un conjunto de derechos, obligaciones y principios de procedimiento que configura lo que sería un estatuto particular de los pueblos indígenas en el Estado. Desde esta comprensión del derecho indígena, se despliegan esfuerzos por alcanzar la promulgación de un cuerpo suficientemente amplio de legislación especial y excepcional que provea a los pueblos indios de un marco de protección eficiente en todos los campos de su interés. Una variación interesante de esta aproximación –particular de los casos de Estados Unidos de América y Canadá– es el estudio de los tratados (naciones indias-Estado nacional) y de la jurisprudencia de su aplicación, con el mismo propósito de establecer el estatuto legal indígena vigente.

Cabría señalar, finalmente, un modo adicional de abordar el campo del derecho indígena: la creación de una teoría jurídica alternativa basada en la crítica de las concepciones formales que soportan el derecho burgués, y que pretendería formular una comprensión congruente con el conjunto de los sistemas de representación de las culturas indígenas.

Hay, por lo menos, tres campos problemáticos relativamente nuevos respecto de los cuales se están desarrollando aproximaciones que involucran cuestiones de costumbre jurídica indígena y legislación estatal y que inducen a esta reflexión teórico-crítica: el impacto de la construcción de grandes obras, la explotación de yacimientos estratégicos, y el desarrollo de extensas plantaciones de materias primas básicas, en áreas tradicionalmente ocupadas y consideradas como territorios indígenas; el ejercicio, promoción y

defensa de los derechos humanos de los pueblos indios en tanto sujetos colectivos; y la prestación de asistencia legal para comunidades que organizan sus demandas y reivindicaciones desde una juridicidad y una cultura distintas. La antropología y la ciencia jurídica, por sí solas, no son suficientes para encarar estos asuntos, cada vez más claramente inscritos en la arena de la política.

Estas diferentes maneras de comprender lo que genéricamente denominamos derecho indígena no son necesariamente excluyentes; se encuentran en la práctica formas combinadas de abordar el tema que dependen en buena medida de los usos hacia los que están orientados los trabajos, así como de las perspectivas teóricas y metodológicas desde las cuales se enfrenta el tratamiento de la cuestión indígena en general.

Una comprensión congruente con la del desarrollo de la plataforma de los movimientos indígenas supone reconocer que el derecho consuetudinario o costumbre jurídica sólo se configura en oposición con el derecho nacional, como los pueblos indios se definen en contradicción respecto del Estado. Entonces no cabe pretender la existencia de un cuerpo de normas autónomas de esta relación; es importante, en cambio, analizar la capacidad y autoridad de los pueblos indios y de sus organizaciones para producirlo y contraponerlo a la normatividad estatal en la práctica social, y procurar su coexistencia como medio de ejercicio de la democracia y el pluralismo, más que su reducción a la formalidad.

Antropología jurídica y derechos indígenas: una alternativa transdisciplinaria

Desde la perspectiva de la ciencia jurídica la Antropología Jurídica puede ser vista como una subdisciplina o ciencia auxiliar, especialmente vinculada a la teoría del derecho en general, a los estudios de derecho comparado e historia del derecho, y a algunas especialidades como la ciencia penal, el derecho de familia, el derecho penitenciario y el derecho administrativo.

El método comparativo, predominante en la mayor parte de orientaciones de la antropología, ha sido compartido por muchos especialistas de derecho comparado. Más aún, los primeros trabajos antropológicos modernos (mediados del siglo XIX) fueron realizados por abogados profesionales, que compararon las

instituciones jurídicas –como el parentesco o la organización del Estado– de sus propias sociedades, con las normas vigentes en sociedades históricamente anteriores (arcaicas) o en sociedades primitivas contemporáneas.

El evolucionismo, otra de las orientaciones primordiales de la antropología del último siglo, reúne igualmente los estudios sobre cultura y sociedad, con los de historia del derecho, en la medida que los dos se ocupan de establecer las tendencias según las cuales se han establecido y transformado las normas de la vida social.

Especial utilidad prestó la antropología a la ciencia penal en el estudio de tipos humanos y sociales y en general en la comprensión de los comportamientos grupales frente a las normas jurídicas y las prácticas procesales. También se ha usado en estudios sobre sistemas correccionales y carcelarios.

Como se indicó en el párrafo anterior, el estudio comparado de normas y sistemas jurídicos está en el inicio de la antropología moderna, y ha marcado notablemente su desarrollo. Esta orientación jurídica o legal de la antropología no es ajena a la tradición de los precursores de la disciplina en los siglos anteriores: los navegantes y geógrafos del siglo de las exploraciones y más tarde los funcionarios y misioneros coloniales organizaron sus descripciones y sus reflexiones sobre los pueblos de ultramar en torno a los problemas del derecho, su aplicabilidad, su adaptación y su eficacia para regular el nuevo orden que estaba entonces surgiendo. En el presente siglo esta actividad fue muy importante frente a las necesidades de desarrollar soluciones para la administración colonial, que tomaran en cuenta las prácticas propias de los pueblos y las adecuaran a las nuevas condiciones de su relación con las metrópolis. En Inglaterra primero y en los Estados Unidos después, la Antropología Jurídica se desarrolló como una subdisciplina o especialidad muy importante a partir de la Segunda Guerra Mundial. Numerosos estudios monográficos sobre sistemas jurídicos indígenas, recopilaciones de estudios de caso y análisis comparativos, referidos a pueblos de África, Melanesia y América Latina aparecen entre 1950 y 1970, al mismo tiempo que se dio un importante debate acerca del perfil metodológico y la utilidad de este campo de estudio.

Esta especialidad de la antropología social, como otras que se desarrollan en el mismo período, resulta de la aplicación de la metodología y la teoría de la antropología y, especialmente de sus

técnicas de investigación más desarrolladas: el trabajo sobre el terreno, el estudio de casos y la comparación, a procesos e instituciones sociales (en tanto objetos de conocimiento científico) propios de las ciencias jurídicas o del derecho: formas de gobierno, maneras de solucionar las controversias al interior de las comunidades, normas sobre relaciones de propiedad o de familia, etc. Algunos trabajos dentro de esta perspectiva se interesan por describir los sistemas jurídicos no formales (indígenas o tradicionales) y por contrastarlos con las normas formales (nacionales o legisladas), dando origen a abundante literatura sobre lo que se denomina genéricamente derecho consuetudinario o costumbre jurídica.

Una opción más reciente, actualmente en desarrollo, intenta definir a la Antropología Jurídica como un quehacer transdisciplinario, esto es como una estrategia analítica que combina los aportes de las ciencias jurídicas y antropológicas, sin subordinarlas, para el tratamiento de fenómenos definidos en la intersección entre la ley y la práctica social, que tendría por objeto develar la dinámica de sus relaciones mutuas y los efectos de éstas sobre el comportamiento social y sobre la transformación de las normas y/o de sus usos y sentidos.

Esta perspectiva se diferencia de las antes mencionadas en tanto no se trata de la aplicación de una disciplina, el derecho por ejemplo, a un objeto definido por otra, el parentesco o el sistema de cargos; sino que propone que el objeto mismo de análisis debe ser interconstruido desde una doble perspectiva, y que su tratamiento metodológico y analítico requiere la generación de una comprensión en el diálogo transdisciplinario.

En años recientes esta tendencia se está utilizando para estudiar algunos problemas que se plantean en la relación entre comunidades sociales específicas (indígenas, marginales urbanas, grupos de edad o de género) que desarrollan formas propias de autorregulación (de solución de controversias o administración doméstica de justicia, por ejemplo) y el orden social y jurídico de los Estados en que viven. En la práctica estas relaciones implican un uso combinado de la ley y las costumbres locales, del acceso a los sistemas formales de administración de justicia y a las formas tradicionales de conciliación, de aplicación de normas reglamentarias de carácter generalmente obligatorio y de concertación de soluciones situacionales. Este tipo de problemática está relacionada actualmente con las posibilidades

de asegurar acceso a la justicia para sectores tradicionalmente marginados y desprotegidos, y con las transformaciones aceleradas que experimenta el orden global las cuales demandan el desarrollo de una nueva normatividad más adecuada para la pluralidad social y cultural.

El texto más temprano que plantea sistemáticamente la relación entre la ley y la cultura es el libro de Sir Henry Maine, *Ancient Law*²⁴. Sesenta y cinco años después apareció el libro de Bronislaw Malinowsky, *Crime and Custom in Savage Society*²⁵, el cual por muchas razones podría ser considerado como fundador del campo de la antropología jurídica como una especialidad.

En el transcurso de la aparición de estos dos libros fundamentales, ocurren importantes transformaciones de la antropología que la llevan a alcanzar su estatuto científico y que envuelven importantes discusiones entre sus orientaciones metodológicas clásicas: el evolucionismo y el funcionalismo. Abundante literatura descriptiva y analítica de la época se refiere a la relación entre la ley y la práctica social y a la vinculación entre el derecho y la antropología. L. Nader, K. Koch y B. Cox prepararon una extensa bibliografía que puede ser consultada al respecto²⁶.

A partir de entonces se multiplican los estudios sobre sistemas jurídicos de pueblos indígenas y tribales en cuyo desarrollo cabe reconocer dos líneas o influencias básicas: los estudios realizados en África por antropólogos británicos liderados por Max Gluckman, quien produjo una síntesis analítica bajo el título *Politics, Law and Ritual in Tribal Society*²⁷, y los trabajos de varios investigadores norteamericanos sobre Mesoamérica y América del Sur, cuyos avances y conclusiones están recogidos en el libro editado por Laura Nader, *Law in Culture and Society*²⁸. Para el caso de México, existen numerosos estudios especialmente referidos a las

²⁴ Publicado en 1861 en Londres (Murray), reeditado en 1963 en Boston (Beacon Press), y del que existe una traducción castellana (*El Derecho Antiguo*, Fondo de Cultura Económica).

²⁵ Kegan Paul, Trench and Trubner, Londres, 1926; versión castellana de Alianza Editorial, Madrid.

²⁶ "The Ethnography of Law: A Bibliographic Survey" en *Current Anthropology* 7 (3): 267-294, 1966.

²⁷ Aldine Publishing Company, Chicago, 1965.

²⁸ *American Anthropologist*, Special Issue, vol. 67. No. 6, 1969.

poblaciones indígenas de las tierras altas de Chiapas, producidos por dos importantes proyectos de investigación auspiciados por universidades norteamericanas en las décadas de 1950 y 1960.

Este desarrollo es particularmente importante a partir de 1990 en América Latina (y sobre la región) Desde entonces se viene desarrollando una amplia red informal de abogados, antropólogos y otros profesionales, que trabajan muy de cerca a los movimientos indígenas, y que están generando una manera innovadora de estudiar temas como el de las relaciones mutuas entre la normatividad formal y los procesos comunitarios de control social, las dinámicas sociales y la reforma legal, los movimientos por un nuevo orden jurídico y las políticas estatales frente a ellos. Una buena síntesis para el momento de arranque puede leerse en el libro varias veces citado *Entre la Ley y la Costumbre*²⁹. En los siguientes quince años esta producción –entre académica y política– se incrementa notablemente, siguiendo los pasos de la demanda indígena, las reformas constitucionales y la urgencia de desarrollar la legislación correspondiente³⁰.

²⁹ 1990.

³⁰ Varios libros dan testimonio de este desarrollo; ver entre otros: E. Sánchez, R. Roldan y M. F. Sánchez. *Derechos e identidad: los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Bogotá, Disloque Editores, 1991. Alberto Wray et al. *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*, Quito, Editorial Abya Yala, 1993. Diego Iturralde (Compilador), *Orden Jurídico y Control social*, México DF, Instituto Nacional Indigenista. Teresa Valdivia (Compiladora), *Usos y costumbres de la población indígena de México*, México DF, Instituto Nacional Indigenista. Varios autores, *Derechos Territoriales Indígenas y Ecología en las selvas tropicales de América*, Bogotá, Fundación Gaia y Cerec, 1992. Ramón Torres (editor), *Derechos de los Pueblos Indígenas: situación jurídica y políticas de Estado*, Quito, CONAIE, Abya Yala y CEPLAES, 1995. Juliana Santilli (Coordinadora), *Os Direitos Indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, Núcleo de Direitos Indígenas y Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. La producción académica mexicana es muy abundante, principalmente en torno a las polémicas que siguieron a la reforma constitucional de 1993, los acuerdos de San Andrés sobre Derechos y Cultura Indígena y la Reforma Constitucional de 2001.

El derecho indígena hoy en América Latina

Estado del arte del derecho consuetudinario: El caso de Perú

*Fernando Bazán Cerdán**

La pretensión de hacer una “fotografía panorámica” del momento actual del derecho consuetudinario en el Perú implica que previamente se formule un acercamiento conceptual sobre el término, se delimite su contenido, se identifique a los sujetos que lo aplican y se establezca el marco normativo que lo reconoce, sin perjuicio de constatar la existencia de mecanismos de coordinación entre el derecho consuetudinario y el sistema jurídico nacional, así como de plantear conclusiones provisionales sobre el conjunto de la problemática.

De esta manera, por derecho consuetudinario se entiende “a un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distinto al derecho positivo (escrito) vigente en un país. Es decir que el derecho consuetudinario puede coexistir con el derecho positivo de un país o región, o puede presentar en algunos casos conflicto entre sistemas legales o jurídicos”¹. Para otros, el derecho consuetudinario “... es aquel conjunto de normas morales de observancia general que en forma uniforme y permanente regulan los intereses públicos y privados de una colectividad con la particularidad de ser conservadas y transmitidas por herencia social”². En ambos casos la doctrina es unánime en cuanto requiere que confluyan dos elementos imprescindibles para que una costumbre califique como fuente de derecho: a) uso repetitivo y generalizado; y b) conciencia de obligatoriedad.

* Juez especializado, Penal de Cajamarca, Perú.

¹ Ver: http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_consuetudinario y http://www.gbf.ch/Session_Administration/upload/Aguiar%20PAPER.doc

² Comisión Jurídica para el Autodesarrollo de los Pueblos Originarios Andinos, CAPAJ, “El derecho consuetudinario Indígena”. Propuesta presentada al V Seminario Amáutico en Calama, Chile, del 27 al 29 Enero de 1995. En *Revista Aportes Andinos*, abril 2002, de Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador. Ver: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/documento/derechoconsuetudinario.htm>

Respecto del contenido del derecho consuetudinario, es sumamente conocida la propuesta sobre el particular de Stavenhagen³, al señalar que comprende:

1) normas generales de comportamiento público; 2) mantenimiento del orden interno; 3) definición de derechos y obligaciones de los miembros; 4) reglamentación sobre el acceso a, y la distribución de recursos escasos (por ejemplo, agua, tierras, productos del bosque); 5) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios (verbigracia, herencia, trabajo, productos de la cacería, dotes matrimoniales); 6) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; 7) sanción a la conducta delictiva de los individuos; 8) manejo, control y solución de conflictos y disputas; y 9) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública.

Por su parte, identificar a los sujetos colectivos y/o individuales que aplican en el Perú el derecho consuetudinario, implica reconocer a los grupos y/o personas que practican formas tradicionales de administración de justicia, ejercen sistemas de justicia no estatales, emplean mecanismos alternativos de resolución de conflictos o utilizan sistemas alternativos de justicia, cualquiera sea la denominación que se prefiera. Es así que, por diversas razones de orden histórico, social y jurídico, resulta medianamente pacífico entender que los sujetos que en mayor o menor medida recurren al derecho consuetudinario en el Perú son **las comunidades campesinas y comunidades nativas, los jueces de paz y las rondas campesinas**.

En cuanto al marco normativo que reconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales conforme al derecho consuetudinario, podemos destacar que **las comunidades campesinas y nativas** tienen reconocido tal derecho por el artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993⁴, **los jueces de paz** (juzgados o justicia de

³ Rodolfo Stavenhagen, "Derecho consuetudinario indígena en América Latina". En: *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México 1990, p. 31.

⁴ De acuerdo a la clásica doctrina jurídico procesal respecto a las formas de solución de conflictos, se reconoce como tipos de resolución de conflictos surgidos en diversos momentos históricos a **la autotutela o autodefensa** (la legítima defensa, el derecho del poseedor a repeler la fuerza que se emplee contra él y recobrar el bien sin intervalo de tiempo si fuere desposeído, el

paz) en forma relativa por el artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1991 (reformada en 1993)⁵ y **las rondas campesinas** en forma singular por la nueva Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas⁶ del año 2003.

Las comunidades campesinas y comunidades nativas

En el Perú existen 72 etnias (7 ubicados en el área andina y 65 en el área amazónica), las cuales se agrupan en 14 familias lingüísticas indígenas⁷. Los grupos étnicos caracterizan a la población indígena o a los pueblos indígenas de nuestro país que, a 1993⁸, ascendían aproximadamente a 7.805,193 pobladores (representando aproximadamente el 35% de la población total nacional), distribuidos de la siguiente manera: campesinos 7'505,975 (96.2 %) y nativos 299,218 (3.8 %).

Los pueblos indígenas del Perú están organizados mayoritariamente en 5,666 comunidades campesinas –andinas y costeñas– reconocidas⁹ y 1,265 comunidades nativas –amazónicas–

ejercicio directo de un derecho subjetivo, etc.), **la auto composición** (directa: la transacción, el allanamiento y el desistimiento; e indirecta: la mediación y la conciliación) y **la hetero composición** (pública y privada). Según la clasificación anterior, y en posición asumida por algunos procesalistas, la denominada jurisdicción especial indígena o comunal correspondería al sub tipo de heterocomposición privada (este método se caracteriza porque, en busca de un resultado imparcial, las partes no solucionan el conflicto por sí mismas, sino que tal labor corresponde a un tercero ajeno al conflicto sin interés previo a la controversia, cuyo ejemplo más conocido es el arbitraje), y la heterocomposición pública correspondería en puridad a la jurisdicción estatal (se caracteriza por ser un órgano del Estado quien tiene el poder-deber de solucionar el conflicto en forma exclusiva y definitiva, no siendo necesario el acuerdo previo de las partes para la intervención del órgano jurisdiccional, siendo suficiente la iniciativa de una de las partes y su autoridad deriva del imperio propio del Estado).

⁵ Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial. Texto Único Ordenado aprobado por D.S. N° 017-93-JUS (02.06.93). Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/lopj.doc>. Sin embargo, la justicia de paz tiene reconocimiento constitucional a través del artículo 152° de la Constitución Política del Perú de 1993, sin perjuicio de que gran parte de su régimen legal se ha establecido por el Reglamento de la Justicia de Paz de 1854.

⁶ Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas (07.01.03). Ver: <http://www.mininter.gob.pe/article/articleview/1089/1/26/>

⁷ Mapa Etnolingüístico Oficial del Perú. Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano, 1994.

⁸ IX Censo Nacional de Población de 1993. INEI. Ver: <http://www.inei.gob.pe/sic/index.asp>

⁹ Directorio de Comunidades Campesinas del Perú. PETT. Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1998).

inscritas¹⁰. De acuerdo a la misma fuente, las comunidades campesinas ocupan una extensión superficial de 16'706,952.7557 has. y agrupan aproximadamente a 1'041,587 familias. Las comunidades nativas¹¹ ocupan una extensión superficial de 9'269,332.3145 has. y agrupan aproximadamente a 45,791 familias.

Marco legal del derecho consuetudinario comunal

El primer reconocimiento a una población indígena para que solucione ella misma sus conflictos aplicando su derecho consuetudinario se realizó en el año 1978, mediante el artículo 19 de la Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva¹², vigente hasta la actualidad, al disponer que: “Artículos 19. Los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se originen entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltas o sancionadas en su caso, en forma definitiva por sus órganos de gobierno. En los procesos civiles y penales los Tribunales Comunes o Privativos, según sea el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades”.

Por su parte, en la Ley N° 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, del año 1987¹³, no se reconoció a tales comunidades la facultad o posibilidad de solucionar ellas mismas sus conflictos aplicando su derecho consuetudinario. Sólo existe una declarativa mención a la obligación estatal para respetar y proteger los usos,

¹⁰ Directorio de Comunidades Nativas del Perú. PETT. Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1999).

¹¹ Las poblaciones indígenas amazónicas no sólo se agrupan bajo la forma legal de comunidades nativas, sino que teniendo en cuenta su organización territorial y socio cultural frente a la sociedad nacional, minoritariamente también pueden ser reconocidas y analizadas con la tipología siguiente: pueblos indígenas aislados, poblaciones indígenas remotas y dispersas, poblaciones indígenas rurales dislocadas y fragmentadas, poblaciones ribereñas e indígenas urbanos (OIT: Moore).

¹² Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva (10.05.78). Esta norma sustituyó al anterior Decreto Ley N° 20653, Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva (24.06.74). Ver: <http://www.minjus.gob.pe/spij/Textos-PDF/Leyes/1974/Junio/20653.pdf>

¹³ Ley N° 24656 Ley General de Comunidades Campesinas. (14.04.87). Ver: <http://www.cepes.org.pe/legisla/ley24656.htm>

costumbres y tradiciones de la Comunidad, propiciando el desarrollo de su identidad cultural (Art. 1, literal. d). Apenas se facultaba a su Asamblea General para constituir rondas campesinas (Art. 18, literal k) y proponer candidatos ante la autoridad competente para los nombramientos de Jueces de Paz no Letrados dentro de su comunidad (Art. 18, literal m). Lo anterior significaba que únicamente se seguiría aplicando el derecho moderno. Así: “Artículo 18.- Son atribuciones de la Asamblea General (...) k) Constituir, cuando lo considere necesario, Rondas Campesinas, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 24571; (...) m) Proponer candidatos a la autoridad competente para los nombramientos de Jueces de Paz no Letrados, Gobernador y Teniente Gobernador en su jurisdicción”.

Marco constitucional del derecho consuetudinario comunal

En la misma línea del reconocimiento de los mecanismos tradicionales de justicia de los pueblos indígenas, con la Constitución Política del Perú de 1993 se reconoce el carácter pluriétnico y pluricultural de la nación peruana (Art. 2, inc. 19), elevando a la categoría de derecho fundamental el derecho a la identidad étnica y cultural, que a su vez funda y sostiene el derecho “al propio derecho”¹⁴, expresado a través el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena, previsto en el artículo 149 de la Constitución Política del Perú, que señala: “Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, **con el apoyo de las Rondas Campesinas**, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de las personas. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.”

Resulta innegable que la disposición contenida en el artículo 149 de la disposición constitucional peruana, ha recibido una influencia notoria del artículo 246 de la Constitución de Colombia de 1991¹⁵,

¹⁴ Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo Sierra, *La jurisdicción especial indígena*. Procuraduría General de la Nación – Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas. Bogotá, 2001.

¹⁵ Con matices y *mutatis mutandi* se encuentran disposiciones similares en el Art. 63 de la Constitución del Paraguay de 1992; en el Art. 54 de la Ley N 19.253,

tal como se aprecia: “Artículo 246. Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”¹⁶.

Conforme lo sostiene Tamayo¹⁷, del artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993, que reconoce la jurisdicción especial indígena o comunal, se pueden desprender los siguientes elementos centrales para su configuración:

1. El reconocimiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las rondas campesinas.
2. La potestad de dichas autoridades de ejercer tales funciones en su ámbito territorial.
3. La potestad de dichas autoridades para aplicar su derecho consuetudinario.
4. La sujeción de dicha jurisdicción al respeto de los derechos fundamentales.
5. La competencia del Poder Legislativo para señalar las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional.

Los tres primeros elementos conformarían el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades campesinas y nativas. Por su parte, los dos últimos elementos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas con el contexto del ordenamiento jurídico nacional.

Ley Indígena de Chile, de 1993; el Art. 171 de la Constitución reformada de Bolivia de 1994; en el Art. 66 de la Constitución de Guatemala de 1985; en el inciso 17 del Art. 75 de la Constitución Argentina; el Art. 191 de la Constitución de Ecuador de 1998; y el Art. 260 de la Constitución de Venezuela de 1999.

¹⁶ Ver: <http://www.mincultura.gov.co/generales/normatividad/constitucion.htm>

¹⁷ Tamayo Flores, Ana María. “Balance y Perspectivas de la Jurisdicción Indígena y el derecho consuetudinario, a partir del contexto de Vulnerabilidad que enfrentan los Pueblos Indígenas Amazónicos” (Documento de Trabajo). Julio de 1997. En: *Nosotros y los Otros. Avances en la afirmación de los pueblos indígenas amazónicos*. Serie Informes Defensoriales. Informe No. 12. Defensoría del Pueblo. Lima, agosto 1998, p. 193.

El concepto de pueblo indígena y las comunidades

En forma pareja al reconocimiento constitucional de las funciones jurisdiccionales para las comunidades campesinas y nativas, el año 1993 el Estado peruano ratificó el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes¹⁸, que introduce el concepto jurídico de pueblos indígenas, indicando que:

Artículo 1:

1. El presente Convenio se aplica:

(...)

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

Sobre el particular, debe indicarse que para la ONU¹⁹ la definición de poblaciones indígenas denota a las comunidades, pueblos y naciones indígenas que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en parte de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y

¹⁸ El Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 26253 del 26 de diciembre de 1993. Este instrumento jurídico entró en vigor –para nuestro derecho interno– a los 12 meses del depósito del registro ante la OIT, vale decir, a partir del 02 de febrero de 1995. Ver: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

¹⁹ “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Informe final (última parte) del Relator Especial Sr. José R. Martínez Cobo. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Comisión de Derechos Humanos. Consejo Económico y Social. Naciones Unidas, 1983, p. 54.

transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales.

Esa continuidad histórica puede consistir en la continuación, durante un período prolongado que llegue hasta el presente, de uno o más de los siguientes factores: a) ocupación de tierras ancestrales o al menos parte de ellas; b) ascendencia común con los ocupantes originales de esas tierras; c) cultura en general, o en ciertas manifestaciones específicas (tales como religión, vida bajo un sistema tribal, pertenencia a una comunidad indígena, trajes, medios de vida, estilo de vida, etc.); d) idioma (ya se utilice como lengua única, como lengua materna, como medio habitual de comunicación en el hogar o en la familia, o como lengua principal, preferida, habitual, general o normal); e) residencia en ciertas partes del país o en ciertas regiones del mundo; y f) otros factores pertinentes.

Desde el punto de vista individual, se entiende por persona indígena toda persona que pertenece a esas poblaciones indígenas por autoidentificación como tal indígena (*conciencia de grupo*) y es reconocida y aceptada por esas poblaciones como uno de sus miembros (*aceptación por el grupo*). Eso preserva para esas comunidades el derecho y el poder soberano de decidir quién pertenece a ellas, sin injerencia exterior.

Sin perjuicio de las formulaciones conceptuales anteriores, en relación a la problemática y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la Organización de Estados Americanos²⁰ afirma que,

el tratamiento tradicional de sus derechos como minorías, o por la vía de la prohibición de discriminación, no es suficiente, pues desconoce la naturaleza y complejidad de los pueblos indígenas. Se trata de un tema más complejo y completo que el de las minorías, o incluso el de un grupo étnico. En efecto, los indígenas configuran una historia, y unas culturas, lenguas, diversidades étnicas, cultos o religiones propias, tradiciones artísticas, instituciones propias, regímenes jurídicos y de administración de justicia, etc. En fin, dicha realidad rica y compleja es mucho más que una minoría o una raza.

²⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 63. 19 de octubre de 2000.

Además, los pueblos indígenas tienen una doble dinámica simultánea consistente en la interconexión entre los derechos individuales y colectivos.

Los elementos conceptuales anteriores han llevado a sostener a una corriente significativa de teóricos del derecho y de la antropología en el Perú, que el término de pueblos indígenas solo podría aplicarse a las comunidades campesinas y nativas, así como a sus miembros y, en consecuencia, sólo las referidas organizaciones sociales tendrían reconocido el ejercicio de su derecho consuetudinario. Sin embargo, el debate sobre el particular aún no está zanjado.

Ejercicio del derecho consuetudinario comunal

Adicionalmente, debe señalarse que la distinta regulación de las comunidades campesinas y nativas no se basa en la simple diferencia de que las primeras están ubicadas en la costa²¹ y sierra, mientras que las segundas en la selva amazónica. A partir de la ubicación geográfica se gestan una serie de características propias que van a determinar una aplicación diferencial del pluralismo jurídico, aparte del hecho que su denominación ha respondido a una idea de clase social antes que de grupo étnico.

De esta manera, en cuanto a las poblaciones indígenas de la selva debe precisarse que, algunos grupos étnicos viven totalmente aislados de la cultura nacional; otros tantos tienen contactos esporádicos con el resto de la sociedad; un grupo mayoritario mantienen comunicación permanente con el mundo occidental, han perdido su autonomía económica pero mantienen sus costumbres tradicionales; una cantidad significativa son consideradas aculturadas pues han asumido en gran parte los elementos de la cultura dominante; y un número equivalente son considerados como culturalmente desintegrados, al haber perdido su identidad étnica por su inadecuación a las nuevas condiciones de vida.

Al respecto, Brandt²² ha formulado una tipología de los grupos étnicos amazónicos en función de su capacidad para resolver

²¹ Ley N° 26845, Ley de titulación de las tierras de las comunidades campesinas de la Costa (26.07.97). Ver: <http://www.cepes.org.pe/legisla/ley26845.htm>

²² Brandt, Hans-Jurgen, *Justicia popular. Nativos campesinos*. Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986, pp. 25-30.

conflictos: a) Grupos tradicionales, segmentarios y acéfalos; b) Grupos en proceso de transformación a comunidades nativas; y c) Grupos aculturados organizados en comunidades. En los primeros, faltan instituciones de dominio, carecen de un poder institucionalizado y de un aparato represivo, el derecho consuetudinario no protege un interés colectivo, tiene su base en la mitología y los conflictos se resuelven por la venganza, las sanciones son impuestas y ejecutadas por las mismas víctimas o sus familiares, donde el homicidio y el adulterio se sancionan con la muerte. En los segundos, existe un poder institucionalizado de la asamblea de los jefes de familia y el jefe o “*apu*” de la comunidad, dependiendo el poder de este último de la capacidad de convencimiento que genere en la asamblea, las sanciones son impuestas para el mantenimiento de la paz social, existiendo castigos corporales, aunque en mayor medida se aplican las privaciones de libertad y multas. En los terceros, las sanciones son adoptadas por sus órganos de gobierno en base a normas internas, influenciadas por entidades estatales, privadas o religiosas, los procedimientos de solución de conflictos son formalizadas y sujetas a trámites (denuncias, notificaciones a las partes, audiencias orales, valoración de pruebas, fallos por el jefe de la comunidad, cumplimiento de resoluciones por “policías nativos”, etc.), las sanciones son variables (pena privativa de libertad, multas, trabajos comunales, expulsión de la comunidad), generalmente no se aplican castigos corporales, se busca conciliar a las partes y de resarcir los daños manteniendo un equilibrio (especialmente en conflictos entre parejas, donde si no es posible la solución del conflicto se remite a instancias familiares).

De otro lado, en el caso de las comunidades campesinas se evidencian mayores diferencias con la situación de las comunidades nativas. Las comunidades campesinas están muy ligadas económicamente con la sociedad mayor. Fuera de algunas peculiaridades socio-culturales, no existe un mundo andino netamente tradicional sin nexos con la cultura del sector dominante de la sociedad²³. Sin embargo, en gran medida sus conflictos se solucionan en ámbitos distintos al órgano jurisdiccional: los órganos de las comunidades (asamblea general, presidencia del consejo directivo, etc.), las rondas campesinas, los gobernadores y los tenientes gobernadores. No aplican el derecho civil a sus matrimonios (“*servinacuy*”) ni a sus relaciones contractuales, pero si

²³ Brandt, Hans-Jurgen, *Justicia popular...*, p. 96.

lo emplean una vez que el conflicto se agrava²⁴. Las conductas antisociales también buscan controlarse sin acudir al órgano jurisdiccional. En algunos casos, entregan a los delincuentes a la policía después de sancionarlos de acuerdo a sus normas. Sólo en conductas muy graves, como los homicidios, se dirigen directamente a las instancias estatales²⁵.

Según Núñez Palomino²⁶, los campesinos no ignoran el derecho moderno, lo que sucede es que no lo aceptan íntegramente. Aún en aquellos procesos dirigidos a beneficiar a las comunidades, existe resistencia hacia los procedimientos originados fuera de la misma, razón por la cual los campesinos tienden a ventilar sus conflictos de intereses ante sus propias instituciones y procedimientos. La solución de los conflictos de intereses patrimoniales se pueden resolver a través de: la conciliación; en decisiones comunales que pueden ordenar el pago de dinero, resarcimiento, demarcación de linderos, etc.; y la eventual remisión del caso a las instancias familiares y sociales. Las conductas antisociales, asimilables a los delitos penales, se controlan mediante la aplicación de sanciones como las multas, las penas privativas de libertad por muy corto plazo, castigos corporales, deshonra pública, expulsión de comunidades y, muy excepcionalmente, la muerte²⁷.

Los campesinos no tienen como en el derecho moderno una medida abstracta de la sanción, aquella según la cual a cierta hipótesis de hecho le corresponde una consecuencia jurídica, la misma que debe ser aplicada a todos por igual. Las sanciones aplicadas a los comuneros tienen funciones preventivas y resocializadoras. Cuando el transgresor del orden comunal es un extraño, la sanción será diferente pues se ve en él a alguien que atenta contra los intereses de la comunidad.

²⁴ Núñez Palomino, Pedro Germán. *Derecho y comunidades campesinas en el Perú (1969-1988)*. Centro de Estudios Regionales Andinos "Bartolomé de las Casas". Cusco, 1996, p.179.

²⁵ Brandt, Hans-Jurgen, *Justicia popular...*, p. 148.

²⁶ Núñez Palomino, Pedro Germán, *Derecho y comunidades campesinas...*, p. 179.

²⁷ Brandt, Hans-Jurgen, *Justicia popular...*, p. 149.

Los jueces de paz

Se estima que actualmente en el Perú existen aproximadamente 3,901 juzgados de paz, conocidos también como juzgados de paz no letrados. La mayoría de dichos órganos jurisdiccionales se encuentran ubicados en la Sierra, siendo aproximadamente 2,839 (72,7 %), siguiéndole la región geográfica de la Costa con 562 (14,39 %) y la Selva con 500 (12,9 %) ²⁸.

Según algunos autores, al examinar la evolución histórica de la justicia de paz encuentran sus antecedentes más remotos en los consejos de ancianos, curacas y jefes guerreros de la épocas pre-inca e inca, respectivamente, pasando por los cabildos coloniales, hasta incardinarlos con los actuales jueces de paz reconocidos en el primer texto político de la República de la segunda década del siglo XIX. De modo que, la justicia sería heredera de una larga tradición popular de resolución de conflictos, basada en la aplicación de la costumbre y la equidad ²⁹.

En cuanto a las características más destacables de la justicia de paz, como fenómeno singular al interior del sistema judicial peruano, se puede mencionar su carácter no formal, su constitución y funcionamiento fuera del Poder Judicial, su naturaleza esencialmente conciliadora, la aplicación de la costumbre para la resolución de conflictos, ser una labor no sujeta a remuneración y no ser ejercida por personas letradas o abogados de profesión sino por miembros de la comunidad.

Debe enfatizarse que los jueces de paz se encuentran en la base del sistema judicial peruano, aunque no integran formalmente el Poder Judicial se los reputa como un órgano jurisdiccional de éste, que conforme lo indica el artículo 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al fijar la estructura jerárquica de dicho poder del Estado, los Juzgados de Paz anteceden sucesivamente a los Juzgados de Paz Letrados, a los Juzgados Especializados y Mixtos, a las Cortes Superiores de Justicia y a la Corte Suprema de Justicia de la República.

²⁸ David Lobatón Palacios y otros. *Justicia de Paz. El otro Poder Judicial*. Instituto de Defensa Legal. Lima, abril de 1999, p. 75.

²⁹ Comisión Andina de Juristas, *Gente que hace Justicia. La justicia de paz*. Lima, 1999, p. 16.

Marco normativo de la justicia de paz

Los jueces de paz han sido regulados por el Estado desde nuestra primera Constitución Política de 1823, que en su artículo 120 estableció que “no podrá entablarse demanda alguna civil, sin haberse intentado la conciliación ante el juez de paz”.

De esa manera, con ligeras variantes en los diversos textos constitucionales peruanos de 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979, se reconoció sus funciones de conciliación, la necesidad de su establecimiento en cada pueblo que lo requiera, su carácter de jurisdicción preliminar en materia civil y penal, su naturaleza predominante oral, su competencia para asuntos de menor cuantía y el origen de su nombramiento.

Finalmente, en los artículos 139, numeral 17, y 152 de la Constitución Política del Perú de 1993, se estableció la participación popular en el nombramiento y en la revocación de los magistrados y, esencialmente, que “los jueces de paz provienen de elección popular”, respectivamente.

Sin embargo, la norma legal que ha venido regulando el régimen de la justicia de paz de manera casi ininterrumpida ha sido el Reglamento de los Jueces de Paz de 1854³⁰, vigente en parte hasta la actualidad.

La aplicación del derecho consuetudinario por los jueces de paz

En cuanto a la competencia de los jueces de paz, algunos autores han clasificado los conflictos sociales que conocen estos órganos jurisdiccionales comunitarios, de la siguiente manera: conflictos de parejas, conflictos de vecinos, conflictos económicos, conflictos familiares y conflictos incidentales³¹. Para otros, los conflictos que conocen los jueces de paz, serían los siguientes: conflictos sobre

³⁰ El Reglamento de los Jueces de Paz se emitió el 20 de mayo de 1854, durante el gobierno del Presidente José Rufino Echenique. Sin embargo, sus disposiciones han sido prácticamente derogadas por normas legales posteriores.

³¹ Luis Pasara, “La justicia de paz no letrada. Diagnóstico”. Estudio preparado por encargo del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Lima, 1979 (no publicado). Citado en Hans Jurgén Brandt, *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Lima, 1990. Fundación Friedrich Naumann, p. 193.

asuntos de familia (separación de convivientes, alimentos régimen de visitas, tenencia de menores, etc.); conflictos sobre violencia familiar; infracciones penales y pleitos entre vecinos y familiares (agresiones físicas, hurtos de ganado, ofensa e injurias, propuestas deshonestas, chismes, celos, etc.); conflictos patrimoniales (incumplimientos de contratos, deudas pecuniarias, problemas de tierras, etc.)³².

Los asuntos antes mencionados son resueltos por los jueces de paz aplicando el derecho consuetudinario, y “según su leal saber y entender”³³, a través de una actuación esencialmente conciliadora, levantando actas en las que conste la fórmula de solución propuesta y los acuerdos adoptados por las partes (que suelen llamar como “arreglos”, “transacciones”, “actas de conciliación”, “acta de comparendo”, etc.), no existiendo una identificación precisa del contenido de sus actuados con la denominación de la fórmula jurídica empleada.

Las limitaciones a las facultades conciliatorias de los jueces de paz se encuentran en el artículo 67 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en el artículo 9° de la Ley de Conciliación Extrajudicial (Ley N° 26872), que expresamente le prohíben conciliar en asuntos referidos al vínculo matrimonial, nulidad o anulabilidad de actos jurídicos o contratos, declaratoria de herederos, derechos sucesorios, testamentos, derechos constitucionales, hechos referidos a la comisión de delitos y faltas y asuntos de familia, a excepción de las pretensiones que versen sobre alimentos, régimen de visitas y violencia familiar.

Finalmente, se puede señalar que uno de los rasgos distintivos de la jurisdicción de paz es que se trata de una forma de justicia comunal. Ello porque la inserción de los jueces de paz en el ámbito local está signada por su pertenencia al mismo universo de cultura y valores de la población que acude al juzgado buscando su intermediación en el conflicto (los jueces de paz son por lo general legos en derecho, siendo su ocupación campesinos, comerciantes o

³² David Lobatón Palacios y otros. *Justicia de Paz. El otro Poder Judicial*. Instituto de Defensa Legal. Lima, abril de 1999, p. 127.

³³ Artículo 66 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “La sentencia la pronuncia según su leal saber y entender, debidamente motivada, no siendo obligatorio fundamentarla jurídicamente”.

maestros). Además, la naturaleza comunal de la justicia de paz implica que la mayoría de causas en que ésta interviene se producen entre personas relacionadas con vínculos estables, los cuales desean preservar. La característica comunal de la jurisdicción de paz se evidencia en la utilización permanente que los titulares de ésta hacen de estrategias de resolución de conflictos basadas en medios conciliatorios, “arreglos” y “acuerdos” entre los litigantes³⁴.

Las rondas campesinas

Las rondas campesinas no son jurídicamente comunidades campesinas ni comunidades nativas, de acuerdo a la realidad social y el marco jurídico interno antes señalado. Sin embargo, surgieron como organizaciones de autodefensa en zonas andinas donde no existían dichas comunidades, con funciones básicas del cuidado de bienes y control del abigeato, ante la ausencia de las autoridades estatales o por su poca capacidad y legitimidad para resolver los conflictos sociales, a mediados de la década del 70 del siglo pasado en las provincias de Chota y Bambamarca (Cuyumalca), del departamento de Cajamarca, al norte del Perú, extendiéndose en la siguiente década hacia otras importantes zonas del país³⁵.

A pesar que la Constitución Política del Perú de 1979 no contempló expresamente la situación de las rondas campesinas, desde fines de 1986, año en que se promulgó la Ley N° 24571 que las reconoció³⁶, el desarrollo legislativo experimentado por esta institución campesina se realizó bajo el manto de dicho cuerpo constitucional, que definió la obligación estatal de respetar y proteger la autonomía organizativa y las tradiciones de las comunidades campesinas y nativas (Art. 161). De esta manera, la Ley N° 24571 reconoció legalmente a las rondas campesinas, ya sea que pertenecieran o no a una comunidad campesina, como organizaciones autónomas de defensa al servicio de la comunidad o

³⁴ Abraham Siles Vallejos, *La justicia de paz y su labor esencialmente conciliadora Un análisis de actas de conciliación*. Comisión Europea-Instituto de Defensa Legal. Lima, 199, pp. 32-36.

³⁵ Márquez Calvo, Jaime. “Rondas y Comités de Autodefensa: Historia y Desarrollo”, en *Ronderos: Los ojos de la noche. Manual para Promotores de Rondas Campesinas*. Segunda Edición Revisada. Instituto de Defensa Legal, febrero 1997.

³⁶ Ley N° 24571, Ley de Reconocimiento de las Rondas Campesinas (07.11.86).

colectividad en general, con capacidad para cooperar con las autoridades en la eliminación de los ilícitos penales que afecten el orden interno, debiendo sujetarse a las normas constitucionales y civiles que regulan a las comunidades campesinas, y sus miembros estar acreditados ante la autoridad política competente, conforme se advierte de su único artículo:

Artículo Único. Reconózcase a las rondas campesinas pacíficas democráticas y autónomas, cuyos integrantes están debidamente acreditados ante la autoridad política competente, como organizaciones destinadas al servicio de la comunidad y que contribuyen al desarrollo y a la paz social, sin fines políticos partidarios.

Tienen además como objetivos, la defensa de sus tierras, cuidado de su ganado y demás bienes, cooperando con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

Su estatuto y reglamento se rigen por las normas de las comunidades campesinas que establecen la Constitución y el Código Civil.

El Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas de 1988³⁷ contradujo sustancialmente a ésta, afectando su carácter democrático y autónomo, al pretender convertir a las rondas en un brazo auxiliar de la Policía y el Ministerio del Interior, lo que dio lugar a su cuestionamiento judicial por organizaciones campesinas, siendo dejado sin efecto el referido reglamento el año 1993 por otra norma administrativa del sector defensa³⁸.

Posteriormente, a través de la Ley General de Comunidades Campesinas de 1987 (Ley N° 24656) y su primer reglamento de 1991³⁹, se reguló la constitución y naturaleza jurídica de las rondas campesinas, organizadas al interior de las comunidades campesinas, al establecer como atribución de la Asamblea Comunal aprobar su nacimiento e indicar su naturaleza de Comité Especializado de carácter consultivo, asesor, ejecutivo y de apoyo de la comunidad,

³⁷ Decreto Supremo N° 012-88-IN (12.03.88). Reglamento de Organización y Funciones de las Rondas Campesinas, Pacíficas, Democráticas y Autónomas.

³⁸ Derogado por el D.S. N° 002-93-DE/CCFFAA, que dispone que las Rondas Campesinas adecuen su organización y funciones a las de los Comités de Autodefensa.

³⁹ Decreto Supremo N° 008-91-TR (15.02.91). Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas. Artículos 69 y 73.

dependiente de la Directiva Comunal de las comunidades campesinas.

Las rondas campesinas y los comités de autodefensa⁴⁰

A partir de 1991, en el marco de la estrategia contrasubversiva del Estado, se expidió el Decreto Legislativo N° 741⁴¹ para regular las relaciones de los comités de autodefensa, entendiéndolas como un soporte estratégico en la lucha contra la subversión en el campo, y las instituciones del sistema de defensa nacional. Asimismo, se reconoció a las rondas campesinas, ubicadas dentro del ámbito territorial de las zonas en estado de emergencia, la posibilidad de adquirir y usar armas para apoyar a las fuerzas de seguridad en la situación de conflicto armado interno, así como convertirse voluntaria y transitoriamente en comités de autodefensa⁴², bajo la autorización y el control de las autoridades militares. Lamentablemente, para las rondas campesinas la voluntariedad y libertad para su conversión en comités de autodefensa fue desnaturalizada con el DS N° 002-93-DE/CCFFAA⁴³, al establecer su adecuación forzada u obligatoria a la mencionada forma organizativa de autodefensa promovida por las fuerzas de seguridad, sin tener sustento en norma legal alguna de mayor jerarquía⁴⁴.

⁴⁰ Ver Resolución Defensorial N° 55-DP-2000 (09.11.00). “Expresan reconocimiento por la labor de las Rondas Campesinas y Comités de Autodefensa en la lucha contra el terrorismo y el restablecimiento del orden y la paz nacional”. En: *Diario Oficial “El Peruano”*. Normas Legales, pp. 194797-194799.

⁴¹ Decreto Legislativo N° 741 (12.11.91). Ley de Reconocimiento de los Comités de Autodefensa. Artículos 1, 2 y 3.

⁴² Decreto Supremo N° 077-92-DE, Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa (11.11.92). En su artículo 4, también se reconoció la facultad para convertirse en Comités de Autodefensa, a las Rondas Nativas, Rondas Colonas, Rondas Urbanas, Comités de Defensa Civil, Grupos de Seguridad y otras formas organizativas de autodefensa.

⁴³ Decreto Supremo N° 002-93-DE/CCFFAA (16.01.93). Dispone que las Rondas Campesinas adecuen su organización y funciones a las de los Comités de Autodefensa. Artículos 1 y 2.

⁴⁴ Ver *Situación de los derechos Humanos en Jaén, Bagua y San Ignacio*. Serie Informes Defensoriales N° 31. Defensoría del Pueblo. Lima, diciembre 1999. Pág. 26. “...lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 002-93-DE/CCFFAA, que deroga el reglamento de Organización y Funciones de las Rondas Campesinas, Pacíficas, democráticas y Autónomas (Decreto Supremo N° 012-88-IN) y ordena su adecuación a las normas de los Comités de Autodefensa, no tendría sustento en ninguna de las normas vigentes y de mayor jerarquía sobre la

Desde el punto de vista histórico y normativo-funcional, las rondas campesinas se diferencian de los comités de autodefensa en que, las primeras, surgen para el combate de la delincuencia, el mantenimiento del orden interno y la resolución de conflictos comunales, son autónomas y permanentes y, las segundas, se originan para enfrentar a los grupos subversivos como parte de la estrategia estatal contrainsurgente, con el carácter de transitorios y dependientes de las fuerzas armadas.

La falta de un adecuado conocimiento sobre los límites normativo del ámbito de actuación de las rondas campesinas y los comités de autodefensa, ha determinado la existencia de conflictos con las autoridades estatales, haciendo pasibles a los integrantes de los institutos ronderos y de autodefensa de denuncias, acusaciones y criminalización judicial, principalmente por sus actividades de resolución de conflictos.

Las rondas campesinas y la jurisdicción especial indígena

El reconocimiento del innegable papel que cumplen las rondas campesinas en el ámbito de la resolución de conflictos y administración de la justicia hasta la fecha no resulta pacífico. Las posiciones doctrinales al respecto se encuentran divididas, con diversos matices, entre los que sostienen que las rondas campesinas tendrían relativas facultades de colaboración en las funciones jurisdiccionales y policiales⁴⁵; los que plantean que las rondas campesinas constituyen instancias informales de resolución de conflictos⁴⁶; y quienes afirman que las rondas campesinas tienen y deben ejercer de manera plena funciones jurisdiccionales⁴⁷.

materia. En cualquier caso, la invocación que las autoridades del Estado formulen a las rondas campesinas para la formación de comités de autodefensa por necesidades de la estrategia de seguridad de la zona, no puede aparejar en forma alguna la realización de actos de amedrentamiento, amenaza o violencia contra los ciudadanos o las organizaciones legalmente reconocidas”.

45 Fidel Rojas Vargas, “Rondas Campesinas: entre el derecho consuetudinario y el error de comprensión culturalmente condicionado”. En: *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2004, pp. 95-106.

46 Ana Teresa Revilla, “La administración de justicia informal en el Perú”. Organización de Estados Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos, Ver: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti8.htm>

47 Raquel Yrigoyen Fajardo, “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”. *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en*

La multiplicidad de interpretaciones sobre el rol de las rondas campesinas en materia de justicia, entre otros factores y en gran parte se ha visto acrecentado por la existencia de un marco jurídico impreciso y contradictorio, tanto en lo que se refiere a los instrumentos internacionales vigentes en nuestro ordenamiento interno, como a nivel constitucional y en la legislación ordinaria. De esta manera, sin la intención de dirimir en la polémica –que por lo demás sería una pretensión ilusoria–, pero sí con el propósito de aportar algunos elementos históricos, fácticos y normativos al debate sobre este importante tema, se realizará un sucinto inventario de las principales normas sobre las rondas campesinas, se establecerá las diferencias conceptuales y fácticas con otras formas de organización social y, finalmente, se destacará sus potencialidades y debilidades, precisando algunas tareas pendientes a nivel normativo y jurisprudencial para los operadores jurídicos.

Tal como se ha señalado anteriormente, la Constitución de 1993, en su artículo 149, bajo la configuración constitucional del Estado peruano como una nación pluricultural y multiétnica, al regular el rol de las rondas campesinas, se afilió al espíritu de la regulación del instituto rondero contemplado en la Ley General de Comunidades Campesinas de 1897 y en cierta medida recogió la alusión a las rondas nativas del Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa de 1992, puesto que reconoció su carácter de órganos de apoyo (auxilio) de las autoridades comunales –campesinas y nativas– en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, conforme a su derecho consuetudinario y con el límite de no violar los derechos fundamentales de las personas.

Sin embargo, del texto constitucional no aparece una mención expresa a las rondas campesinas organizadas fuera del ámbito de las comunidades nativas y de las comunidades campesinas, que, según la primera Ley de Rondas Campesinas de 1986, se rigen en lo que sea pertinente por la legislación de las comunidades campesinas –sin que por ello se conviertan en tales comunidades– y tienen como funciones esenciales la defensa de sus tierras, el cuidado de su ganado y demás bienes, así como la cooperación con las autoridades en la eliminación de cualquier delito.

Aunque en la práctica las rondas campesinas vienen efectuando actividades que han desbordado el enfrentamiento al abigeato, tales como la realización de obras de infraestructura de interés para la comunidad, la vigilancia e intervención sobre conductas antisociales de manera amplia, normativamente se puede sostener, por un lado, que las rondas campesinas organizadas fuera del ámbito de las comunidades campesinas sólo tendrían relativas facultades resolutorias de conflictos de orden penal, en cooperación con las autoridades, y, por otro lado, que las rondas campesinas creadas al interior de las comunidades campesinas y nativas tendrían facultades de apoyo para el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por las autoridades comunales, las cuales se ampliarían a la directa administración de justicia y resolución de conflictos, en la medida que los dirigentes de este tipo de comité especializado formen parte –y no sean dependientes– de la directiva comunal de una comunidad campesina.

Las rondas campesinas y los pueblos indígenas

Teniendo en cuenta, por un lado, que el concepto normativo sobre los pueblos indígenas ha sido formulado y adoptado en el ámbito de los organismos internacionales multilaterales con el propósito de regular las medidas nacionales que puedan adoptarse y afectar la futura existencia de los indígenas en el ámbito de los Estados, y que por otro lado, la conciencia de identidad indígena o autoidentificación constituye un criterio fundamental para determinar los grupos e individuos a los que se aplica el concepto de indígena y las disposiciones normativas especiales dictadas en su beneficio, podemos concluir –objetivamente y para efectos operativos, a pesar de que en gran medida el término indígena tiene una acepción peyorativa de carácter histórico para el sector campesino ubicado en la costa y sierra del Perú–, que las rondas campesinas organizadas al interior de las comunidades campesinas pueden ser consideradas como grupos humanos asimilables al concepto de pueblos indígenas, en la medida que se auto identifiquen como tales.

Sin embargo, la situación de las rondas campesinas surgidas fuera de las comunidades –como es el caso de Cajamarca⁴⁸, ya sea en los

⁴⁸ Según información contenida en el Directorio de Comunidades Campesinas del Perú. P.E.T.T. Ministerio de Agricultura (Información a diciembre de 1998), en la

caseríos u otras formas de organización social y jurídica, se complica para efectos de reconocerles el estatus de pueblo indígena, en razón de no haber desarrollado suficientemente expresiones de auto identificación étnica en tal sentido y considerando que el tratamiento normativo del instituto rondero se orientó hacia la aplicación supletoria de la legislación de las comunidades campesinas, a pesar de no tener la calidad de tales.

Distinta es la situación de las rondas nativas y de los comités de autodefensa surgidas al interior de las comunidades nativas o conformadas con la participación de nativos pertenecientes a distintas comunidades, de manera espontánea o promovidas por el Estado, que histórica y objetivamente se han venido autoidentificando como indígenas, razón por la cual se puede afirmar que tales organizaciones de autodefensa y resolución de conflictos formarían parte de los pueblos indígenas.

La Ley N° 27908 y las rondas campesinas

Sin embargo, el contexto normativo e interpretativo antes descrito, experimentó una variación sustancial con la promulgación de la nueva Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas el año 2003, esencialmente en términos de incremento del reconocimiento de derechos para tales organizaciones sociales. Esta Ley de Rondas Campesinas fue reglamentada el 30 de diciembre del 2003⁴⁹.

Preliminarmente, se puede afirmar, por un lado, que la nueva Ley de Rondas Campesinas constituye un significativo avance en cuanto al reconocimiento de personalidad jurídica y derechos a las organizaciones ronderas; y, por otro lado, respecto al rol y funciones de las rondas campesinas en materia de justicia, presenta serias deficiencias en su consistencia interna, por la existencia de disposiciones contradictorias, regulación que al ser interpretada y aplicada a casos concretos es sumamente probable que debilite la institucionalidad de las rondas campesinas, situación no deseable y

región Cajamarca existen 107 comunidades campesinas reconocidas, de las cuales 78 están debidamente tituladas. Del total anterior, las comunidades campesinas se distribuyen por provincias, en atención a su reconocimiento legal (RL) y titulación (T), de la siguiente manera: Chota, 11 RL y 7 T; Cutervo, 7 RL y 5 T; Hualgayoc, 5 RL y 5 T; Santa Cruz, 5 RL y 4 T; Cajabamba, 7 RL y 4 T; y Cajamarca, 34 RL y 24 T.

⁴⁹ Decreto Supremo N° 025-2003-JUS, Aprueba el Reglamento de la Ley de Rondas Campesinas (30.12.03).

que resultaría incompatible con las recomendaciones de la CVR sobre el particular.

Entre las bondades de la Ley de Rondas Campesinas, se pueden mencionar –entre otras– la disposición según la cual se reconoce “...personalidad jurídica a las Rondas Campesinas como forma autónoma y democrática de organización comunal...” (Art. 1); los derechos y deberes de sus miembros (Art. 3); el derecho a la no discriminación (Art. 4); el derecho de participación, control y fiscalización en los programas y proyectos de desarrollo que se implementen en su jurisdicción comunal (Art. 6); la coordinación con autoridades y organizaciones sociales (Art. 8); la coordinación y apoyo con autoridades jurisdiccionales (Art. 9); etc.

De otro lado, en la Ley de Rondas Campesinas se enfatizan las funciones relativas a la seguridad (Art. 1), que en forma casi simultánea fueron contempladas por la Ley N° 27933 del 2003 y el Decreto Supremo N° 012-2003-IN, relativos al sistema nacional de seguridad ciudadana, que a grandes rasgos vinieron a reafirmar la tendencia legislativa sobre el particular desde el año 1986.

Sin embargo, la normativa de la Ley de Rondas Campesinas se complica en lo que se refiere al papel de las rondas campesinas ante la administración de justicia.

Así, en la línea de la posición doctrinal que sostiene que las rondas campesinas tienen relativas facultades de colaboración en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales por parte de las comunidades, la Ley de Rondas Campesinas declara que éstas “...apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas...” (Art. 1), postulado que, a su vez, resulta coherente con la disposición conforme a la cual donde existan comunidades las rondas están subordinadas a aquéllas (Art. 2).

Por su parte, afiliándose en forma prudente a la concepción que levanta el argumento de que las rondas campesinas configuran instancias informales de resolución de conflictos, encontramos otra formulación normativa en la Ley de Rondas Campesinas, según la cual las organizaciones ronderiles “... colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y la Ley...” (Art. 1)⁵⁰.

⁵⁰ La conciliación extrajudicial está regulada en nuestro país por la Ley N° 26872, Ley de Conciliación (13.11.97). En dicha norma legal se define a la institución de la Conciliación como un mecanismo alternativo para la solución de

De otro lado, acercándose aparentemente al planteamiento que propugna que las rondas campesinas tiene y ejercen de manera plena funciones jurisdiccionales, en la Ley de Rondas Campesinas se contempla que éstas tienen "... funciones relativas... a la paz comunal dentro de su ámbito territorial" (Art. 1). Este último aspecto es desarrollado por la misma norma legal al tratar las actividades en beneficio de la paz comunal, de la siguiente manera: "Las Rondas Campesinas en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos, siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal" (Art. 7).

Finalmente, la interpretación de las facultades y derechos atribuidos a las rondas campesinas, que han sido reseñadas en los tres párrafos anteriores, se ve perturbada en mayor medida con la fórmula contenida en la referida Ley de Rondas Campesinas, por la cual "Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplican a las Rondas Campesinas en lo que les corresponda y favorezca" (Art. 1, *in fine*).

Constataciones y conclusiones

Luego de realizada una breve revisión panorámica de las instituciones y organizaciones sociales que aplican, en mayor o menor medida, el derecho consuetudinario en el Perú, vale decir, las comunidades campesinas y nativas, los jueces de paz y las rondas campesinas, es posible plantear algunas constataciones aproximativas y formular interrogantes sobre el significado, vigencia y alcances de tal ordenamiento basado en la costumbre, las cuales se plantean sin ningún orden especial:

- En el Perú existen un conjunto de normas legales y constitucionales, que en forma dispersa, diferenciada, inconexa y

conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado a fin que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto (Art. 5). Asimismo, se enfatiza que la conciliación no constituye acto jurisdiccional (Art. 4). Y, por otra parte, se prescribe que no se someten a conciliación las controversias sobre hechos que se refieran a la comisión de delitos o faltas. En las controversias relativas a la cuantía de la reparación civil derivada de la comisión de delitos o faltas, será facultativa en cuanto ella no hubiera sido fijada por resolución judicial firme (Art. 9, tercer párrafo). El nuevo Reglamento de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación, fue aprobado por Decreto Supremo N° 004-2005-JUS (27.02.05).

asistemática reconocen la posibilidad de ejercer funciones jurisdiccionales o practicar formas tradicionales de administración de justicia, a las comunidades campesinas, comunidades nativas, jueces de paz y rondas campesinas, basándose en el derecho consuetudinario.

- El artículo 149 de la Constitución Política del Perú de 1993, que reconoce el ejercicio de funciones jurisdiccionales a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas, aplicando su derecho consuetudinario, lo circunscribe a su ámbito territorial y lo sujeta al respeto de los derechos fundamentales, atribuyendo competencia al Poder Legislativo para señalar las formas de coordinación de la jurisdicción especial indígena con el sistema judicial nacional.
- La aplicación del derecho consuetudinario para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las comunidades nativas, forma organizativa de gran parte de la población indígena de la selva amazónica del Perú, se realiza en forma diferenciada en función de si los grupos étnicos viven totalmente aislados de la cultura nacional, si tienen contactos esporádicos con el resto de la sociedad y si mantienen comunicación permanente con el mundo occidental, en este último caso dependerá de si han perdido su autonomía económica pero mantienen sus costumbres tradicionales, si son aculturadas y si son culturalmente desintegrados.
- La aplicación del derecho consuetudinario para el ejercicio de funciones jurisdiccionales por las comunidades campesinas andinas, también se realiza en forma diferenciada, toda vez que dichas organizaciones sociales están muy ligadas económica y culturalmente con la sociedad mayor, aunque en gran medida sus conflictos se solucionan en ámbitos distintos y sin acudir al órgano jurisdiccional oficial, como es a través de sus órganos de gobierno, las rondas campesinas, los gobernadores y los tenientes gobernadores, lo cual no implica que dejen de aplicar normas civiles cuando se agraven los conflictos de familia y contractuales, llegando en materia penal a entregar a los delincuentes a las autoridades oficiales después de sancionarlos de acuerdo a sus normas, excepto en casos muy graves, como los homicidios, en cuyo caso se dirigen directamente a las instancias estatales.

- Los jueces de paz constituyen una forma de justicia comunal en la que se aplica el derecho consuetudinario a través de una actuación esencialmente conciliadora, levantando actas en las que conste la fórmula de solución propuesta y los acuerdos adoptados por las partes (que suelen llamar como “arreglos”, “transacciones”, “actas de conciliación”, “acta de comparendo”, etc.), no existiendo una identificación precisa del contenido de sus actuados con la denominación de la fórmula jurídica empleada. Asimismo, su legitimidad y eficacia radica en que sus operadores pertenecen al universo cultural y valorativo de la población que acude a ellos, en que la mayoría de causas en que interviene se producen entre personas relacionadas y con vínculos estables en su ámbito y por el empleo de estrategias de resolución de conflictos basadas en medios conciliatorios, “arreglos” y “acuerdos” entre los litigantes.
- El reconocimiento del innegable papel que cumplen las rondas campesinas en el ámbito de la resolución de conflictos y administración de la justicia hasta la fecha no resulta pacífico. Las posiciones doctrinales al respecto se encuentran divididas, con diversos matices, entre los que sostienen que las rondas campesinas tendrían relativas facultades de colaboración en las funciones jurisdiccionales y policiales, los que plantean que las rondas campesinas constituyen instancias informales de resolución de conflictos, y quienes afirman que las rondas campesinas tienen y deben ejercer de manera plena funciones jurisdiccionales. La multiplicidad de interpretaciones sobre el rol de las rondas campesinas en materia de justicia, entre otros factores y en gran parte se ha visto acrecentado por la existencia de un marco jurídico impreciso y contradictorio, tanto en lo que se refiere a los instrumentos internacionales vigentes en nuestro ordenamiento interno, como a nivel constitucional y en la legislación ordinaria.
- Sin embargo, quedan pendientes algunas interrogantes respecto de la naturaleza jurídica de las rondas campesinas en su vinculación con las comunidades campesinas y nativas, así como respecto del ejercicio del derecho consuetudinario para resolver conflictos, tales como:
 - 1) ¿Son las rondas campesinas instituciones equivalentes o comparten la misma naturaleza jurídica que las comunidades

campesinas y nativas, en términos históricos, sociales y jurídicos?

- 2) ¿Es posible aplicar y “transferir” derechos por mandato legal de un sujeto de derecho (comunidades campesinas y nativas) a otro (rondas campesinas), el primero de los cuales tiene un plexo de derechos reconocidos constitucionalmente y en instrumentos internacionales, y a pesar que el segundo responde a una realidad histórica diferente y tiene una naturaleza jurídica particular?
- 3) ¿A partir de la vigencia de la Ley N° 27908, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplicarán únicamente a las rondas campesinas formadas y sostenidas al interior de las comunidades, a pesar que aquéllas no tendrían una personalidad jurídica autónoma y están subordinadas a las comunidades?
- 4) ¿A partir de la vigencia de la Ley N° 27908, los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas se aplicarán también a las rondas campesinas organizadas en los lugares donde no existan o no sean predominantes las comunidades, a pesar de que sus miembros no se identifiquen como indígenas o pertenecientes a pueblos indígenas?
- 5) ¿La atribución constitucional conferida expresamente a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas para ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, también se extiende a las rondas campesinas en aplicación de la fórmula legal “... *en lo que corresponda y favorezca*”, a pesar que la disposición constitucional sólo enuncie “... *con el apoyo de las rondas campesinas...*”?
- 6) ¿Ya sea en ejercicio de las funciones jurisdiccionales y/o de la potestad de intervenir en la solución pacífica de conflictos, reconocidas a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas y a las rondas campesinas, respectivamente, dicha organizaciones sociales tendrían competencia para conocer toda controversia que surja en su territorio (competencia territorial), sobre cualquier materia (competencia material) y respecto de cualquier persona (competencia personal)?

Tareas pendientes

Si bien es cierto que las inquietudes e interrogantes anteriormente descritas han sido planteadas en términos de aportes a un debate, aún inconcluso, sobre la naturaleza jurídica de las comunidades campesinas y nativas y de las rondas campesinas respecto de su competencia, funciones y límites en el derecho reconocido a la administración de justicia y a los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos, no menos cierto es que el panorama descrito demanda de los operadores jurídicos y de justicia iniciativas de diverso orden para su esclarecimiento. En ese sentido, a modo de pistas que contribuyan a fortalecer el sistema de administración de justicia a nivel nacional en la perspectiva de construir un modelo de justicia “inclusivo”, se sugieren algunas acciones concretas –que no son todas las necesarias–, con independencia de las responsabilidades específicas de los actores, la duración de los procesos que demande efectivizar las mismas y del nivel en que se adopte las medidas. Así se sugiere:

- La discusión y elaboración de un anteproyecto de reforma constitucional del artículo 149 de la Constitución Política de 1993, en consulta con las poblaciones interesadas, para introducir el término de pueblos indígenas como titulares de la jurisdicción especial y, de ser el caso, defina la situación de las rondas campesinas ubicadas fuera de las comunidades campesinas y nativas que ejercen funciones de resolución de conflictos, sea en el mismo artículo constitucional reformado o en uno independiente.
- La necesidad de discutir y aprobar una norma legal que reglamente y desarrolle el artículo 149 de la Constitución, que permita formalizar el reconocimiento de las potestades jurisdiccionales de las comunidades campesinas y nativas, vale decir, de la Ley de Coordinación, que esencialmente defina las competencias de la jurisdicción ordinaria y la denominada jurisdicción especial indígena, los procedimientos, materias, límites, la eficacia y validez de las decisiones y los órganos de resolución de conflictos entre ambas jurisdicciones, entre otros aspectos.
- La discusión y aprobación de una nueva Ley de Rondas Campesinas –la tercera–, que corrija las incoherencias destacadas y la lógica civilista prevista para su reconocimiento e inscripción.

- La masiva difusión ante las autoridades de la administración pública (policía, militares, jueces y fiscales) de la normatividad que reconoce derechos a las comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas y los comités de autodefensa, para evitar la criminalización de sus miembros por el ejercicio de sus prácticas de resolución de conflictos y administración de justicia.
- La capacitación de las organizaciones campesinas, indígenas y rondas campesinas, sobre los alcances de la normatividad que reconoce el funcionamiento de la justicia comunal, la conciliación y los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos.
- El diseño de un curso modelo de pluralismo jurídico para estudiantes de derecho y la implementación del mismo en sus respectivas facultades.
- La exigibilidad del deber legal para que las autoridades de la jurisdicción ordinaria (jueces y fiscales) establezcan relaciones de coordinación con los dirigentes de las rondas campesinas respetando las autonomías institucionales propias, conforme a lo dispuesto en el artículo 9° de la Ley de Rondas Campesinas.
- El establecimiento de un mecanismo que permita dar cumplimiento a la atribución reconocida a los dirigentes de las rondas campesinas para que puedan solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado en el ejercicio de sus derechos, según lo reconoce el artículo 9° de la Ley de Rondas Campesinas.

Bibliografía

Brandt, H.-J., *Justicia popular. Nativos campesinos*. Fundación Friedrich Naumann, Lima, 1986. Págs. 25-30.

Comisión Andina de Juristas. *Gente que hace Justicia. La justicia de paz*. Lima, 1999. p. 16.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *La situación de los derechos humanos de los indígenas en las Américas*. OEA/Ser.L/VII.108. Doc. 63. 19 de octubre de 2000.

Comisión Jurídica para el Autodesarrollo de los Pueblos Originarios Andinos, Capaj. “El derecho consuetudinario indígena”. Propuesta

presentada al V Seminario Amáutico en Calama, Chile, del 27 al 29 Enero de 1995. En: *Revista Aportes Andinos*, abril 2002, de Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador. Ver: <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/documento/derechoconsuetudinario.htm>

Defensoría del Pueblo. Resolución Defensorial N° 55-DP-2000 (09.11.00). “Expresan reconocimiento por la labor de las Rondas Campesinas y Comités de Autodefensa en la lucha contra el terrorismo y el restablecimiento del orden y la paz nacional”. *Diario Oficial “El Peruano”*. Normas Legales. Págs. 194797-194799.

Defensoría del Pueblo. *Situación de los derechos humanos en Jaén, Bagua y San Ignacio*. Serie Informes Defensoriales N° 31. Lima, diciembre 1999. Pág. 26.

Lobatón Palacios, D. y otros. *Justicia de paz. El otro Poder Judicial*. Instituto de Defensa Legal. Lima, abril de 1999. pp. 75 y 127.

Márquez Calvo, J. “Rondas y comités de autodefensa: Historia y desarrollo”, en *Ronderos: Los ojos de la noche. Manual para promotores de rondas campesinas*. Segunda edición revisada. Instituto de Defensa Legal. Febrero, 1997.

Martínez Cobo, J. R. “Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas”. Informe final (última parte) del Relator Especial. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías. Comisión de Derechos Humanos. Consejo Económico y Social. Naciones Unidas, 1983. P. 54.

Ministerio de Agricultura. Instituto Indigenista Peruano. *Mapa etnolingüístico oficial del Perú*. Lima, 1994.

Ministerio de Agricultura. *Directorio de comunidades campesinas del Perú*. PETT. (Información a diciembre de 1998). Lima, 1998.

Ministerio de Agricultura. *Directorio de comunidades nativas del Perú*. PETT. (Información a diciembre de 1999). Lima, 1999.

Núñez Palomino, P. G. *Derecho y comunidades campesinas en el Perú (1969-1988)*. Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de las Casas”. Cusco, 1996. Pág. 179.

Pasara, L. “La justicia de paz no letrada. Diagnóstico”. Estudio preparado por encargo del Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo. Lima, 1979 (no publicado). Tomado de Hans-Jurgen

Brandt, *En nombre de la paz comunal. Un análisis de la justicia de paz en el Perú*. Lima, 1990. Fundación Friedrich Naumann. p. 193.

Revilla, A. T. *La administración de justicia informal en el Perú*. Organización de Estados Americanos, Departamento de Asuntos y Servicios Jurídicos, Ver: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti8.htm>

Rojas Vargas, F. “Rondas campesinas: entre el derecho consuetudinario y el error de comprensión culturalmente condicionado”. En: *Estudios de Derecho Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, 2004. Págs. 95-106.

Sánchez Botero, E. y otra. *La jurisdicción especial indígena*. Procuraduría General de la Nación–Procuraduría Delegada para Minorías Étnicas. Bogota, 2001.

Siles Vallejos, A. *La justicia de paz y su labor esencialmente conciliadora. Un análisis de actas de conciliación*. Comisión Europea-Instituto de Defensa Legal. Lima, 199. pp. 32-36.

Stavenhagen, R. “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”. En: *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, Instituto Indigenista Interamericano-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México 1990, p. 31.

Tamayo Flores, A. M. “Balance y perspectivas de la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario, a partir del contexto de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas amazónicos” (Documento de trabajo). Julio de 1997. En: *Nosotros y los otros. Avances en la afirmación de los pueblos indígenas amazónicos*. Serie Informes Defensoriales. Informe No. 12. Defensoría del Pueblo. Lima, agosto 1998. Pág. 193.

Yrigoyen Fajardo, R. “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”. Publicado en *Revista Alpanchis: Justicia Comunitaria en los Andes*. No 59-60 Edición Especial, Vol. 1 (2002) Sicuani, Cusco: Instituto de Pastoral Andina (pp.31-81). Ver: <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>

Información en internet

IX Censo Nacional de Población del Perú 1993. INEI. Ver: <http://www.inei.gob.pe/sic/index.asp>

Concepto de derecho consuetudinario. Ver:

http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_consuetudinario y http://www.gbf.ch/Session_Administration/upload/Aguilar%20PAPER.doc

Normas legales

Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva (10.05.78). Ver: <http://www.minjus.gob.pe/spij/Textos-PDF/Leyes/1974/Junio/20653.pdf>

Decreto Legislativo N° 741, Ley de Reconocimiento de los Comités de Autodefensa. (12.11.91).

Decreto Legislativo N° 767, Ley Orgánica del Poder Judicial. Texto Único Ordenado aprobado por D.S. N° 017-93-JUS (02.06.93). Ver: <http://www.justiciaviva.org.pe/normas/lopj.doc>

Ley N° 26845, Ley de Titulación de las Tierras de las Comunidades Campesinas de la Costa (26.07.97). Ver: <http://www.cepes.org.pe/legisla/ley26845.htm>

Ley N° 24571, Ley de Reconocimiento de las Rondas Campesinas (07.11.86).

Ley N° 24656 Ley General de Comunidades Campesinas (14.04.87). Ver: <http://www.cepes.org.pe/legisla/ley24656.htm> y Ver: <http://www.mincultura.gov.co/generales/normatividad/constitucion.htm>

Ley N° 26872, Ley de Conciliación (13.11.97).

Ley N° 27908, Ley de Rondas Campesinas (07.01.03). Ver: <http://www.mininter.gob.pe/article/articleview/1089/1/26/>

Convenio N° 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Ver: <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/lima/publ/conv-169/convenio.shtml>

Decreto Supremo N° 012-88-In, Reglamento de Organización y Funciones de las Rondas Campesinas, Pacíficas, Democráticas y Autónomas (12.03.88).

Decreto Supremo N° 008-91-Tr Reglamento de la Ley General de Comunidades Campesinas. (15.02.91).

Decreto Supremo N° 077-92-De, Reglamento de Organización y Funciones de los Comités de Autodefensa (11.11.92).

Decreto Supremo N° 002-93-De/Ccfaa, Dispone que las rondas campesinas adecuen su organización y funciones a las de los comités de autodefensa. (16 .01.93).

Decreto Supremo N° 025-2003-Jus, Aprueba el reglamento de la ley de rondas campesinas (30.12.03).

Decreto Supremo N° 004-2005-Jus, Reglamento de la Ley N° 26872, Ley de Conciliación (27.02.05).

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela: Balance y perspectivas

Ricardo Colmenares Olívar*

Introducción

El derecho consuetudinario indígena, llamado también *derecho tradicional*, *derecho propio* o *costumbre jurídica*, fue reconocido expresa y formalmente por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, como un derecho colectivo de los pueblos originarios, asociado al derecho a la propia cultura, usos y costumbres, cosmovisión y valores, plasmados en el artículo 119 del Capítulo VIII del Título III dedicado a los derechos humanos de los pueblos indígenas. Más específicamente, se dispuso como un elemento esencial de la *jurisdicción especial indígena* –como medio alternativo de justicia–, consagrado en el artículo 260, mediante el cual las autoridades legítimas de dichos pueblos y comunidades tienen (y siempre han tenido) la potestad de resolver los conflictos entre sus integrantes dentro de sus espacios territoriales (*hábitat*), de acuerdo a sus tradiciones ancestrales. En otras palabras, se reconoció algo que ya aplicaban los pueblos indígenas, es decir, la vigencia de sus normas consuetudinarias, autoridades legítimas y procedimientos.

Este paralelismo de sistemas es lo que se ha dado por llamar “*pluralismo jurídico*”, conocido también como “*pluralismo legal*”, que no es más que una categoría sociológica, y que nace en tanto coexistan dos o más sistemas normativos dentro de un mismo espacio social¹. Esto implica que deberá dársele cabida a las instituciones y sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas para solventar los conflictos.

* Jurista, Profesor e investigador en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia. Juez Titular de la Corte de Apelaciones del Estado Zulia, Venezuela.

¹ Peña Jumpa, Antonio. “Pluralismo Jurídico en el Perú”. En *Revista Desfaciendo Entuertos*. N° 3. Lima, Perú, 1994, p. 11.

Cabe destacar que el enfrentamiento entre las normas consuetudinarias indígenas con las del *sistema de justicia nacional* (“formal”), generan dos niveles de violencia de tipo individual, a saber: 1) La existencia de conductas prohibidas por el derecho positivo que para las culturas indígenas no constituyen delito; 2) Al existir doble normatividad, concurre para el indígena doble sanción, es decir, la que le impone el sistema positivo dominante y la impuesta por su grupo étnico².

Tal confrontación es lógica suponerla pues el Estado, concebido como un ente todopoderoso, cree ser el único que posee los mecanismos de control y equilibrio social para preservar su propio sistema; es por esta razón que todo agente social que no se incorpore al equilibrio hegemónico, es discriminado inmediatamente por la misma ley. Sin embargo, la existencia de los diferentes pueblos indígenas y demás grupos étnicos asentados a lo largo del territorio venezolano, como organizaciones sociales con elementos de autonomía, han permitido entender que sus normas consuetudinarias, como parte de su cultura, también producen derecho y, en consecuencia, control social dentro de su grupo.

El Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia realizado en noviembre de 2003 en la ciudad de Madrid y convocado por la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas, identificó algunos factores que aún contribuyen a la discriminación de los pueblos indígenas en la administración de justicia, entre los que destacan: el creciente desequilibrio y desigualdad en sus derechos económicos, sociales y culturales, la falta de reconocimiento y protección de sus territorios ancestrales, el trato discriminatorio por parte de autoridades judiciales hacia miembros indígenas, la participación limitada o nula de indígenas dentro del sistema de justicia (abogados, jueces, fiscales, etc.), falta de servicios de traducción disponible en todas las fases del sistema de administración de justicia.

Por otro lado, con la finalidad de reforzar la visión intercultural y el carácter pluralista de la justicia, la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas de la Asamblea Nacional impulsó la ratificación del “Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales” de la

² Colmenares Olívar, Ricardo. “Bases para la construcción de un Estado Pluricultural en Venezuela”. En Revista *FRÓNESIS*, N° 2, Año 1. Instituto de Filosofía del Derecho. Maracaibo, Universidad del Zulia, 1994, p. 86.

Organización Internacional del Trabajo (OIT)³, mediante el cual el Estado Venezolano se obliga a respetar las normas del derecho consuetudinario, instituciones y métodos de control social de los pueblos indígenas. Asimismo, impulsó la aprobación del Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas (en adelante LOPCI-2005)⁴, que regulará todo lo concerniente a la aplicación del derecho indígena y su incidencia con la jurisdicción ordinaria, y que en su artículo 124 reconoce el "... Derecho Propio de los pueblos indígenas".

Siendo entonces el derecho consuetudinario indígena un derecho colectivo de aplicación inmediata por mandato del artículo 23 constitucional, este trabajo pretende esbozar su desarrollo legislativo y constitucional, a la luz de algunos criterios interculturales cónsonos con el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe del nuevo orden constitucional, tomando en cuenta algunas pautas trazadas por la doctrina y la jurisprudencia, tanto nacional como internacional. Igualmente, se intentará conformar un marco teórico sobre el tema en cuestión, que pueda contribuir en forma práctica y positivamente al proceso de compatibilidad entre el sistema de justicia nacional y los sistemas normativos indígenas, de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley orgánica que regirá la materia en estudio.

Antecedentes del derecho consuetudinario indígena en Venezuela

A muchos resulta exagerada y riesgosa la posibilidad de darle la potestad de administrar justicia a los dirigentes naturales sobre los miembros de una comunidad indígena. Sin embargo, ya la Recopilación de Indias, como cuerpo legislativo que pretendía atenuar los efectos de la conquista, permitió que los indios mantuvieran sus usos y costumbres para resolver sus problemas,

³ Publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 37.307, de fecha 17 de octubre del 2001. Este convenio sustituyó al Convenio 107 de la OIT, que trataba igualmente sobre derechos de las Poblaciones Indígenas, Tribales y Semitribales en los Países Independientes (G. O. Extraordinaria No. 3.253, del 03-08-1983), el cual tenía una marcada tendencia *integracionista*. Dicho convenio fue ratificado por el gobierno venezolano en fecha 22 de mayo de 2002.

⁴ Fue sancionada en Segunda Discusión en fecha 8-12-2005; actualmente espera la aprobación definitiva para su posterior promulgación, conforme a lo pautado en los artículos 213 y 214 de la Constitución.

siempre que no fueran injustas en el trato con el blanco. En 1542, esta legislación ordenó al Tribunal o Audiencia de Indias lo siguiente: "... no den lugar a que en los pleitos entre indios, o con ellos, se hagan procesos ordinarios, ni hayan largas, como suele acontecer por la malicia de algunos abogados y procuradores, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres no siendo claramente injustos ...".

Esta *autonomía jurisdiccional* distinta a la jurisdicción ordinaria, había sido reconocida con anterioridad con la creación de la Ley de Misiones en 1915, seguida por su Reglamento de 121, mediante el *fuero eclesiástico* otorgado a los misioneros religiosos sobre los indígenas. Así tenemos que la Consultoría Jurídica del Ministerio de Justicia, según Dictamen N° 167-1, de fecha 14 de diciembre de 1962, dejó por sentado que las Misiones son "... organismos de carácter público que se presentan con autonomía funcional, realizando labores de civilización de indígenas"⁵, a quienes además se les dio poder de policía especial "... bajo las condiciones que juzguen convenientes"⁶. De igual modo, este mismo Organismo estableció que "... los indígenas no están sometidos a otra jurisdicción distinta de la del respectivo Superior o Vicario", afirmando que la "Misión está separada de toda otra jurisdicción distinta de la del Ejecutivo Nacional y, en consecuencia, sobre el indígena no tienen competencia, ni por la materia, ni por razón de la persona, los jueces ordinarios ni los especiales"⁷. En igual sentido se pronunció la Dirección de Justicia del Ministerio de Relaciones Interiores, cuando sostuvo lo siguiente: "Corresponde exclusivamente a la misión juzgar, con el altísimo sentido moral que el caso requiere, el grado de responsabilidad que pudiera presumirse en el indígena delincuente no civilizado y aplicarle las sanciones que estime adecuadas, ya que sería inadmisibles que un ser en estado primitivo fuese sometido a la jurisdicción penal ordinaria"⁸.

De manera pues, que la Ley de Misiones, hoy derogada implícitamente por las normas constitucionales, constituyó un

⁵ Armellada, F. Cesáreo de. *Fuero Indígena Venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1977. p. 214.

⁶ *Ibíd.* p. 213.

⁷ *Ibíd.* p. 405. Véase también Dictamen N° CJMJ-175, del 30 de octubre de 1967.

⁸ Gabaldón Márquez, Joaquín. *Fuero Indígena Venezolano, Parte II*. Comisión Indigenista del Ministerio de Justicia. Caracas, 1954. p. 322.

verdadero retroceso en cuanto a la aplicación del derecho consuetudinario, pues las autoridades naturales fueron sustituidas durante mucho tiempo por personas (religiosos y religiosas) que, si bien es cierto les movía un espíritu filantrópico y de rectitud moral, eran ajenas a sus prácticas sociales, costumbres y cosmovisión.

No obstante, queremos significar que se ha venido reconociendo implícitamente el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, a través de los múltiples arreglos levantados mediante actas por funcionarios de las Oficinas Regionales de Asuntos Indígenas del país, la Guardia Nacional y la Confederación de Indígenas de Venezuela, en los cuales por medio del diálogo de las partes involucradas en el conflicto, se ha puesto fin a innumerables casos por vía pacífica, sin mediar autoridad judicial alguna.

La constitución de 1999 y los derechos indígenas

En el Preámbulo del Texto Constitucional se declaró al Estado Venezolano como una nación *multiétnica, pluricultural y multilingüe*, reconociendo de manera expresa un capítulo que consagra los derechos *propios y vitales* de los distintos pueblos y comunidades indias, que garantizan su organización social y económica, sus culturas, usos y costumbres, así como sus idiomas y religiones, vale decir, su *identidad cultural* como pueblos. El Capítulo VIII denominado “De los Derechos de los Pueblos Indígenas”, se enmarca dentro del Título III intitulado “De los Derechos Humanos y Garantías, y de los Deberes”, con lo cual no queda duda que fueron reconocidos como derechos fundamentales. Dicho capítulo consta de 8 artículos (119 al 126), y entre los derechos reconocidos están: 1) Derecho a mantener su propia organización social, política y económica, culturas, idiomas y religiones (artículo 119); 2) derecho a la propiedad de su *hábitat* y tierras ocupadas ancestralmente (artículo 119); 3) derecho al aprovechamiento de los recursos naturales (artículo 120); 4) protección a la identidad y cultura indígena (artículo 121); 5) derecho a la educación intercultural y bilingüe (artículo 121); 6) derecho a la salud y reconocimiento a la medicina tradicional indígena (artículo 122); 7) derecho a la autonomía y autogestión (artículo 123); 8) derecho a la propiedad intelectual colectiva (artículo 124); 9) derecho a la participación política, acceso a la formación profesional y al trabajo (artículo 125). El artículo 126 está

la denominada “*cláusula de salvaguarda de la soberanía e integridad territorial*”.

El reconocimiento, respeto y aplicación de tales derechos colectivos aflora de manera inmediata y los mismos no están sujetos a la operatividad de normas reglamentarias futuras (Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas, por ejemplo), por aplicación del principio de *progresividad* de los derechos humanos consagrado en el artículo 19 del Texto Constitucional vigente, por lo cual nunca deben ser considerados como normas de contenido “programático”, tal como sucedía con la interpretación que se hacía de los derechos sociales y culturales reconocidos en la Constitución venezolana de 1961, pues sería un criterio violatorio de tales derechos. Así lo entendió la Sala Electoral del Máximo Tribunal de la República, en sentencia 51 de fecha 19-05-2000, cuando sostuvo lo siguiente:

Así pues, de acuerdo al Constitucionalismo moderno y considerando que la recién promulgada Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) es un sistema de normas, conduce a descartar la reapertura de la discusión acerca del carácter programático de las disposiciones que la integran, no podría ser considerada como un documento político contentivo de programas, que sólo podrían ser ejecutados una vez que éstos se hicieran operativos mediante el proceso legislativo; por tanto, considera esta Sala, que no se requiere la intermediación de la legislación para ser aplicada directamente, hecho éste al que alude la parte recurrente como indispensable. De esta manera, sería inaceptable calificar de norma como programática, por no haberse promulgado legislación que la desarrolle, dado que en definitiva sería negar la aplicación de una disposición constitucional.

De manera pues que, formalmente, la Constitución Nacional de 1999 saldó la deuda histórica y social que teníamos con nuestros pueblos originarios, y se coloca a nivel internacional en un peldaño bien alto en materia de derechos humanos indígenas.

Visión intercultural de los Principios Constitucionales

En atención al *principio de la supremacía* de la Constitución como fundamento de ordenamiento jurídico consagrado en el artículo 7, todas las demás disposiciones legales deben ser interpretadas bajo el nuevo contexto intercultural, para garantizar el respeto de los derechos específicos y vitales de los pueblos

indígenas, en especial, cuando un miembro de dichas poblaciones se encuentra sometido a la jurisdicción ordinaria.

Así tenemos que el principio de *igualdad y no discriminación* de todos los ciudadanos ante la ley plasmado en el artículo 21 de la Carta Magna, debe ser interpretado a la luz de esta visión antropológica, pues los pueblos indígenas tienen una identidad cultural preexistente al Estado Venezolano. En este sentido, los miembros de los grupos indígenas, por ser personas humanas, tienen derecho a disfrutar de manera indiscutible de todos los derechos (individuales y colectivos) existentes en los textos internacionales de derechos humanos, por aplicación de los principios de igualdad y no discriminación⁹. Sin embargo, los indígenas poseen además una identidad étnica y cultural distinta de los demás habitantes de la República y, por ende, tienen derechos distintos al resto de los ciudadanos. Es lo que se ha denominado el *derecho a la diferenciación cultural*. Esto último no atenta contra el principio de igualdad sino que, por el contrario, intenta rescatar la identidad cultural de estos pueblos que fue sepultada durante siglos por el proceso de *aculturación* de grupos dominantes. Esta *discriminación positiva* fue plasmada en el numeral 2 del artículo 21 de nuestra Carta Política, cuando expresa: “La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

A este respecto, la Comisión Interamericana dejó sentado que aún cuando el tratamiento de las minorías (entendiendo así a los indígenas) se inspira en el principio de igualdad de todos los pueblos, se “...requiere una acción positiva: un servicio concreto ofrecido a un grupo minoritario...”¹⁰. De allí que la clave del principio de igualdad no radica en la no diferenciación, sino en la no discriminación, pues la primera es justificada y razonable mientras

⁹ Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio de 1993. p. 12.

¹⁰ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la situación de los Miskitos en Nicaragua, 1984.

que la segunda no lo es¹¹. De tal manera que los operadores de justicia no vulneran el principio de igualdad cuando consideran la condición indígena del procesado en sus decisiones.

En cuanto a la garantía del *debido proceso* consagrado en el artículo 49 del Texto Fundamental, podríamos acotar que debe exigirse una atención especial a los miembros de estos grupos, pues en la mayoría de los casos se trata de personas con condiciones socio-económicas precarias. Así tenemos que en un caso relativo a la muerte de un indígena *Macuxi* de Brasil, que fuera arrestado en forma discriminatoria, muriendo luego a raíz de malos tratos durante su detención, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos resaltó el derecho a una justicia rápida y eficaz el cual debe ser garantizado por los Estados, condenando tales acciones policiales, a la vez que censuró la conducta del Estado en postergar indefinidamente el proceso criminal contra los responsables, proceso que llevaba casi diez años sin completarse con la consiguiente falta de indemnización a los familiares. Tales hechos los caracterizó como violatorios del Artículo 25 de la Convención Americana.

Por otra parte, la garantía del debido proceso abarca a su vez el derecho a un *intérprete* para aquellas personas que no hablen o no puedan comunicarse en el idioma castellano (numeral 3). A su vez, el artículo 9 de la actual Constitución reconoce las *lenguas* de los distintos pueblos indígenas como idiomas oficiales en las respectivas entidades federales y/o municipios indígenas donde se encuentren asentados estas culturas¹². A nuestro modo de ver, el respeto por la lengua de cada miembro indígena, como parte del derecho a la cultura, es el presupuesto básico de una defensa real y efectiva para los indígenas, que garantiza además su identidad cultural.

Este derecho fue expresamente reservado en el ordinal 4° del artículo 125 del Código Orgánico Procesal Penal a favor del imputado. En este mismo sentido, el artículo 133 del proyecto de LOPCI-2005 garantiza el uso de sus idiomas en todo proceso administrativo y judicial, estableciendo su irrenunciabilidad, señalando que "... los actos que hayan sido efectuados sin la

¹¹ Ídem.

¹² Artículo 9, C.R.B.V.: "El idioma oficial es el castellano. Los idiomas indígenas también son de uso oficial para los pueblos indígenas y deben ser respetados en todo el territorio de la República, por constituir patrimonio cultural de la Nación y de la humanidad".

presencia del intérprete serán nulas”. No obstante, si un indígena acciona en juicio en el idioma castellano, no podrá pretender que el Tribunal esté en la obligación de colocarle un intérprete para la traducción de las actas al idioma indígena, tal como lo dejó sentando la Sala Constitucional en sentencia del 20 de diciembre de 2000 (Caso pueblo *Pemon* contra EDELCA), sin violar por ello el derecho a la defensa, pues en ese caso sostuvo que existía la presunción del dominio de la lengua castellana.

En cuanto al derecho a ser juzgado por sus *jueces naturales* consagrado en el ordinal 4° del artículo 49 del Texto Fundamental, también tiene sus tropiezos cuando los enfrentamos a la potestad jurisdiccional que tienen las autoridades naturales de los pueblos indios. En estricto sentido, dados los tres presupuestos establecidos en el artículo 260 de la Constitución, es decir, un hecho cometido entre miembros de una mismo pueblo o comunidad, dentro del mismo *hábitat* y bajo las normas tradicionales de ese mismo pueblo, podríamos aceptar que correspondería a las autoridades naturales indígenas la competencia para conocer y resolver ese conflicto, como jurisdicción especial reconocida constitucionalmente y no a la jurisdicción penal ordinaria.

El artículo 49, numeral 10 de la Constitución también garantiza al derecho a la *defensa* y la subsiguiente *asistencia jurídica* del procesado, lo cual implica la asistencia de un abogado público o privado que asuma la defensa técnica del caso durante el proceso. El artículo 132 del proyecto LOPCI-2005, establece al respecto lo siguiente: “A los fines de garantizar el derecho a la defensa de los indígenas, se crea la Defensa Pública Indígena, dentro del Sistema de Defensa Pública del Tribunal Supremo de Justicia, por órgano de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura. Para el nombramiento de defensores públicos de indígenas se exigirá que los mismos sean abogados y conozcan la cultura y derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Los defensores públicos de indígenas son competentes para ejercer la representación y defensa de los indígenas en toda materia y ante toda instancia administrativa y judicial, nacional e internacional”.

Por su parte, el artículo 12 del Código Orgánico Procesal Penal garantiza la inviolabilidad del derecho a la *defensa* y a la *igualdad* en todo estado y grado del proceso. Es por ello que los indígenas tienen derecho irrenunciable de contar con una defensa profesional idónea.

Para tal efecto se creó el Área de Defensa Pública Indígena dentro de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, para el nombramiento de defensores públicos de indígenas¹³, teniendo en cuenta que los mismos conozcan la cultura (idiomas y costumbres) y los otros derechos propios de los indígenas.

Con relación a esta garantía procesal, podemos encontrar dos fallos muy interesantes de la Corte Constitucional de Colombia que asumen una posición de respeto a la diversidad étnica y cultural a favor de los pueblos indígenas. Uno es la Sentencia T-349/96 que se pronunció diciendo que el derecho a la defensa no existe para los indígenas como nosotros lo entendemos, pues "... no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente", aceptando como sucedáneo el que sus parientes estuvieren presentes en el proceso. El segundo caso lo constituye la Sentencia T-523/97, mediante el cual la Corte Constitucional decidió que "los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas, no tienen que ser aquellos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad"¹⁴.

A nuestro juicio, los defensores públicos indígenas son competentes para actuar en defensa de los indígenas en todas las materias (penales, civiles, tributarias, etc.) ante cualquier instancia judicial y/o administrativa, pudiendo incluso tramitar los reclamos ante las instancias internacionales, vale decir, ante el sistema universal de Naciones Unidas como el sistema de protección interamericano de derechos humanos, de acuerdo al artículo 30 de la Carta Magna.

Por último, el artículo 121 del Proyecto de LOPCI-2001 establecía que en los procedimientos judiciales y administrativos en los que participen miembros de los pueblos indígenas, la autoridad judicial o administrativa respectiva, para mejor decidir, deberá contar con un informe pericial socio-antropológico o de la autoridad

¹³ El Tribunal Supremo de Justicia ha designado a varios defensores públicos "indígenas" para la defensa formal de indígenas dentro del proceso penal. Concretamente, en la ciudad de Maracaibo existen 9 defensores, sometidos a un plan de formación especial en el área indígena.

¹⁴ Cabedo Mallol, Vicente. "La Jurisdicción Especial Indígena de Colombia y los Derechos Humanos". En: <http://geocities.com/alertanet/F2b-Vcabedo.htm>

indígena correspondiente, que ilustre sobre la cultura y el derecho indígena. El informe pericial será elaborado por el Instituto Nacional para los Pueblos Indígenas o por un profesional idóneo.

La jurisdicción especial indígena en Venezuela

Aparte del capítulo de los derechos indígenas, existen otras disposiciones constitucionales que se vinculan estrechamente con tales derechos colectivos, como es el caso del artículo 260 de la Constitución Nacional, en el cual se reconoce por primera vez la *jurisdicción especial indígena* como mecanismo alternativo de justicia, en los siguientes términos: “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

El establecimiento de este importante derecho colectivo posibilita a su vez un doble reconocimiento. En primer lugar, reconoce la *jurisdicción indígena especial*, es decir, la potestad pública ejercida por las autoridades indígenas legítimas de los distintos pueblos y comunidades indias, para ejercer funciones de justicia, de acuerdo con sus tradiciones, usos y costumbres, con capacidad incluso de crear y modificar normas. La competencia que se les asigna a estas autoridades se extiende no sólo a la resolución de conflictos de orden criminal, sino también que puede ser aplicable a los asuntos laborales, mercantiles y civiles existentes entre los indígenas. En segundo lugar, reconoce además el uso del *derecho consuetudinario indígena* y sus propios procedimientos para resolver conflictos.

A este respecto, resulta interesante recordar la sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, cuando al analizar el alcance de normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se adelantó en señalar lo siguiente: “No existe obstáculo ni constitucional ni legal –con base en las solas disposiciones señaladas– para que la función jurisdiccional que realizan los tribunales pueda ser confiada a otros poderes u otros órganos estatales especialmente creados por mandato del Constituyente”¹⁵.

¹⁵ Gaceta Forense del 28-02-1985. Sala Político Administrativa, C.S.J., p. 713.

En principio, debemos entender que la potestad de administrar justicia de las *autoridades indígenas* tendría cabida plena dentro de las unidades político-territoriales, es decir, en los *hábitat* y/o Municipios Indígenas, sobre todo si el conflicto se plantea entre dos indígenas (integrados o no integrados) del mismo grupo étnico; no obstante, desde una perspectiva intercultural, se podrían ampliar estos límites, tal como se indicará más adelante.

Por otro lado, esta norma constitucional permite hablar propiamente de un *Estado pluricultural*, es decir, se reconoce de manera oficial a una sociedad que no es homogénea y que permite la coexistencia de dos o más sistemas normativos. Todo ello va a permitir que las normas estatales y las no formales "... convivan en armonía las formas de intersubjetividad y control social propias de humanos históricamente diferenciados del conglomerado estatal, como lo son por antonomasia las poblaciones indígenas"¹⁶.

Tal declaración se encuentra reforzada por la aprobación del ya referido Proyecto LOPCI-2005, por parte de la Asamblea Nacional e impulsada por la Comisión Permanente de Pueblos Indígenas de dicha Asamblea, que en su artículo 124 establece el Derecho Propio de dichas poblaciones: "El Estado reconoce el Derecho Propio de los pueblos indígenas, en virtud de lo cual tienen la potestad de aplicar instancias de justicia dentro de su *hábitat* y tierras por sus autoridades legítimas y que sólo afecten a sus integrantes, de acuerdo a su cultura y necesidades sociales, siempre que no sea incompatible con los derechos humanos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República, interculturalmente interpretados y con lo previsto en la presente Ley".

El reconocimiento expreso del derecho y la jurisdicción indígenas amplía y enriquece la noción de Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 del Texto Fundamental venezolano, pues ello implica además la participación de nuevos actores sociales (los indígenas) dentro del sistema de administración de justicia, quienes aplicarán formas propias de resolución de conflictos, de acuerdo a su cosmovisión y patrones culturales. Así la justicia, como valor superior del ordenamiento

¹⁶ Peña J., Antonio. "Pluralismo Jurídico en el Perú". *Ob. cit.*, 1994, p. 11.

jurídico, alcanza su verdadera dimensión para cada indígena, pues la retribución concreta que espera del derecho (para nosotros “equidad” o justicia concreta) responderá de acuerdo a sus patrones culturales y no conforme a un derecho ajeno o de “terceros”. De esta manera, como afirma Binder, el sistema judicial se transforma en un verdadero espacio de lucha política, pues las decisiones tomadas por los distintos operadores de justicia afectarán indiscutiblemente “...al conjunto de la vida social”¹⁷.

Nótese además que se trata de una jurisdicción especial autónoma en sentido estricto, que se encuentra inserta dentro del Capítulo III del Título V, relativo al Poder Judicial y al Sistema de Justicia Nacional –al igual que la jurisdicción militar y la justicia de paz–, en el cual deben existir relaciones de coordinación y subordinación con el sistema de justicia nacional, tal como lo prescribe el mismo artículo 260 y por el principio de *supremacía constitucional* pautado en el artículo 7 del Texto Constitucional, debiendo además respetar el principio de la interdependencia y colaboración con los demás Poderes Públicos a los fines del Estado, conforme lo ordena el artículo 136 de la Constitución. Así debe entenderse por razones de integridad y soberanía nacional.

Por otra parte, la Constitución también estableció en el artículo 253 que el origen de la potestad de administrar justicia dentro de la República de Venezuela emana de los ciudadanos o ciudadanas, es decir, de todos los miembros del pueblo venezolano, incluyendo por supuesto, a los indígenas. Como parte del proyecto democrático, el artículo 62 Constitucional expresa: “La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo...”. De tal forma que el reconocimiento de la justicia indígena en el contexto constitucional está en perfecta armonía con el proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas aprobado por unanimidad en la *Subcomisión de Prevención y Protección de las Minorías, Comisión de Derechos Humanos*, que en su artículo 33 expresa: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y

¹⁷ Binder, Alberto. “Entre la Democracia y la Exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual”. Ediciones INECIP, Argentina. 2001. En: www.derechoysociedad.org

sus costumbres, tradiciones, procedimientos y prácticas jurídicas característicos, de conformidad con las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas”.

De la lectura del precepto constitucional comentado queda claro que en los casos de conflictos internos menos graves que produzcan un daño social leve, es decir, en hechos criminosos como lesiones, hurtos, etc., ocurridos en un *hábitat* determinado y donde intervengan miembros de un mismo grupo étnico, no existiría ninguna dificultad en la aplicación del derecho indígena, pues la competencia territorial estaría determinada por el espacio territorial del pueblo o comunidad indígena donde se ocurra el hecho, una vez que hayan sido demarcados por la ley especial. El problema se podría suscitar cuando se presenten hechos graves y complejos (homicidios, robos a mano armada, violación y otros), en los cuales estén involucrados indígenas (integrados o no) y ciudadanos no indígenas, que pudieran originar conflictos de competencia por razón de la materia, persona y del territorio con los tribunales ordinarios. De allí que urge la necesidad de iniciar y acelerar el proceso de *compatibilidad* y/o coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional, tal como lo ordena el referido artículo 260 constitucional.

Por otra parte, la nueva constitución en su artículo 258, promueve el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros *medios alternativos* para la solución de conflictos, entre los cuales podemos perfectamente incluir el derecho consuetudinario indígena. Todo esto significa, y así lo ha entendido la doctrina, que no sólo las agencias estatales de los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial son fuentes legítimas y legales de producción de normas, sino también el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas¹⁸, capaz además de dirimir conflictos reales.

Componentes de la jurisdicción indígena

El alcance del artículo 260 constitucional requiere definir y delimitar los tres componentes de esta jurisdicción especial, tomando

¹⁸ Ramírez, Silvina. “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”. En “Justicia Penal y Comunidades Indígenas”. *Revista Pena y Estado* N° 4, Año 4. Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 72.

en consideración el proyecto LOPCI-2005 y otros importantes proyectos de la región andina¹⁹. Así tenemos:

1. La autoridad indígena. La autoridad indígena estará representada por la persona (hombre o mujer), grupo o asamblea que designe el pueblo o comunidad indígena conforme a sus usos y costumbres: el *Cacique* para los *Yukpas* y *Barí*, el *Capitán* para los *Kariñas* y el pueblo *Pemon*, el *Pütchipü'ü* o “palabrero guajiro” para los *Wayuu*, a modo de ejemplo. El artículo 111 del Proyecto de LOPCI-2001 usaba la siguiente definición: “Se considera autoridades indígenas legítimas a las personas, instancias colectivas o instituciones que cada pueblo o comunidad indígena establece y designa según sus propias reglas y para las funciones que dichos pueblos definen. Las autoridades indígenas tienen competencia para tomar decisiones sobre actos jurídicos y controversias de todo tipo”.

Por su parte, la experta E. Sánchez B., señala algunos perfiles que deben asumir las autoridades indígenas tradicionales, pues las mismas:

... son contemporáneas porque comparten los signos de los tiempos y están sometidas a influencias del mundo nacional e internacional, a principios éticos dictados a partir de lógicas distintas al peso de la historia y a consideraciones de utilidad y conveniencia. Pero también, las autoridades están sometidas a factores característicos de su actividad fija o temporal, definida por nacimiento o por elección, como por ejemplo, hábitos mentales, críticas de pares o de las comunidades mismas, y de la naturaleza del derecho propio que implica variación de las acciones según situaciones tipificadas en los casos: imparcialidad, coherencia y estabilidad²⁰.

Para ejercer la potestad jurisdiccional, es decir, la facultad de aplicar justicia a los miembros de su comunidad, las autoridades indígenas aplican principios generales o normas de control social de acuerdo a su contexto cultural, que suponen pruebas y argumentos, y

¹⁹ Ley de Administración de Justicia de las Autoridades Indígenas, Ecuador; el Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos y Comunidades Indígenas–Campesinas, Bolivia; y el Proyecto de la Ley sobre Administración de Justicia para Pueblos Indígenas, Perú.

²⁰ Sánchez Botero, Esther y Jaramillo Sierra, Isabel C. *La Jurisdicción Especial Indígena*. Imprenta Nacional de Colombia, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 2000. p. 68.

cuyo fin es dar una respuesta satisfactoria –razonable y definida internamente– a las partes en conflicto o administrados²¹. En este sentido, de acuerdo al artículo 126 del proyecto LOPCI-2005, las autoridades indígenas resolverán los conflictos sobre la base de la vía conciliatoria, el diálogo, la mediación, la compensación y la reparación del daño, con el fin de reestablecer el orden social dentro de su comunidad, teniendo las facultades expresas de “...conocer, investigar, decidir y ejecutar las decisiones, en los asuntos sometidos a su competencia y, la potestad de avalar acuerdos reparatorios como medida de solución de conflictos”.

En el artículo 3 del Proyecto de Ley Indígena de Ecuador se establece que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas tienen carácter obligatorio para las partes que intervengan en los procesos (indígenas y no indígenas, personas naturales o colectivas), es decir, tienen la misma fuerza obligatoria que las adoptadas por los demás órganos judiciales, causando incluso *cosa juzgada*, sin poder ser revisadas por otro órgano público, salvo los casos de violación de derechos humanos que serán conocidos por el Tribunal Constitucional. En igual sentido, el artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas de Bolivia establece: “El Tribunal Constitucional, a través de la autoridad Judicial más cercana a la comunidad realizará el control de las violaciones a los derechos fundamentales y las garantías individuales en la aplicación del derecho consuetudinario”. De similar redacción es el artículo 5 del Proyecto de la Ley sobre Administración de Justicia para Pueblos Indígenas del Perú.

Todo ello parece muy acertado y digno de incorporar a nuestro proyecto, por estar en plena consonancia con la facultad otorgada en el artículo 335 de la Carta Política a la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, máximo organismo jurisdiccional de la República a quien le compete la interpretación de la Constitución, garantizador además de la supremacía de los derechos, garantías y demás principios constitucionales²². De igual forma, el Tribunal

²¹ Ídem.

²² Artículo 335, C.R.B.V.: “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de esta Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República”.

Supremo deberá conocer de los conflictos de competencia que se susciten entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, de acuerdo a lo pautado en el numeral 7° del artículo 266 del mismo Texto Fundamental.

Por último, se debe resaltar que para asumir las funciones de autoridad indígena no se requiere ser abogado o un especialista indigenista; basta que sea miembro (a) respetado de un pueblo o comunidad integrado a sus costumbres, lengua y con los perfiles de líder natural capaz de solventar con equidad los problemas planteados por los demás miembros. Indudablemente que también se le debería exigir a este representante una conocida trayectoria en la lucha social en pro del reconocimiento de su identidad cultural, o bien, haber realizado acciones en beneficio de los pueblos y comunidades indígenas, tal como lo estableció el Constituyente en la Séptima Disposición Transitoria de la actual Constitución, para los efectos de la representación indígena en los órganos legislativos. Sin embargo, sería conveniente que en las universidades nacionales se promovieran programas sobre derechos humanos, antropología jurídica, pluralismo jurídico dirigidos a indígenas y no indígenas, a los fines de fomentar la comunicación intercultural y coadyuvar en la consolidación de los derechos indígenas.

2. El uso del derecho consuetudinario indígena. El segundo componente esencial de la jurisdicción indígena lo constituye el uso del derecho consuetudinario indígena, llamado también *derecho tradicional*, *costumbre jurídica* o simplemente *derecho indígena* para otros, que no es más que el conjunto de normas de tipo tradicional con valor cultural, no escritas ni codificadas, que están perpetradas en el tiempo y que son transmitidas oralmente por los miembros de una comunidad para luego ser reconocidas y compartidas por el grupo social, como es el caso de los pueblos indígenas. Es tan esencial a los mismos que si se destierra se pierde su identidad como pueblo. Como bien afirma Rodolfo Stavenhagen, las prácticas sociales más significativas que conforman la cultura de los pueblos indígenas son las costumbres jurídicas propias: "... el derecho consuetudinario es considerado generalmente como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo... junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituyen un

elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad...”²³. A diferencia del derecho positivo, el derecho consuetudinario opera sin Estado, mientras que las normas del derecho positivo emanan de una autoridad política constituida y son ejecutadas por órganos del Estado²⁴. El artículo 125 del proyecto LOPCI–2005 define el derecho indígena como: “El Derecho Indígena está constituido por el conjunto de normas, principios, valores, prácticas, instituciones, usos y costumbres, que cada pueblo indígena considere legítimo y obligatorio y, que les permite regular la vida social y política, autogobernarse, organizar y garantizar el orden público interno, establecer derechos y deberes, resolver conflictos y tomar decisiones en el ámbito interno”.

Si hacemos una retrospectiva histórico-cultural, podemos encontrar que el pueblo *Wayuu*, ubicado en la Península Guajira y que constituye el grupo étnico más numeroso del Venezuela, tiene unos dignos representantes de una verdadera justicia de paz: los *pütchipü’ü* (o “palabrereros guajiros”) de los diferentes grupos o clanes, que son grandes conocedores de sus costumbres y ritos, y que con su sabiduría han contribuido calladamente al restablecimiento del orden y la paz social de dicho pueblo, evitando actos de venganza inmediata. Este pueblo tiene su propio derecho consuetudinario reconocido históricamente y que viene a ser un conjunto de normas de tipo tradicional, no escritas ni codificadas que han sido transmitidas oralmente en el tiempo por los miembros de esta comunidad para luego ser compartidas y aplicadas por el grupo social. Se trata de la *ley wayüü* (o Ley Guajira) y su concepción de justicia criminal, cuyos principios se desarrollan de la siguiente manera: con la producción de un conflicto de tipo criminógeno (*pütchi*) que cause un daño material a una víctima (*asiruu*), nace el pago de una indemnización (*maiinnaa*), mediante una ley de compensación y cuya resolución pacífica se deja generalmente en manos de intermediarios. La ley guajira se respeta y se cumple a cabalidad sin necesidad de existir tribunales ni cárceles; en ella no

²³ Stavenhagen, Rodolfo. “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”. En *Entre La Ley Y La Costumbre, El Derecho Consuetudinario Indígena En América Latina*, publicado por el Instituto Indigenista Interamericano (III) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), México, 1990, p. 27.

²⁴ Ídem.

existe individualización de la pena y la sanción sólo tiene una repercusión patrimonial²⁵.

Siguiendo a Rodolfo Stavenhagen, se podrían enumerar algunas de los asuntos que forman parte del derecho consuetudinario y que podrían ser material de esa competencia, entre las cuales tenemos: a) Normas de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición de los derechos y obligaciones de los miembros; d) distribución de los recursos naturales (agua, tierras, bosques, etc.); e) transmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición de los hechos que puedan ser considerados como delitos, faltas, que afecten a los individuos o bien a la comunidad, con la respectiva sanción; g) manejo y control de la forma de solución de los conflictos y, h) definición de los cargos y las funciones de la autoridad indígena²⁶. Por su parte, Durand Alcántara clasifica el contenido del derecho indígena en los siguientes asuntos: a) Las que surgen de las relaciones de propiedad; b) las que se refieren al parentesco; c) las de tradición oral relativas a la socialización del grupo; d) las concernientes al acatamiento de las órdenes de las autoridades tradicionales y, e) las que se relacionan en la experiencia de gobierno indígena²⁷.

Se trata pues, de un derecho múltiple, complejo e histórico, siguiendo a Durand Alcántara, sometido a ciertos cambios por su carácter dinámico, y que se mantiene en el tiempo por la práctica reiterada de los miembros de una comunidad²⁸. No se debe pretender el establecimiento de un único procedimiento para resolver los conflictos entre indígenas, puesto que se atentaría justamente con el carácter oral, dinámico y flexible de las diversas prácticas indígenas, las cuales no requieren de papeles, medios de grabación y demás trámites administrativos.

²⁵ Colmenares Olívar, Ricardo. "Sistema de justicia penal formal y el derecho consuetudinario Wayuu". En *Revista Presencia Ecuémica*. N° 43. Caracas, Venezuela. Abril-julio. 1997. p. 6.

²⁶ Stavenhagen, Rodolfo. "Derecho consuetudinario indígena en América Latina". *Ob. Cit.*, 1990. p. 31.

²⁷ Durand Alcántara, Carlos. "Derecho nacional, derechos indios y derecho consuetudinario indio". 1998. p. 275-277, citado por: Cabedo Mallol, Vicente. *Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina*, Editorial de la UPV, Valencia, España, 2004. p. 43.

²⁸ Cabedo Mallol, Vicente. *Ob. Cit.*, 2004: p. 49.

Por último, es importante señalar que en el artículo 171 de la Constitución Política de Bolivia se reconoce el derecho consuetudinario indígena como una fuente formal de su derecho interno, con lo que puede constituir un precedente legislativo para considerar con el mismo carácter a las normas consuetudinarias indígenas en el orden interno venezolano.

3. El espacio territorial. El tercer elemento de la jurisdicción indígena lo constituye el *espacio territorial* donde se desarrollan culturalmente los pueblos y comunidades indígenas, hoy conocidos como *hábitat*. La nueva Carta Magna consagró de manera expresa en el artículo 119 el derecho a la *propiedad colectiva de las tierras* que ancestral y tradicionalmente han ocupado, con el subsiguiente derecho del aprovechamiento de los recursos naturales existentes en los *hábitat* donde se desarrollan como pueblos y/o comunidades. Por su parte, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas,²⁹ el *hábitat indígena* se define como: "...la totalidad del espacio ocupado y utilizado por los pueblos y comunidades indígenas, en el cual se desarrolla su vida física, cultural, espiritual, social, económica y política, que comprende las áreas de cultivo, pesca fluvial y marítima, recolección, pastoreo, asentamiento, caminos tradicionales, los caños y vías fluviales, lugares sagrados e históricos y otras necesarias para garantizar y desarrollar sus formas específicas de vida".

Tal elemento ha sido reconocido expresamente como un derecho colectivo por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia del 20 de diciembre de 2000:

En cuanto a los pueblos indígenas, es necesario reconocer además la existencia de un vínculo antiguo y esencial entre dichos pueblos y las tierras que tradicionalmente han habitado, así como su contribución al equilibrio ecológico y su interés en la conservación del ambiente. Se trata de un vínculo que forma parte de la cultura misma de los citados pueblos. De allí que, de conformidad con la disposición prevista en el artículo 119 constitucional, el Estado deba reconocer el *hábitat* de los pueblos y comunidades indígenas, así como sus derechos originarios sobre las tierras que ancestral y

²⁹ Publicada en la Gaceta Oficial No. 37.118, de fecha 12 de enero de 2001.

tradicionalmente ocupan, necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida.

El mismo artículo 119 del Texto Fundamental ordena delimitar tales áreas de tierras, mediante un proceso nacional de demarcación a cargo del Ejecutivo Nacional, con la consulta previa y participación directa de los pueblos y comunidades indígenas, tal como lo prevé el artículo 8 de la Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras antes mencionada. Sin embargo, llama la atención que luego de cinco años de la promulgación de esta ley especial, aún no exista un acuerdo entre los entes oficiales involucrados en este proceso y los distintos pueblos indígenas para delimitar físicamente tales espacios, lo cual incide negativamente en la aplicación del derecho consuetudinario indígena, pues los jueces ordinarios se consideran competentes para conocer de los casos que se suscitan entre indígenas dentro de sus tierras ancestrales, bajo el pretexto de no existir tal demarcación.

Competencia de la jurisdicción indígena

Los problemas y demás conflictos que se susciten dentro del espacio territorial en el cual habitan los indígenas constituyen hechos y situaciones reales concretas, que deberán ser resueltos dentro de un marco procedimental establecido según las costumbres de cada pueblo o comunidad, la cual pudiéramos llamar “relación procesal”. Así, desde el punto de vista jurídico, las autoridades indígenas tienen la plena facultad de aplicar el derecho consuetudinario dentro de un espacio territorial (competencia): es decir, tienen la capacidad de administrar justicia. En este orden de ideas, el artículo 127 del Proyecto LOPCI-2005 considera tres tipos de competencias, a saber:

1. Competencia territorial. La jurisdicción indígena tiene competencia dentro del ámbito local territorial de cada pueblo o comunidad indígena, es decir, dentro del hábitat, que pudiera estar conformado como un municipio o parroquia indígena de acuerdo al artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, previa solicitud de los pueblos y comunidades u organizaciones indígenas³⁰. También se prevé la competencia *extra-territorial*

³⁰ Publicada en Gaceta Oficial No. 38.204, del 08 de junio de 2005. El artículo 50 de la Ley dispone: “El Municipio indígena es la organización del régimen de gobierno y administración local, mediante la cual los pueblos y comunidades indígenas definen, ejecutan, controlan y evalúan la gestión pública de acuerdo a los planes previstos en su jurisdicción territorial, tomando en cuenta la organización social, política y económica, cultural, usos y costumbres, idiomas

respecto de controversias surgidas fuera del ámbito territorial indígena, cuando las mismas sean entre indígenas que no revistan carácter penal y que no afecten derechos de terceros no-indígenas, y siempre que la jurisdicción indígena decida asumir dichas controversias. En este último caso deberá resolverse conforme a las normas, usos y costumbres indígenas.

2. Competencia Material. La jurisdicción indígena tiene competencia para conocer todo tipo de asuntos, civil o penal, independientemente del monto o la gravedad de los hechos que se susciten dentro de su ámbito o espacio territorial, de acuerdo a su derecho consuetudinario y cuando la misma decida asumir. Esto último implica que las autoridades indígenas pueden acordar remitir el asunto a la jurisdicción ordinaria, tal como lo manifestaran algunos representantes del pueblo *Barí* en el Seminario sobre Derecho Consuetudinario Indígena, realizado en mayo de 2005 y organizado por la Universidad del Zulia. De igual modo, la jurisdicción indígena puede pedir la colaboración a la jurisdicción ordinaria y a la fuerza pública en los casos que considere necesario. Por supuesto, por razones de seguridad de Estado, la ley especial excluye de esta competencia material, a los delitos contra la seguridad e integridad de la Nación, delitos de corrupción o contra el patrimonio público, ilícitos aduaneros, tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, tráfico ilícito de armas de fuego, delitos cometidos con el concierto o concurrencia de manera organizada de varias personas y, los crímenes internacionales como son el genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de agresión.

3. Competencia Personal. En principio, el derecho consuetudinario indígena sólo sería aplicable a las personas indígenas que se encuentren en el respectivo *hábitat* delimitado, pero ¿qué sucedería con los no indígenas que se encuentren vinculados por lazos personales a miembros indígenas en ese mismo espacio territorial, compartiendo las costumbres de ese pueblo o comunidad? Piénsese, por ejemplo, el mestizo que tiene 20 años conviviendo con una mujer indígena, con hijos totalmente integrados a esa cultura. El parágrafo único del artículo 126 de LOPCI-2005 establece que

y religiones, a fin de establecer una administración municipal que garantice la participación protagónica en el marco de su desarrollo socio cultural. La organización municipal de los municipios indígenas será democrática y responderá a la naturaleza propia del gobierno local”.

“... se entenderá por integrante, toda persona indígena que forme parte de un pueblo y comunidad indígena. También se considera como integrante, toda persona no indígena incorporada por nexos familiares o por cualquier otro vínculo a la comunidad indígena, siempre que resida en la misma”.

A la luz del artículo 260 constitucional, las autoridades legítimas de los pueblos y comunidades indígenas pueden aplicar el derecho consuetudinario a todos los “integrantes” que se encuentren dentro del *hábitat*, una vez que hayan sido demarcados dichos territorios por ley especial; es decir, el Constituyente no hizo distinción entre indígenas y no indígenas.

Proceso de coordinación entre la jurisdicción indígena y la nacional

En los procesos de coordinación o compatibilidad de sistemas se han encontrado dos niveles de conflictos de competencia. El problema aparece cuando se presentan hechos graves y complejos (homicidios, robos a mano armada, violación y otros), en los cuales estén involucrados indígenas (integrados o no) y no indígenas, y que pudieran originar conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria por razón de la materia, persona y del territorio. En el artículo 128 del proyecto LOPCI-2005 se encuentran previstas las siguientes situaciones:

Conflictos entre colectividades indígenas

Está claro que los conflictos y controversias que se originen dentro del ámbito territorial de los pueblos y comunidades indígenas, serán resueltos por sus propias autoridades conforme a su derecho consuetudinario, siempre que no se violenten los derechos fundamentales de la persona humana. De acuerdo a la jurisprudencia colombiana, entre los “*derechos mínimos aceptables*” se encuentran: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura³¹.

Principios que se manejan en este tipo de Conflictos

Conforme al artículo 128 del Proyecto LOPCI-2005, dentro de esta esfera se pueden manejar los siguientes principios:

³¹ Véase Sentencia T-349, del 8 de agosto de 1996, de la Corte Constitucional de Colombia.

1. Reserva de la jurisdicción indígena. Los actos jurídicos y las decisiones tomadas por las autoridades indígenas no son revisables por la jurisdicción ordinaria, salvo que atenten contra "... los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República". A nuestro juicio, por tratarse de derechos fundamentales (individuales y colectivos) en juego, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia siempre debería conocer de los conflictos planteados entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria, de acuerdo a lo pautado en el numeral 7° del artículo 266 del mismo Texto Fundamental. Igualmente, la jurisdicción ordinaria no tiene competencia para recibir causas referidas a hechos realizados dentro del ámbito territorial del *hábitat* indígena, debiendo, en todo caso, someterlas a conocimiento de la jurisdicción especial indígena. Las decisiones tomadas por la jurisdicción ordinaria en casos que competan a la jurisdicción indígena son nulas y generan responsabilidad, debiendo devolverse el caso a la jurisdicción indígena.

2. Relaciones de coordinación. La jurisdicción indígena puede establecer relaciones de coordinación y colaboración con la jurisdicción ordinaria cuando lo considere necesario. La fuerza pública está obligada a brindar el apoyo requerido por la jurisdicción indígena para la investigación, juzgamiento o ejecución de sus decisiones.

Conflictos fuera de la colectividad indígena

En un segundo plano, nos encontramos los conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas ocurridos fuera de su ámbito territorial, los cuales –en principio– son conocidos por las autoridades estatales competentes; es decir, en este punto conviene revisar las pautas que debe considerar el operador de la justicia ordinaria (juez, fiscal, defensor) al momento de juzgar a un indígena, de acuerdo a los principios constitucionales y normas procesales que rigen para el resto de los ciudadanos no indígenas.

Juzgamiento de los indígenas en la jurisdicción penal ordinaria

El vigente Código Orgánico Procesal Penal (COPP)³², no dio cabida dentro de sus normas al derecho consuetudinario indígena

³² Publicado en la Gaceta Oficial No. 5.208, de fecha 23 de enero de 1998 y entró en vigencia el 1° de julio de 1999. Sufrió una primera reforma el 25 de agosto

como mecanismo alternativo reconocido constitucionalmente, ni estableció procedimiento alguno de tratamiento especial para indígenas involucrados en hechos punibles. Tampoco previó disposiciones procesales para dirimir los posibles conflictos de competencia que pudieran suscitarse entre la jurisdicción penal ordinaria y la jurisdicción especial indígena, tal como se sugirió en su oportunidad³³.

En armonía con el artículo 258 constitucional, el código penal adjetivo establece mecanismos alternos de resolución de conflictos que permiten reducir los costos administrativos de la justicia y el retardo procesal, promoviendo soluciones adecuadas a las necesidades de las partes involucradas en el proceso, aumentando además la tasa de cumplimiento voluntario. En este sentido, el nuevo sistema acusatorio introdujo los mecanismos alternos a la prosecución del proceso que promueven soluciones adecuadas a las necesidades de las partes involucradas en el litigio, aumentando la tasa de cumplimiento voluntario, tales como: el principio de *oportunidad* (artículo 37), los *acuerdos reparatorios* (artículo 40), la *suspensión condicional del proceso* (artículo 42) y el procedimiento especial de la *admisión de los hechos* (artículo 376). Sin embargo, la última reforma que sufriera el código procesal penal en noviembre de 2001 constituyó un retroceso, pues se prohibió la celebración de acuerdos reparatorios en los casos de homicidios culposos, con lo cual también se limitará el principio de compensación utilizado por la mayoría de las comunidades indígenas en la resolución de sus conflictos.

Resultaría interesante incluir una disposición en el código procesal penal que exprese que en los casos de delitos que afecten bienes jurídicos propios de los pueblos y comunidades indígenas o bienes personales de algunos de sus miembros, las partes –imputado y víctima– puedan resolver su conflicto de acuerdo al derecho consuetudinario, trayendo como consecuencia la declaratoria de la extinción de la acción penal por parte del órgano jurisdiccional

de 2000 (G. O. No. 37.022). La última reforma apareció publicada en G. O. Extraordinaria No. 5.558 de fecha 14 de noviembre de 2001.

³³ En julio de 1998, la Sección de Antropología Jurídica del Instituto de Filosofía del Derecho de La Universidad del Zulia, sugirió a la Comisión redactora del Proyecto lo siguiente: “El juez competente también tendrá en cuenta el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas y su modo de dirimir conflictos, como un modo de terminación del proceso”. No obstante su importancia, no se tomó en consideración.

competente, tal como lo prevé el artículo 40 del Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, en Argentina, sin excluir los casos de homicidios dolosos³⁴.

Por su parte, el artículo 136 del proyecto LOPCI-2005 prevé tres reglas fundamentales que deben ser consideradas al momento de juzgar a un indígena dentro de un proceso penal ordinario. Así tenemos:

1. “No se perseguirá penalmente a indígenas por hechos tipificados como delitos, cuando en su cultura y Derecho estos actos sean permitidos, siempre que no sean incompatibles con los derechos fundamentales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los tratados, pactos y convenciones internacionales suscritos y ratificados por la República”.

Al respecto, la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional del Tribunal Supremo de Colombia ha sido ejemplo del reconocimiento del derecho indígena, dictando pautas de coordinación ante los posibles conflictos de competencia en materia penal que pudieran suscitarse entre la jurisdicción indígena y el derecho nacional. En estos casos, la Corte Constitucional insiste en tomar en cuenta tanto el fuero *personal* como el *territorial*, en cada caso concreto. Así expresó:

- a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer el caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera incidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada

³⁴ Artículo 40 del Anteproyecto: “Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de algunos de sus miembros, tanto el imputado como la víctima, o en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario, declarará la extinción de la acción penal. En estos casos cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez penal o juez de paz en los casos en que este pueda intervenir. Se excluyen los casos de homicidio doloso y los delitos agravados por el resultado muerte”.

reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus miembros y procedimientos³⁵.

Por lo tanto, esta emblemática sentencia puede servir de marco de referencia para el operador de justicia en su función de interpretar las situaciones fácticas que se le presentan, quien deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del autor del hecho y el grado de aislamiento o integración del indígena sometido a proceso, con relación a la cultura dominante, a los fines de declarar o no la competencia al fuero especial³⁶.

2. “Los jueces al momento de dictar sentencia definitiva o cualquier medida preventiva, deberán considerar las condiciones socioeconómicas y culturales de los indígenas y, decidir conforme a los principios de justicia y equidad. En todo caso, éstos procurarán establecer penas distintas al encarcelamiento que permitan la reinserción del indígena a su medio sociocultural”.

El Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la Organización Internacional del Trabajo (OIT.), conocido hoy en Venezuela como la Ley No. 41³⁷, tiene varias normas que reconocen

³⁵ Sentencia T-496 de 1996. Tales pautas fueron confirmadas en sentencia T-344 del 9 de julio de 1998.

³⁶ Cabedo Mallol, Vicente. “La Jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. En *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción Comunal*, No. 35-36 y 37. Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (INAUCO), Valencia (España), 2000. p. 141-169.

³⁷ Publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria No. 37.307, de fecha 17 de octubre de 2001.

el derecho consuetudinario y repercuten de manera directa en el proceso de coordinación o compatibilidad de sistemas normativos, sobre todo en el ámbito penal. Así tenemos por ejemplo, el artículo 8.1 recomendó que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, se deberá tener en consideración el derecho consuetudinario de estas poblaciones. Por su parte, el artículo 8.2 consagra el derecho de los pueblos indígenas de “conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos...”

Igualmente, el artículo 9.1 establece además la posibilidad de emplear métodos de control social propios de los pueblos en cuestión cuando sean sus miembros quienes cometan delito, como vía alterna a la función punitiva, pero siempre respetando los derechos humanos reconocidos en el orden interno e internacional. En materia penal, la disposición 9.2 ordena expresamente a las autoridades y tribunales a tomar en cuenta las costumbres de dichos pueblos. Finalmente, el artículo 10 expresa que en los casos de imposición de sanciones penales previstas en la ley, deberán tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros indígenas sometidos a su potestad jurisdiccional, dando preferencia a tipos de sanciones distintas a la del encarcelamiento, con lo cual incide en forma directa en el régimen penitenciario y en la fase de ejecución de sentencia. Esta última situación que prevé la aplicación de mecanismos alternos de cumplimiento de pena está en completa armonía con lo dispuesto en el artículo 272 de la Constitución, que textualmente establece “En todo caso las fórmulas de cumplimiento de penas no privativas de libertad se aplicarán con preferencia a las medidas de naturaleza reclusoria”, al igual que con el principio de la *progresividad* reconocido en el artículo 10 de la Ley de Régimen Penitenciario, el cual también impulsa a la adopción de medidas y fórmulas alternas de cumplimiento de penas más próximas a la libertad plena del penado. Claro está, es una norma constitucional aplicable a todo ciudadano, sea indígena o no.

De tal manera que este convenio, al ser ratificado por el gobierno venezolano, adquiere el rango de norma constitucional de obligatorio cumplimiento por parte de todos los órganos públicos del Estado, conforme lo ordena el artículo 23 de la vigente Constitución, por lo que su contenido debe ser tomado en cuenta en todos los casos de

interpretación intercultural que se hagan de las normas existentes, incluso en materia penal. Por último, la única limitación que impone el Convenio 169 al derecho indígena en cuanto que el ejercicio de esa potestad, es la no vulneración de los derechos humanos fundamentales reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por Venezuela.

3. “El Estado dispondrá en los establecimientos penales de los Estados con población indígena, de espacios especiales de reclusión para los indígenas, así como del personal con conocimientos en materia indígena para su atención”.

La Ley de Régimen Penitenciario de 1981, no estableció ninguna norma a favor del indígena ni establecimientos especiales para ellos, por el contrario, reafirma el *principio de igualdad y no discriminación* entre los penados (artículo 5). Por el contrario, el Reglamento de Internados Judiciales de 1975³⁸, sí contempló en el capítulo XII un conjunto de normas específicas sobre el trato *excepcional* que debe dársele a los indígenas. Así tenemos que se prevé un *dormitorio común* para los indígenas que observen buena conducta, tomando en cuenta que el patrón cultural de los mismos es diferente a la del resto de la población carcelaria (artículo 66).

En cuanto al *trabajo* dentro del establecimiento penitenciario, el Reglamento indica que el Director deberá colocarlos en un sitio amplio de los talleres para que puedan trabajar juntos; sin embargo, cuando algún indígena manifieste el deseo de ser incorporado a otra actividad laboral, se atenderá con preferencia a cualquier otra solicitud (artículo 67).

Respecto a las penas alternativas de prisión que pueden ser solicitadas en la fase de ejecución y condena del proceso, se establecerán preferentemente penas distintas al encarcelamiento y que permitan la reinserción de los indígenas a su medio socio-cultural. Es muy frecuente que los abogados de indígenas condenados en sede ordinaria penal, soliciten la aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, atendiendo al Informe Psicotécnico que realiza la Dirección de Custodia y Rehabilitación del Recluso del Ministerio del Interior y Justicia, por tratarse de un convenio sobre derechos humanos específico de rango constitucional, de acuerdo al artículo 23 de la

³⁸ Gaceta Oficial N° 30.784, del 2-09-1975.

Constitución Nacional y de obligatoria aplicación en los casos en los cuales se vean involucrados miembros de dichos grupos culturales.

Por su parte, el Capítulo 12 del Reglamento de Internados Judiciales prevé un tratamiento especial de los indígenas detenidos dentro de estos establecimientos penitenciarios, ordenando espacios suficientes para sus talleres y previendo una educación que tenga en cuenta las características culturales particulares de cada pueblo indígena. Por lo tanto, urge la creación de centros y establecimientos especiales para indígenas condenados, que se encuentren localizados cerca de su pueblo o comunidad indígena y de su familia, a los fines de garantizar su identidad cultural.

El artículo 69 del Reglamento también prevé lo relativo a la *educación* de los indígenas, en consideración a sus características culturales especiales, es decir, se deberían aplicar las disposiciones que regulan la educación intercultural bilingüe para garantizar su identidad cultural y su lengua materna. Este Reglamento también dispone que las *visitas* de familiares y amigos de los indígenas se puedan efectuar en días distintos a los destinados para los demás internos, concediendo el mismo tiempo y las mismas facilidades que se les otorga al resto de los detenidos. De igual modo establece que los correctivos o *sanciones disciplinarias* se aplicarán a los indígenas en forma atenuada, luego de haber agotado la vía de la persuasión, procurando eliminar la irregularidad de su conducta, aunque en las cárceles no existe el personal especializado para atender estos casos.

Para finalizar, debemos significar que los indígenas pueden optar, en igualdad de condiciones, por los beneficios previstos en leyes especiales tales como la Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, la Redención Judicial de la Pena por el Trabajo y el Estudio, previstos en el código penal adjetivo, previa aprobación de la Junta de Conducta del Penal y de los estudios socio–antropológicos de cada uno de los internos, para garantizar sus especificidades culturales.

Fortalecimiento del derecho consuetudinario indígena en Venezuela y propuestas

Es indudable que la responsabilidad de resguardar el derecho consuetudinario indígena le corresponde al Estado venezolano, quien debe implementar políticas efectivas de protección y

promoción de este derecho colectivo, con la participación de representantes de los pueblos, comunidades y organizaciones indígenas. Los mecanismos más positivos que se han implementados son los siguientes:

Las decisiones judiciales

La jurisprudencia nacional ha sido escasa en esta materia. Así tenemos un precedente digno de destacar, constituido por la decisión del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal y de Salvaguarda del Patrimonio Público del Estado Amazonas, de fecha 28 de junio de 1996, es decir, antes de la Constitución de 1999, en la cual se decretaron *medidas precautelativas judiciales*, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 24 de la Ley Penal del Ambiente, en concordancia con el Decreto 625 del 7 de diciembre de 1989 y los artículos 8, Ordinal 15, 59 y 60 de la Ley de Turismo (hoy vigentes), en protección del pueblo *Piaroa*, quienes ocupan el entorno ambiental de los ríos Autana, Guayapo, Cuao y Sipapo, denominado “Los Cuatro Ríos”. En dicha decisión interlocutoria se resaltó la interrelación entre el derecho consuetudinario y la visión cosmogónica que tienen los miembros del pueblo *Piaroa* del ecosistema, ordenándose lo siguiente:

Se prohíbe terminantemente realizar excursiones o visitas turísticas o de cualquier otro orden por ciudadanos nacionales o extranjeros, en las comunidades *Piaroas* y en sus áreas de cultos sagrados, sin la previa autorización de las Autoridades *Piaroas*, que conforman el consejo de ancianos, que constituye dentro del derecho consuetudinario indígena *Piaroa*, el ente jerárquico, cuyas deliberaciones tienen valor obligatorio para las Comunidades que agrupan, y pueden aprobar o desaprobar disposiciones que guarden relación con su religión, cultos milenarios, visitas turísticas, y en fin decidir el control sobre sus vidas y costumbres...

En el Estado Zulia, donde existen cinco pueblos indígenas culturalmente diferenciados (*Añú, Barí, Japrería, Wayuu y Yukpas*), los fallos han sido dictados por las Salas de la Corte de Apelaciones. En el caso de una reclamación civil por daño moral y corporal derivado de un accidente de tránsito e intentada por ante un tribunal de instancia penal en funciones de control, en el cual se había desconocido la legitimidad de la demandante, madre del indígena Jesús Fernández, la Sala Tercera, en decisión No. 167 de fecha 16 de julio de 2003, reconoció el derecho consuetudinario que le asistía al ciudadano Marco Antonio Ramírez, *Pütchipü'ü* o mediador del

pueblo *Wayuu* y miembro de la Oficina Municipal de Asuntos Indígenas de la Frontera, sosteniendo que:

En relación al hecho de que el *Pütchipü'ü* o Mediador no es un funcionario o autoridad legítima reconocida por el ordenamiento jurídico venezolano, tenemos que en la comunidad zuliana constituye un hecho histórico público y notorio que este personaje ha servido de palabrero o mediador ante los problemas que se han presentado con los integrantes de la etnia *Wayuu* y esto no es por simple capricho, sino porque el *Pütchipü'ü* o Mediador es designado por la comunidad indígena para la búsqueda de la solución de los diferentes problemas que se les puedan presentar.

En este sentido, ha expresado Peña, (citado por Colmenares, R. 2002), refiriéndose al artículo 260 de la Constitución Venezolana que: “Esta norma constitucional permite hablar propiamente de un Estado pluricultural, es decir, se reconoce de manera oficial a una sociedad que no es homogénea y que permite la coexistencia de dos o más sistemas normativos. Este paralelismo de sistemas es lo que se ha dado por llamar ‘Pluralismo Jurídico’, conocido también como pluralismo legal, que no es más que una categoría sociológica y que nace en tanto que coexisten dos o más sistemas normativos dentro de un mismo espacio social. Esto implica que deberá dársele cabida a las instituciones y sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas para solventar sus propios conflictos”.

Omissis... Concluye Colmenares (2002), afirmando: “El Juez penal no indígena debe entender que las normas consuetudinarias son practicadas a conciencia por los indígenas y llegan a tener un carácter obligatorio entre ellos, justamente por la repetición de estos actos en el tiempo”.

El otro caso fue resuelto por la Sala Tercera, con ponencia de quien suscribe este trabajo. Tratándose de un indígena que en el mes de septiembre de 2004 invadió la hacienda “La Gran China” ubicada en las laderas de la Sierra de Perijá, Municipio Machiques del estado Zulia, por reclamo de sus tierras ancestrales pertenecientes a su comunidad, sometiendo por la fuerza a los propietarios (presunto robo agravado), el tribunal colegiado, en decisión interlocutoria dictada en fecha 14 de junio de 2005, declaró parcialmente con lugar el recurso de apelación del imputado, otorgando una medida cautelar sustitutiva de libertad a dicho indígena, sometiénolo a la custodia de miembros de su propia comunidad, como medida alterna menos gravosa al presunto imputado. No obstante, el hecho de no estar

aprobada para la fecha la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas que establecerá los parámetros sobre la jurisdicción especial indígena, impidió la aplicación de otros mecanismos alternos a la prosecución del proceso penal acusatorio.

Programas de formación sobre derecho indígena

El artículo 130 del proyecto LOPCI-2005 prevé la coordinación de programas o proyectos de capacitación y formación en el pluralismo legal, dirigidos a las autoridades legítimas indígenas y a los operadores de justicia, para facilitar la aplicación del Derecho Indígena y la coordinación con la Jurisdicción Ordinaria. Asimismo, el Estado se propone "... la enseñanza del Derecho y carreras afines, las instituciones educativas y de formación judicial, de conformidad con las normas aplicables, incorporarán materias referidas a la multiculturalidad, pluralismo legal y el Derecho Indígena". En este sentido, la Sección de Antropología Jurídica del Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia (LUZ), de la cual formo parte, ha desempeñado un papel importante en la consolidación del derecho consuetudinario indígena. El 16 y 17 de mayo de 1996, se celebró en la ciudad de Maracaibo el *Primer Seminario sobre Derecho Consuetudinario Wayuu*³⁹, organizado por nuestra sección; partiendo del análisis de los principios culturales, lingüísticos, ideológicos, filosóficos, religiosos, éticos y cosmogónicos que rigen el derecho consuetudinario *Wayuu*, relativos a la resolución de conflictos, el seminario se orientó hacia la necesidad de reflexionar y establecer criterios teóricos concretos que sirvieran de base para las reformas constitucionales y legales requeridas en el país.

Asimismo, en el mes de mayo de 2005, se organizó el Primer Seminario sobre Derecho Consuetudinario Indígena, con la modalidad de tener como conferencistas a dirigentes pertenecientes a los cinco pueblos indígenas del estado Zulia: *Añú, Barí, Japrería,*

³⁹ Este evento formó parte del proyecto de investigación No. 1939-95, intitulado "Aporte ideológico de la cultura *Wayuu* al Derecho Penal moderno", financiado por el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico de LUZ. Dicho Proyecto tuvo como objetivo principal, analizar el contenido ideológico y cultural de las normas de Derecho Consuetudinario *Wayuu* (Ley Guajira) relativas a la resolución de conflictos, que pudieran incidir positivamente en la justicia penal venezolana, estableciendo fórmulas que permitan la pacificación a nivel criminológico y que conllevaran formas de compensación y restitución frente a la víctima (indígena o no indígena), generando a su vez una resistencia a la violencia producida por la restricción de libertad impuesta por las instancias formales (tribunales).

Wayuu y *Yukpa*. El objetivo principal de este evento fue conocer las formas propias de resolución de conflictos de dichos pueblos y el control social punitivo aplicable a sus miembros. Los asistentes conocieron los parámetros que regirán los conflictos de competencias entre la jurisdicción especial y la nacional. Esta actividad permitió medir el grado de asimilación de algunas comunidades al sistema jurídico nacional. A dicho evento asistieron aproximadamente 200 dirigentes indígenas de toda la región zuliana.

La experiencia anterior puede aplicarse en otros espacios territoriales venezolanos con presencia de pueblos y comunidades indígenas (Amazonas, Apure, Bolívar, Delta Amacuro y otros), por lo que se presentaron dos proyectos a la Escuela Nacional de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia: un curso de capacitación dirigido a los operadores de justicia, incorporando materias referidas a la multiculturalidad, pluralismo legal y Derecho Indígena; el otro proyecto se trata de un seminario sobre proceso de compatibilidad de sistemas, a realizarse en las distintas regiones con grupos indígenas, en la cual participarán en forma directa los máximos dirigentes de nuestros pueblos originarios. De esta manera se podrá consolidar una justicia auténticamente participativa y pluralista en Venezuela.

Bibliografía

Alberto Binder. *Entre la democracia y la exclusión: la lucha por la legalidad en una sociedad desigual*. Ediciones INECIP, Argentina. 2001. En: www.derechoysociedad.org

Armellada, F. Cesáreo de. *Fuero indígena venezolano*. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1977.

Buoaventura De Sousa Santos. “Una concepción multicultural de los Derechos Humanos”. *Revista Memoria*. N° 101. México, 1997.

Vicente Cabedo Mallol. “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. En: <http://geocities.com/alertanet/F2b-Vcabedo.htm>

Cabedo Mallol, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*, Editorial de la UPV, Valencia, España, 2004.

.... “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. *Revista Iberoamericana de Autogestión y Acción*

Comunal, No. 35–36 y 37. Instituto Intercultural para la Autogestión y la Acción Comunal (INAUCO), Valencia, 2000.

.... “La jurisdicción especial indígena de Colombia y los derechos humanos”. En: <http://geocities.com/alertanet/F2b-Vcabedo.htm>

Colmenares Olívar, Ricardo. *Los derechos de los pueblos indígenas*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2001.

.... “Sistema de justicia penal formal y el derecho consuetudinario Wayuu”. *Revista Presencia Ecuémica*. N° 43. Caracas, Venezuela. Abril–julio. 1997.

Gabaldón Márquez, Joaquín. *Fuero indígena venezolano, Parte II*. Comisión Indigenista del Ministerio de Justicia. Caracas, 1954.

Peña Jumpa, Antonio. “Pluralismo jurídico en el Perú”. *Revista Deshaciendo Entuertos* No. 3. Lima, Perú, 1994.

Ramírez, Silvina. “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”. En “Justicia Penal y Comunidades Indígenas”. *Revista Pena y Estado* N° 4, Año 4. Editores del Puerto, S.R.L., Buenos Aires, 1999.

Sánchez Botero, Esther y Jaramillo Sierra, Isabel C. *La jurisdicción especial indígena*. Santa Fé de Bogotá, Colombia, Imprenta Nacional de Colombia, 2000.

Stavenhagen, Rodolfo. “Derecho consuetudinario indígena en América Latina”. En *Entre la ley y la costumbre, el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, publicado por el Instituto Indigenista Interamericano (III) y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), México 1990.

Raquel Yrigoyen Fajardo. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala, Fundación Myrna Mack, 1999.

Documentos

Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la situación de los Miskitos en Nicaragua, 1984.

Naciones Unidas. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Declaración y Programa de Acción de Viena. Junio de 1993.

Proyecto Político de la CONAIE. Quito, Ecuador, Consejo de Gobierno, 1994.

Leyes y proyectos

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 1999.

Código Orgánico Procesal Penal, 2001.

Ley de Demarcación y Garantía del Hábitat y Tierras de los Pueblos Indígenas, 2001.

Proyecto de Ley de Administración de Justicia de las Autoridades Indígenas, Ecuador.

Anteproyecto de Ley de Justicia de los Pueblos Indígenas y Comunidades Indígenas–Campesinas, Bolivia.

Proyecto de Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas “LOPCI”, Venezuela, 2005.

Ley Orgánica del Poder Público Municipal, 2005.

Anteproyecto de Reforma del Código Procesal Penal de la Provincia del Neuquén, en Argentina.

El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial*

*Rubén Chacón Castro***

Antecedentes

El origen de este texto y sus objetivos

Este documento surge como un aporte del autor dentro del Curso/Taller organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) denominado “*Ombudsman* y Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas”, que se celebró en San José de Costa Rica en el mes de agosto de 2005.

El IIDH solicitó la preparación de un documento sobre el estado del arte en el derecho consuetudinario en el caso de Costa Rica. Los únicos requerimientos que hacían se referían a que se evidenciaran los puntos de encuentro entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal, así como la referencia de las normas nacionales que establecían el reconocimiento de este sistema tradicional, y finalmente algunas referencia a cómo se valoraba el papel que el *Ombudsman* ha desarrollado y/o podría desarrollar en relación con la promoción del sistema jurídico indígena y su coordinación con el sistema jurídico nacional de su país.

Con la finalidad de presentar esta aproximación al tema, el autor ha recurrido a algunas experiencias que ha tenido en Costa Rica con relación a la organización indígena que se ha promovido para incentivar el derecho consuetudinario indígena, en función de las labores que realiza en este campo.

* Dedicatoria: A quienes hoy mantienen más fe que antes, aunque casi nunca tengan motivos para sostenerla. A los compañeros y compañeras indígenas que se mantienen en la lucha, y a los que la han dejado, y alguna vez aportaron. A mi esposa Zenobia, la única que siempre está ahí, digna y solidaria, por sus enseñanzas, por su diligencia.

** Abogado costarricense. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Coordinador del Programa de Asistencia Legal a comunidades indígenas y campesinas de la Iglesia Luterana Costarricense. Consultor y asesor legal de organizaciones indígenas nacionales y centroamericanas.

La “validación” de este documento en la actividad del IIDH

Los elementos esenciales de lo que se expone en este análisis no surgen necesariamente del texto que se presentó en el curso del IIDH, sino de la presentación que se dio la oportunidad de hacer para explicar a los asistentes los alcances de este trabajo. Para el autor, la posibilidad de “validar” (o someter al escrutinio rápido de los asistentes) este análisis frente a un auditorio de alta calidad –pues al curso asistieron verdaderos tratadistas del tema–, representó lo más importante del esfuerzo.

Las limitaciones esenciales se lograron visualizar efectivamente luego de esta presentación y contribuyeron para que se intentaran referencias más explícitas de algunos aspectos de la tarea asumida.

En primer lugar, los términos de la presentación realizada no se han modificado con relación a esta nueva versión, sino que el proceso de validación sirvió para enfatizar algunos temas y por supuesto aclarar otros.

La “ética” de la vinculación con las experiencias que surgen de los pueblos indígenas

Hay un tema ético muy importante que siempre hay que dilucidar tratándose de quienes trabajan con los denominados “sectores vulnerables” (respecto a esta terminología no se hacen comentarios, simplemente se aclara que se comparten las críticas que diversos sectores hacen acerca de la insuficiencia del término “vulnerabilidad” aquí usado). Se trata del asunto relativo al modo cómo los sectores académicos o técnicos en general se vinculan con los procesos de reivindicación de los derechos humanos. Ya se sabe que hay “expertos” que se dedican a dictar verdaderas cátedras acerca de la realidad de la afectación de los derechos en los diversos ámbitos de la cotidianidad, o bien, se imponen propuestas metodológicas que surgen de técnicos muy avezados en todo lo que se refiere al modo de adentrarse a la “verdadera resolución” de los problemas. De manera que sobre esto, en el caso particular, resulta de mucha importancia clarificar algunas ideas que ayuden a legitimar cuando menos las visiones del mundo que se proponen en este análisis.

La perspectiva que aquí se presenta acerca del modo cómo se visualizan algunas experiencias en el campo de lo que se puede denominar “sistema jurídico indígena” o experiencias de “derecho consuetudinario indígena”, o simplemente “justicia propia indígena” surgen de un trabajo de muchos años que el autor ha desarrollado en el campo de los derechos de los pueblos indígenas en general y no específicamente en esta temática.

A diferencia de muchas personas que en el ámbito regional interamericano desde hace bastantes años vienen trabajando con experiencias de derecho consuetudinario indígena, el autor de este ensayo sólo lo ha hecho esporádicamente dentro de los trabajos que sobre el derecho territorial de los pueblos indígenas desempeña desde hace más de 20 años. Y es que en los últimos tiempos este tema de la justicia propia indígena ha surgido como una constante en algunos ámbitos territoriales indígenas en Costa Rica. En efecto, el trabajo de asesoría jurídica que se da a algunas comunidades indígenas han traído aparejadas las experiencias de esta justicia ancestral, que inclusive han tenido como consecuencia la defensa en estrados judiciales constitucionales de las competencias de estas organizaciones indígenas, por medio de asesoría que ha realizado el “Programa de Asistencia Legal a comunidades indígenas y campesinas de la Iglesia Luterana Costarricense” (Programa Jurídico de la ILCO)¹, que se erige como la única entidad en Costa Rica que da apoyo en este sentido.

Debe aclararse que este trabajo se encara bajo tres perspectivas. En primer lugar en la visión de un investigador –académico universitario– de la realidad jurídica de los pueblos indígenas (en Costa Rica, más específicamente, pero que del mismo modo mantiene conocimiento de la realidad centroamericana en este campo), también como litigante en estrados administrativos y judiciales en procesos de defensa técnica de esta “institucionalidad indígena” frente a los embates del sistema jurídico dominante no indígena, y más propiamente como un colaborador de un movimiento indígena que por sí solo dirige y desarrolla experiencias en el campo de la justicia tradicional.

¹ Este Programa, que fuera seleccionado como un programa exitoso en el ámbito no gubernamental por parte de un estudio realizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en el año 1998 (Banco Interamericano de Desarrollo. 2000. pp. 65-67), en la práctica se ha regido por el respeto absoluto a la autodeterminación indígena y el acompañamiento solidario a estos pueblos sin un ánimo proselitista religioso.

Es esta última fisonomía la que resulta más concordante, pues describe un ánimo solidario que consiste en lograr estar cerca de la realidad indígena como producto de un trabajo responsable y comprometido, como colaborador específico, sin ansias dirigistas o imposiciones dogmáticas, sólo siendo parte de un proceso muy difícil que impulsan los pueblos indígenas. En esto último ha sido de gran influencia la concepción que durante muchos años ha llevado a cabo la entidad religiosa luterana en la que tiene su sede el Programa Jurídico de la ILCO, basada en el respeto absoluto a la historicidad de las concepciones indígenas. Del mismo modo, a la libertad académica universitaria en razón de que ésta posibilita un tratamiento de los temas del conocimiento jurídico bajo las directrices de la libertad de cátedra, y bajo el influjo de un compromiso de la educación estatal con la realidad nacional a la cual se debe.

Estas referencias son muy importantes para tratar de justificar que lo aquí consignado no es sólo la visión de un abogado no indígena que colabora con los procesos autonómicos de estos pueblos, sino el de un investigador que pretende explicar objetivamente la realidad actual de las experiencias de “justicia propia indígena”, pero teniendo como único parámetro lo que pasa en las comunidades, con todos sus errores y contradicciones.

De manera que se trata de una descripción de la situación, más que una valoración o una propuesta. Pese a que como se explicará luego, la reivindicación del sistema de justicia propio indígena pasa por la adecuación del modo de estructurar ese sistema autóctono a los requerimientos del ordenamiento jurídico imperante, que es el único que le da legitimidad. Y esto se dice, no porque en el caso particular de quien escribe así lo crea, sino porque la estructura imperante así lo ha establecido de diversas maneras². En Costa Rica, el sistema jurídico no acepta de manera amplia la institucionalidad indígena, o al menos no la supone como complementaria.

² Para que se aprecie el grado de subordinación con que la normativa nacional trata los derechos de los pueblos indígenas, téngase en cuenta lo que dice el Artículo 2 de la Ley N° 7316 de 1992, que aprobó el Convenio 169 de la OIT. Éste consignó expresamente que: “Lo dispuesto en el artículo 10 del Convenio que por esta ley se aprueba, se aplicará en concordancia con lo que estatuye el artículo 33 de la Constitución Política y la legislación penal costarricense”. Nótese cómo el sistema imperante supeditó un Convenio internacional, que en el ordenamiento costarricense tiene rango al menos superior a la ley, a lo contenido en la “legislación penal costarricense”.

La “realidad” de los pueblos indígenas en Costa Rica

En Costa Rica, se reconoce una población indígena de aproximadamente 63.876 personas (el 1.5% de la población total según el censo del año 2000). De los más de 5.210.000 hectáreas que abarca el territorio nacional, cerca de 350 mil (o sea, aproximadamente 7% del total de tierra) están determinadas como territorios indígenas.

Desde que en 1939 la Ley General de Terrenos Baldíos dispuso en su numeral 8 el derecho de las comunidades indígenas a los territorios que los asientan, se fundamentó un sistema jurídico de tutela territorial, que implicaba a su vez la de otros derechos, como el de la justicia propia.

En el año 1977 se emite la “Ley Indígena de Costa Rica” (Nº 6172) que hace una amplia regulación (aunque imprecisa o al menos no suficiente) de temas que abarcan la identidad, la organización y el territorio de los pueblos indígenas.

El Estado costarricense reconoce 24 territorios indígenas. Es por medio de Decretos administrativos con rango de ley (según el artículo 1 de la Ley Indígena de 1977) que se define la cabida de cada territorio. Se reconocen 8 culturas indígenas: *Huetar, Chorotega, Teribe, Brunka, Guaymí, Bribri, Cabécar y Maleku*.

Los territorios indígenas pertenecen colectivamente a las comunidades indígenas (que es la persona jurídica que representa a los pueblos indígenas), y estas áreas de acuerdo a la reglamentación administrativa se ordenan por medio de disposiciones que delimitan –en su mayoría– bajo coordenadas geográficas estas tierras.

En cuanto a la organización de la “Comunidades Indígenas”, éstas se expresan jurídicamente a través de la figura de las Asociaciones de Desarrollo Integral Indígenas (creada por una disposición administrativa), que es una estructura impuesta por el sistema, pese a que la ley indígena posibilita que los pueblos indígenas se organicen en sus estructuras comunitarias tradicionales (artículo 4 de la Ley Nº 6172 de 1977). Es decir, la ley de Costa Rica posibilita desde fines de la década de los setenta del siglo XX, que las comunidades indígenas sigan un sistema de organización propio.

Los problemas principales que aquejan a los pueblos y sus territorios, son la pérdida acelerada de sus tierras y de sus recursos

naturales a manos de intereses no indígenas –especialmente sectores ganaderos y madereros así como los ligados a negocios con transnacionales–. Pero también se presentan algunas confrontaciones entre los valores que fomenta el modelo educativo impuesto, con las tradiciones indígenas. La negativa a considerar plenamente la posibilidad de reivindicar en los territorios indígenas por parte de las personas miembros de estas colectividades la justicia propia, es un signo de la supeditación que marca la cultura dominante.

Ha habido una pérdida acelerada de los principales rasgos culturales en muchas de las comunidades que históricamente se han mantenido más alejadas de la cotidianeidad de la sociedad dominante, a causa de los impactos integracionistas que fomentan los modelos económicos neoliberales que han sido impuestos por las agencias financieras internacionales a partir de los años ochenta del siglo XX en la mayoría de los países de América latina.

No obstante todo lo anterior, no puede negarse que constantemente hay esfuerzos de revitalización cultural, especialmente a cargo de personas mayores de las comunidades indígenas, siendo una de estas expresiones el impulso del sistema de justicia propia, el cual pese a los obstáculos que se refieren, es manifiesto abiertamente en algunos territorios indígenas, pero se cree que, aunque oculto, se mantiene vigente en una gran mayoría de las tierras ancestrales.

El sistema jurídico indígena

La necesidad (no resuelta) de clarificar conceptualmente

Para tratar un tema como éste, vale abundar en el planteamiento teórico del mismo, por la necesidad de rigurosidad conceptual que es necesario en toda argumentación que aspira al menos a ser razonable, y en este sentido es necesario aclarar el sentido de las ideas que envuelven los términos “*sistema jurídico indígena*”, “*derecho consuetudinario indígena*” o “*justicia propia indígena*”.

Además de las acepciones dichas, también se ha referido el concepto de “costumbre jurídica o legal”, o “sistema jurídico alternativo” (Stavenhagen. 1990: 29). En todos de los casos –o la mayoría– se trata de un conjunto más o menos organizado de prácticas sociales históricas (de profundo contenido ideológico propio de determinada cultura indígena) que amoldadas a

circunstancias coyunturales sirven de amparo a una organización social indígena que considera ciertos elementos para exigir internamente el cumplimiento de lo que se podría llamar una especie de “derecho indígena propio”. Esto es impulsado dentro de la comunidad indígena por personas de la comunidad que estén legitimadas para ello.

Esta referencia incorpora términos e ideas que tienen que ver con el hecho de que para que exista un sistema jurídico indígena, deben darse los supuestos propios de cualquier sistema jurídico, que deben ser delineados con el fin de legitimarlos para ser aplicados. Esto es lo que ha provocado que pese a la existencia de verdaderas estructuras ancestrales de justicia indígena, en muchos ordenamientos no se admitan, pues hay una carencia de legitimidad que les de soporte (entendiendo que la “legitimidad” es concedida por el propio sistema dominante).

El modo de concebir cómo entender qué es el “Derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia”

De manera que para no entrar en reparos acerca de los alcances y limitaciones de cada expresión, en este caso el análisis opta por utilizar un parámetro normativo, el que señala el único instrumento internacional que tutela los derechos indígenas en este momento: el “Convenio Internacional Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” –conocido como Convenio 169 de la OIT–.

El citado Convenio Internacional reivindica el concepto de “derecho consuetudinario indígena”. Y entiende el mismo como el que se expresa en los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propias de estos pueblos (Artículo 5.a, Convenio 169, OIT).

Como se infiere, éste no define lo que es el “derecho consuetudinario indígena”, sin embargo refiere que cuando a los pueblos indígenas se les aplique la legislación nacional hay obligación de tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario (Artículo 8.1, Convenio 169, OIT), aunque el derecho indígena nunca debe ser incompatible con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional (Artículo 8.2 del citado Convenio).

Como el Convenio 169 de la OIT no define la idea de “derecho consuetudinario indígena”, corresponde delinear algunas ideas para asentar el modo de concebirlo en este trabajo. Para ello se parte de algo que se ha planteado antes, partir de la idea de que el “derecho consuetudinario indígena”, es la expresión de un “sistema jurídico indígena”.

Se ha dicho (Friedman) que los tres elementos que caracterizan un sistema jurídico son: Una forma que lo defina o lo diferencia de otros, unas normas jurídicas, y fundamentalmente una serie de valores que forman una cultura jurídica (Peñuelas. 1996: 27). Coincidiendo con estas caracterizaciones, también se a dicho que: “... Costa Rica ha tenido diversos sistemas de Estado y de Derecho. Aunque a veces el énfasis que en las universidades se da al derecho de hoy hace que se desdibujen y se olviden los perfiles del de ayer (...) es posible darse cuenta de que no hay un solo sistema jurídico en Costa Rica, sino que al lado del derecho que se conoce como nacional existen diversos ordenamientos normativos indígenas...” (Sáenz. 2004: xv). Partiendo de estas ideas, es posible establecer que algunos de los más importantes elementos que pueden caracterizar el sistema normativo indígena, son:

- El que se identifique que hay un “sistema jurídico” indígena, cuando hay una manera (forma) de impartir justicia entre los miembros de una comunidad indígena –y como tal se diferencia del sistema dominante no indígena–.
- El que se entiende como “norma”, en este ámbito, las que surgen de las relaciones históricas que han conformado lo que es en determinado momento su identidad –conformada por valores que en su afán de preservación forman una cultura jurídica–.
- El comprender que la noción de norma jurídica es muy amplia y poco formal, ya que basta con que se conciba una obligatoriedad de cumplirla, para legitimar su juridicidad –se trata de conceptos, creencias y normas que en la cultura propia de una comunidad señalan o definen acciones perjudiciales o delictuosas–.
- El que el conocimiento de las normas constituye un saber popular y de experiencia, y las mismas (lo mismo que las prácticas) deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad –socialmente aceptadas, respetadas y cumplidas–.
- El que en general en las comunidades indígenas se reconoce una pluralidad de ordenamientos, con un importante grado de

diversificación, pues se trata de ordenamientos de naturaleza total o parcialmente consuetudinaria, cuyas normas se transmiten oralmente y cuyas modificaciones por lo general son fruto de una evolución y no de actos determinados de autoridades creadoras del derecho.

- El que los procedimientos son de naturaleza oral, sencillos y flexibles y en ellos tienen gran importancia las pruebas testimoniales y la participación de la comunidad.
- El que con un afán de definir cómo y ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación, se consagran formas colegiadas de autoridad.
- El que se recurra en ciertos casos a los principios democráticos para estructurar las formas colegiadas de autoridad, pero en ciertas circunstancias rompiendo ese parámetro para incorporar sectores de la colectividad que se cree fundamental que participen –como grupos de mayores, médicos tradicionales, entre otros– siendo que esta legitimidad democrática se legitima en la cohesión comunal –sostenida por los sistemas propios de parentesco y organización familiar–.
- El que persista en estos pueblos un importante espíritu de comunidad, que en algunas comunidades se manifiesta en formas colectivas de trabajo o de propiedad.
- El que se mantenga, en cuanto al régimen de sanciones para las acciones delictuosas o perjudiciales un carácter eminentemente reparador, más que sancionador, y haya una reflexión colectiva acerca de cómo deben aplicarse estas sanciones y quién debe aplicarlas.
- El que los procedimientos y el régimen de sanciones deban haberse practicado por generaciones.
- El que para fundamentar la reivindicación de este “derecho consuetudinario indígena” se recurra a lo que establece el Convenio 169 de la OIT y las diversas normas secundarias existentes.
- El que se acepte que las experiencias que se han estructurado en ciertos territorios indígenas donde se conservan más arraigados los rasgos culturales; éstas se manifiestan a través de los denominados “Tribunales de Derecho Consuetudinario”. (Chacón: 2002, Colmenares: 2002, y Sáenz: 2004, pp. 49-53).

Partiendo de estas ideas, el sistema normativo indígena se caracteriza por lo siguiente:

- a) La existencia de una manera de impartir justicia entre los miembros de una comunidad indígena diferente a la del sistema dominante no indígena.
- b) La “norma” que determina el derecho (y que se basa en una concepción muy amplia y poco formal) es expresión de la “identidad indígena” y surge de relaciones históricas que la han conformado.
- c) El comprender que su noción de norma jurídica es muy amplia y poco formal, pero se acepta como obligatoria y esto es lo que la hace legítima.
- d) Generalmente se reconoce una pluralidad de ordenamientos, muy diversificados.
- e) Los procedimientos que lo caracterizan son generalmente orales, sencillos y flexibles, y son dirigidos por un ente colectivo.
- f) El que se mantenga, en cuanto al régimen de sanciones un carácter eminentemente reparador más que sancionador.

En base a esos principios, sería posible decir que una manera correcta de acercarse a la definición del derecho consuetudinario indígena, entendido éste como un “sistema indígena”, sería la de concebirlo como: “... los conceptos, creencias y normas que en la cultura propia de una comunidad señalan o definen acciones perjudiciales o delictuosas; cómo y ante quién debe el perjudicado buscar satisfacción o reparación; las sanciones para estas acciones delictuosas o perjudiciales; cómo deben aplicarse estas sanciones y quién debe aplicarlas (incluyendo como elementos adicionales), que estas normas y prácticas deben ser ampliamente reconocidas como obligatorias por la comunidad en cuestión –esto es, que sean socialmente aceptadas, respetadas y cumplidas– y luego, que deben haber sido practicadas por generaciones ...”. (Sieder. 1996:27).

Bajo esas premisas se debe entender que el “Derecho de los Pueblos Indígenas a darse su propia justicia” es el “derecho consuetudinario indígena”, y éste a su vez es una modalidad de lo que debe entenderse como un “sistema jurídico indígena” –que tiene una forma que lo define, unas normas jurídicas y valores que lo determinan como una “cultura jurídica” (como ya se dijo atrás)–.

Cuando se habla del derecho de los pueblos indígenas a organizarse, se parte de la preexistencia de una forma que ampara ese derecho³.

Del mismo modo es innegable que uno de los elementos que diferencia a los pueblos indígenas en el mundo contemporáneo son sus particulares valores⁴ que determinan todos los estratos de su vida, y dentro de éstos, por supuesto, lo que se puede llamar su “cultura jurídica” (su acatamiento, más o menos general, a regulaciones que se han mantenido ancestralmente).

Pero es en lo referente al modo de entender la existencia de “normas jurídicas” lo que puede desdibujar la idea de que los pueblos indígenas conviven en medio de un sistema jurídico propio (por supuesto atendiendo la definición que se ha expuesto aquí).

A este respecto, se parte de que lo referido con las “normas jurídicas”, concierne a una expresión de una institucionalidad que casi siempre se relaciona con un aparato formal que emita tales disposiciones (como sería el caso de un cuerpo legislativo, electo democráticamente y sentado bajo ciertos dogmas que enmarca una Constitución Política). Sin embargo, al reivindicar el propio Convenio 169 de la OIT el “derecho consuetudinario”, está concibiendo la posibilidad de “normas jurídicas” (es decir, regulaciones con trascendencia normativa) sin la existencia de esos antecedentes formales, pero amparados a una historicidad de tales regulaciones: “basta con que se conciba una obligatoriedad de cumplirla, para legitimar su juridicidad”.

Queda claro sin embargo, que no siempre estas características se muestran plenamente, pues en general –ya no sólo en la cotidianidad de los pueblos indígena– un sistema jurídico se evidencia pese a que esas tres cualidades que lo delinear, no estén bien enfatizadas. Porque como se sostuvo, no existe un “sistema jurídico” perfecto que

³ Esa “forma” es reconocida en el sistema jurídico costarricense en el artículo 4 de la Ley Indígena de Costa Rica, cuando refiere que “Las Reservas (sic) serán regidas por los indígenas en sus estructuras comunitarias tradicionales...”.

⁴ El Convenio 169 de la OIT en su numeral 1, cuando define quiénes son indígenas, enfatiza como elemento característico la “identidad”, que no es otra cosa que la expresión histórica de un cúmulo de valores. Dice el citado precepto convencional, en lo que interesa: “... Artículo 1.2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

presuponga estrictamente la existencia de una forma, de unas normas, y de unos valores.

Cómo funcionan en Costa Rica, las experiencias que se pueden documentar de estructuras indígenas de justicia propia

Las experiencias de estructuras indígenas de justicia propia

Pese a que en el sistema costarricense rige el Convenio 169 de la OIT desde el año 1992, conforme se sostiene en el aparte conclusivo de este análisis, no puede decirse que hay un reconocimiento amplio del derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia. En muchos territorios indígenas esta forma de justicia ancestral es una realidad y lo único que diferencia a unas de otras es el grado de “exterioridad” de ciertos casos, pues en algunos de éstos se han presentado reclamos en la jurisdicción constitucional por parte de sectores que se han considerado afectados con las resoluciones de estos entes. Sobre esto se vuelve en el apartado IV (Punto 1.2.1., 1.2.2.).

Este estudio ha tenido en cuenta diversas experiencias que ya se han recontado en otro análisis (Chacón: 2000), y que de algún modo dan las pautas de lo que se podría considerar el tipo de experiencias de derecho consuetudinario indígena que rigen en el sistema costarricense. Es posible explicar el modo como se presentan las diversas variantes en la aplicación del derecho propio de los pueblos indígenas. En Costa Rica existen diversas expresiones que se identifican como figuras cotidianas de organización para fines de “impartir justicia propia”. El modo como trabajan y se organizan las estructuras indígenas varían según la zona, la autoconciencia de identidad indígena, y hasta la asesoría técnica que pudieran recibir.

Por ejemplo en los territorios de Talamanca Bribri (localizados en la ladera caribeña de la Cordillera de Talamanca), estos esfuerzos se emprenden especialmente por medio de “Juntas Vecinales”, aunque también hay creados “Tribunales de Derecho Consuetudinario”, que también funcionan como tales en Cabagra y una parte de Conte Burica. En lugares como Alto Chirripó, es la Asociación de Desarrollo Integral la que cumple estas funciones, pero la misma estructura legítima comités para situaciones específicas. En términos generales en aquellos territorios donde no se organizan expresamente instancias para la resolución de asuntos, la Asociación

de Desarrollo Integral Indígena (*Vid. supra* I.4) es la que ha asumido esos roles.

En Costa Rica, estas experiencias se dirigen a dos acciones fundamentales: resolver problemas que se presentan entre personas indígenas de un mismo territorio, y documentar casos de usurpación de las propias tierras, generalmente por parte de personas no indígenas.

Así, el modo como se expresan estas experiencias es variado y a su vez evidencian las características que se han referido del derecho consuetudinario.

i) La existencia de una manera de impartir justicia entre los miembros de una comunidad indígena diferente a la del sistema dominante no indígena

Pese a que algunos sectores de las poblaciones indígenas recurren con alguna frecuencia a las instancias jurisdiccionales del sistema no indígena, la existencia en los territorios indígenas de entidades que se abocan a impartir justicia entre los miembros de las comunidades, cada vez se visualiza más. Por ejemplo, una resolución del Juzgado Contravencional de Buenos Aires de Puntarenas del Poder Judicial de la República (que cubre la jurisdicción de “delitos menores” de los territorios indígenas localizados en el Cantón de Buenos Aires de Puntarenas), determinó en un auto que regulaba una audiencia oral y pública entre dos personas indígenas, la aceptación a que el Tribunal de Derecho Consuetudinario de Cabagra resolviera un asunto puesto a su conocimiento. El acta levantada en el proceso, así lo refiere: “Se le concede la palabra al ofendido (...) –y refiere– que asistirá a la asociación (sic) respectiva para darle solución al problema (...) Se le concede la palabra al denunciado quien manifiesta que acata (e) lo resuelto por el Tribunal de Derecho Consuetudinario de Cabagra (...). El suscrito juez (...) procede a homologarlo (el acuerdo entre las partes). Juzgado Contravencional de Buenos Aires de Puntarenas. 14:30 horas del 24 de septiembre del 2001. Acta de Audiencia Oral y Pública. Pastora Morales Sarmiento contra Hilario Ortiz Ortiz”.

ii) La “norma” que determina el derecho (que se basa en una concepción muy amplia y poco formal) es expresión de la “identidad indígena” y surge de relaciones históricas que la han conformado

Aparte de los casos en que se recurre a normas tradicionales para resolver conflictos entre personas indígenas, los estudios elaborados (Chacón: 2002) determinan que en términos generales es la “norma

jurídica” (no indígena) el motivo para la reivindicación de los derechos. En efecto, un número importante de asuntos que se tratan en comunidades como Salitre, Talamanca Bribri y Cabagra se refieren a situaciones en las cuales la instancia interna indígena defiende derechos de propiedad de la comunidad frente a actos ilegítimos de personas indígenas o no indígenas, basándose en lo que refiere la normativa nacional (especialmente la Ley Indígena). Y esto se hace por medio de resoluciones escritas que luego son presentadas como prueba ante las autoridades jurisdiccionales no indígenas, en caso de que la persona perjudicada con esa resolución de la instancia indígena acuda a esas vías en reclamo de sus derechos.

No obstante ello, se supone que las resoluciones no escritas son una mayoría en los casos en que se ventilan tradiciones ancestrales. Sobre esto, en realidad no existen muchos estudios de carácter jurídico, pero ya se han comenzado a delinear (por ejemplo Sáenz: 2004).

iii) El comprender que su noción de norma jurídica es muy amplia y poco formal, pero se acepta como obligatoria y esto la hace legítima

La existencia misma de organizaciones indígenas que dentro de los territorios desarrollan la justicia propia, es una evidencia de la vigencia del derecho indígena en estas jurisdicciones. Si se toma en cuenta que en un país tan pequeño como lo es Costa Rica hay una presencia de la “oficialidad” casi general, el hecho de que estas instancias autóctonas mantengan vigencia, es evidencia de la aceptación histórica del derecho propio.

iv) Generalmente se reconoce una pluralidad de ordenamientos, muy diversificados

Ya se ha mencionado, que aunque parte de las labores que estas instancias indígenas han llevado a cabo tienen que ver con la defensa de los derechos territoriales (generalmente amparados a lo que estatuye la normativa estatal), también se ha referido que múltiples situaciones que se juzgan están relacionadas más bien con formas de concebir la justicia desde el punto de vista tradicional, siendo el tema del derecho sucesorio y algunos aspectos del derecho de familia, los más característicos.

Pese a que aún no se ha documentado lo suficiente como para sostener la existencia de esta pluralidad de ordenamientos en las comunidades indígenas como una característica, sí se sabe que hay una manera específica. Por ejemplo, los *Cabécares* de Chirripó

deciden la administración de la tierra en comparación con los *Cabécares* de Talamanca. Y del mismo modo se conoce como los *Bribris* de la ladera pacífica de Talamanca siguen patrones culturales idénticos a los que viven en la ladera caribeña (aunque debe advertirse que aquellos son descendientes directos de éstos y su ubicación geográfica se debe a migraciones realizadas hace casi dos siglos).

v) Los procedimientos que lo caracterizan son generalmente orales, sencillos y flexibles, y son dirigidos por un ente colectivo

Tal y como se ha recontado, lo anterior es cierto para el caso de asuntos relacionados con tradiciones y costumbres muy relacionadas con la cotidianeidad de la convivencia en las comunidades indígenas. En términos generales, ésta ha sido la manera ordinaria de resolución de conflictos entre los pueblos indígenas.

No obstante lo dicho, hay una parte fundamental del trabajo que realizan algunos de estos entes comunales, que están relacionados con procedimientos escritos. Esto surge por la necesidad que hay de demostrar en estrados judiciales del sistema dominante, ciertos actos que tienen trascendencias constitucionales.

Es el caso de las resoluciones de asuntos concernientes con el derecho a la tierra, por ser éste un derecho fundamental. Cualquier persona tiene derecho de reclamar en la vía constitucional la amenaza al mismo (en vista de una amplia legitimación que esta jurisdicción ofrece en el sistema costarricense). En virtud de ello, las instancias indígenas se han concientizado de la necesidad de llevar a cabo procesos escritos con tal de asegurar que en caso de que haya impugnaciones en aquella sede, se pueda demostrar el cumplimiento por parte de las instancias comunales, de los principios constitucionales, como es el del debido proceso.

El reconocimiento limitado que el sistema costarricense hace del derecho consuetudinario indígena, ha obligado a estas entidades comunales a levantar informaciones escritas especialmente de asuntos de trascendencia territorial.

vi) El que se mantenga, en cuanto al régimen de sanciones un carácter eminentemente reparador, más que sancionador

Ésta sí es una característica fundamental de las diversas resoluciones a que se ha tenido acceso (Chacón: 2002.) ya que

cuando ha sido una persona indígena la que ha resultado cuestionada en su proceder, en la generalidad de los casos se plantea contra esta un tipo de recriminación que sólo persigue el que se repare la afectación acusada, y no la sanción como tal.

En conclusión, aunque de esto hay que reconocer que no es posible afirmarlo categóricamente –y es necesario que se documente aún más–, en las diversas instancias comunales existentes, por el tipo de funciones que vienen desarrollando los órganos de justicia propia en las diferentes zonas del país, en términos generales puede concluirse que respecto a la justicia propia indígena, la práctica demuestra dos modalidades básicas (aunque en algunos casos, estos entes sólo cumplen una de éstas):

- a) *La función de instruir casos para acusar violaciones a los derechos indígenas (especialmente en el caso de los derechos territoriales):*

Se trata de labores de defensa de los derechos indígenas utilizando la propia organización indígena.

Principalmente se refiere a temas de defensa territorial, pero podría tratarse de casos de reivindicación cultural o de lucha contra la discriminación, o de exigencias para realizar procesos de consulta o reclamos en temas de salud comunitaria o de educación.

Estas labores las pueden ejercer comités indígenas de defensa de los derechos o incluso el propio Tribunal de Derecho Consuetudinario, y éstos en la instrucción del caso que se analiza, incluso emite resoluciones que afectan a personas no indígenas.

Cuando personas no indígenas se consideran afectadas por las acciones de los entes indígenas, éstas objetan las decisiones aprovechando el sistema de legitimación amplia que existen en Costa Rica para el reclamo en la sede constitucional. De manera que el expediente elaborado por el órgano comunal sirve de “prueba” de que en el curso de los procedimientos que culminó con la resolución que afectó al no indígena no se afectaron derechos constitucionales (como el derecho al debido proceso, o el derecho de propiedad).

En esta particularidad los actos del Tribunal indígena son también acciones de instrucción para documentar casos de afectación a los derechos indígenas (usurpación de tierras, por ejemplo) y así traer a un expediente pruebas de la violación a los derechos, que luego

sirvan para sostener reclamos reivindicatorios en la vía judicial civil, agraria o penal.

b) La función de conocer casos que se susciten entre indígenas:

También es una labor de defensa de los derechos indígenas, especialmente para tratar de reivindicar el respeto por las tradiciones y la cultura, pero del mismo modo surge para crear condiciones de defensa de derechos territoriales (ya no por causa de amenazas externas, sino por irrespetos que protagonizan personas indígenas entre sí). Es el típico caso de competencias de un Tribunal de Derecho Consuetudinario.

Debe decirse que en un sistema constitucional como el costarricense, donde la concepción liberal es el punto de partida de la tutela de los derechos fundamentales, los procesos tradicionales contra personas indígenas resultan dificultosos y hasta arriesgados, por la posibilidad de que tales actos afecten los derechos individuales de las personas indígenas. No obstante, desde 1989 en que comenzó la jurisdicción constitucional en este país, no se han reportado muchos casos en los cuales se deslegitime una resolución de un ente comunal indígena por dicha causa, pero esta posibilidad siempre ha sido una amenaza para el desarrollo pleno de las instancias ancestrales.

Se puede notar que hay una interrelación entre las labores de defensa de los derechos por agresiones provenientes de sectores no indígenas (a veces, pero no siempre del exterior), y las que realiza el ente encargado de la resolución de casos entre indígenas. En ambos, el ente legitimador central es la “comunidad indígena”, y los instrumentos que posibilitan la acción de defensa y control, son los órganos indígenas (Tribunal, promotores, asesoría legal)

La aplicación de los principios del debido proceso y la instauración de procesos escritos

Desde siempre, la organización indígena que ha estado encargada del tema de la justicia propia ha desarrollado sus procedimientos de manera oral. Ello resulta no sólo lógico sino que además muy propicio, pues las personas que están sujetas a estos procesos son parte de la cotidianidad histórica de una comunidad en la cual las relaciones de clan o de parentesco, así como el idioma –cuando éste ha perdurado– son básicos para definir las situaciones que se juzgan.

Desde que en el sistema costarricense se instauró la jurisdicción constitucional, que se ha caracterizado por ser un sistema muy abierto de “amplia legitimación”, algunas experiencias de las instancias indígenas comunales comenzaron a ser amenazadas. Por ejemplo, se llevaron a cabo procesos de desafiliación de indígenas de las Asociaciones de Desarrollo (basados en criterios tradicionales de forma oral) y su consecuencia fue la anulación de tales decisiones comunales por violentar el principio del debido proceso.

Es decir, pese a que la comunidad decidía, basada en sus propias normas, que un miembro de la comunidad debía ser expulsado de la Asociación de Desarrollo, la justicia constitucional lo impedía.

Esta situación llevó a plantear la necesidad de instaurar procedimientos escritos que aseguraran a la vez la comprobación en un expediente del cumplimiento de los requisitos del debido proceso⁵.

El trabajo de “conversión” de la instancia oral en una escrita, pese a que representa una afectación al modo como históricamente se concibió la justicia indígena (y como aún hoy se practica en muchas instancias y ámbitos), se basó en el principio de que el único espacio donde se podía cuestionar la constitucionalidad de las actuaciones de los entes indígenas, era el de la forma de sus decisiones, y por ello había que elaborar documentos que demostraran que los actos de justicia ancestral no afectaban el derecho al debido proceso.

De manera que se parte que el control de constitucionalidad de las competencias de los órganos indígenas de justicia propia sólo cabe para advertir violación al derecho fundamental del “debido proceso”, pues en lo que concierne al fondo, el juez constitucional no tiene facultades ni conocimiento para sustituir la voluntad indígena (en virtud del derecho que el sistema le reconoce a los pueblos indígenas de desarrollarse plenamente, con base en lo que dispone el Convenio 169 de la OIT).

⁵ No se tiene claridad del momento en que esta situación comienza a hacerse urgente, sin embargo el Programa de Asistencia Legal a comunidades indígenas y campesinas de la Iglesia Luterana Costarricense (ILCO) comenzó desde aproximadamente 1998, un proyecto para posibilitar que las diversas expresiones indígenas que trabajaban con el tema de la justicia propia, asumieran mecanismos escritos, con el fin de levantar expedientes donde se hicieran constar todos los procesos que se activaban. En tal sentido se ha trabajado con las comunidades de Cabagra, Salitre, Talamanca Bribri y Conte Burica.

Ésta es entonces una variación a las tipologías apuntadas –que reivindicaban la oralidad–, respecto a las características de los sistemas de justicia propia indígena e implica una apropiación de los formalismos que el ordenamiento impulsa, como forma para adecuar el sistema indígena a las imposiciones del régimen dominante, con tal de que la institucionalidad indígena prosiga.

Disposiciones normativas del sistema que legitiman la justicia propia indígena

Procurada la claridad en los antecedentes que explican cómo se caracteriza el derecho de los pueblos indígenas a darse una justicia propia, y los elementos que integran ese derecho consuetudinario como un sistema jurídico, se procede de manera muy somera a desarrollar un comentario acerca del sistema jurídico indígena en Costa Rica.

Se plantea en primer lugar una referencia de las disposiciones normativas relacionadas con el reconocimiento y coordinación del sistema jurídico indígena a nivel nacional. Luego se recuentan elementos para comprobar la articulación entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal. Finalmente se analiza el modo como la Defensoría de los Habitantes de la República de Costa Rica ha reivindicado el reconocimiento del sistema jurídico indígena.

Disposiciones normativas a nivel nacional para el reconocimiento y coordinación del sistema jurídico indígena

Los antecedentes normativos que lo fundamentan

El derecho de los pueblos indígenas a darse su propia justicia, desde el punto de vista del reconocimiento del sistema dominante, encuentra su fundamento más remoto –como también sucede en el caso de los fundamentos del derecho territorial indígena– en la propia legislación colonial. Un Decreto Real de 1815 refiere el mandato de reestablecer los cacicazgos “... y justicias de indios que se extinguieron de echo (sic)...” (Archivo Nacional). En la era republicana, el Decreto Ley N° 21 de 1867, que se emite en la coyuntura en la cual el Estado trató de consolidar su posesión del territorio talamancaño y que ascendió al rango de “jefes políticos”, a los denominados caciques de Talamanca, dispuso en el artículo 3, que éstos “...gobernarán y administrarán justicia conforme a sus

costumbres, con sumisión a las disposiciones del Gobierno...” (Guevara & Chacón. 1992:66-67). Luego se puede citar como apoyo al reconocimiento de este derecho la propia Ley Indígena (N° 6172 de 1977) que en su artículo 4, determina el derecho de los indígenas a organizarse en “sus estructuras comunitarias tradicionales”, con lo que se infiere que esa organización propia deriva en la posibilidad real de desarrollar un sistema jurídico también autóctono. El Convenio 169 de la OIT (Ley N° 7316 de 1992), asegura en su letra el derecho de estos pueblos a reivindicar su justicia propia, conforme lo establece el numeral 8.1. que dice que al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas se deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

Se sabe que estas manifestaciones jurídicas no son otra cosa que el reconocimiento de la innegable realidad que desde tiempos inmemoriales los pueblos indígenas practican su justicia propia (Chacón. 2002). En todo caso, factores como el control político y la imposición de patrones culturales no indígenas han impedido que el derecho consuetudinario se practique abiertamente.

Ha habido, especialmente a partir de los últimos años del siglo XX y los primeros de éste, una reacción adversa por parte de ciertos sectores muy relacionados con intereses ajenos a los territorios indígenas, en contra de las manifestaciones del derecho consuetudinario.

La aplicación del derecho en estrados judiciales

Deben de dividirse las referencias que el sistema judicial ha venido haciendo en torno al tema de la justicia propia indígena, en dos líneas: los fallos que reivindican las prácticas culturales indígenas, y los fallos que sirven de apoyo para promover el desarrollo de una justicia propia.

Esas dos modalidades surgen en un caso, de las prácticas culturales que son sometidas al escrutinio del sistema judicial dominante, y en otro, de los fallos que las estructuras de decisión comunal han emitido, que provocan inconformidades.

En ambas situaciones los órganos de justicia institucional han avalado de manera realmente tímida la práctica cultural indígena y la gestión de los entes indígenas.

1. Fallos Judiciales que reivindican las prácticas culturales indígenas:

En este caso se cita un fallo del año 1990, cuando el Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón en sentencia N° 19-90 de 16 horas del 6 de Febrero de 1990 declaró que el tipo delictivo de estupro no se configuraba en el caso de una relación de convivencia que sostenían entre sí una pareja de indígenas *Ngobes* (o *guaymís*), pese a que ella era menor de edad, en razón de que esa práctica era socialmente aceptada por la comunidad indígena.

En este caso, el fallo judicial se conforma en un apoyo para crear una jurisprudencia sobre el tema y en tal sentido se reconozca esta conducta como no contraria al ordenamiento jurídico. Pero del mismo modo se podría decir que se trata de una variante en la aplicación de la ley, que a través de una resolución judicial, integra el sistema normativo indígena al dominante.

2. Fallos Judiciales que sirven de apoyo al desarrollo de la justicia propia:

Quizá en orden cronológico –pero también jerárquico–, hay que citar en primer lugar la sentencia N° 3003-92 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992 de la Sala Constitucional, que en fallo que analizó la pertinencia constitucional del Convenio 169 de la OIT, reconoció que la legislación penal no contemplaba la posibilidad de dar valor al sistema tradicional de justicia interna indígena por ello estos pueblos “... aspiran a que se les permita celebrar sus propios juicios y a que la legislación no les imponga un doble castigo por el mismo hecho; el de su comunidad y el de la justicia común ...”.

Otras resoluciones de este Tribunal Constitucional, han ratificado los derechos de estos pueblos por reivindicar su propia jurisdicción tradicional. Así, el Voto 1786-93 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 ha sostenido en su considerando II que “... nuestra Constitución Política debe interpretarse y aplicarse de forma que permita y facilite la vida y desarrollo independientes de las minorías étnicas que habitan en Costa Rica...”.

Esta perspectiva ha sido entendida así por los juzgadores que tratan materia común. Por ejemplo, en materia agraria se hace mención a un fallo del Juzgado Agrario de Limón emitida en 1993 por el entonces Juez Danilo Chaverri que reivindica esa posibilidad. Otros fallos judiciales han reivindicado la necesidad de tomar en

cuenta las tradiciones ancestrales, como el caso en que el Tribunal Superior Agrario, en resolución N° 429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997 dispuso que de alcanzarse una solución de un asunto por parte de los entes comunales indígenas en caso de irrespetarse “... los Tribunales Agrarios en última instancia deberán restablecer los derechos que correspondan, a fin de brindar a la Comunidad Indígena, una tutela adecuada a sus formas culturales...”.

La Sala Constitucional también ha reiterado en el Considerando II del Voto 1867-95 de las 16:50 horas del 5 de abril de 1995, que el Convenio 169 de la OIT “... obliga a reconocer validez a las instituciones jurídico-materiales y procesales de cada comunidad indígena, y por ende también a los órganos de su ejecución o aplicación, sin más salvedad que el necesario respeto a los derechos fundamentales...”.

Ha habido una tendencia en los últimos años, por parte del Tribunal Constitucional de no acceder a revisar objeciones a la actuación de los entes indígenas que impulsan el derecho consuetudinario, por considerar que los reclamos contra éstos no envuelven violaciones a los derechos fundamentales.

En Costa Rica, la jurisdicción constitucional posibilita activar reclamos en esta sede inclusive contra sujetos de derecho privado; sin embargo para posibilitar este reclamo contra un particular se requiere que tal persona esté en una posición de poder que impida al reclamante ampararse a otros remedios jurisdiccionales.

La Sala Constitucional, en el Considerando Único del Voto N°-06345-03 de las 8:50 horas del 4 de julio del 2003, en un recurso de amparo interpuesto por persona no indígena contra acciones llevadas a cabo por el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra dijo que en estos casos un supuesto afectado por actos del tribunal indígena puede recurrir si lo desea, a plantear las denuncias que estime convenientes ante la propia Asociación de Desarrollo Integral de la Reserva Indígena de San Rafael de Cabagra de Buenos Aires de Puntarenas, o ante la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas. Desde algún punto de vista, el fallo Constitucional parece desmerecer el estatus del ente indígena, al que subordina a lo que en definitiva decidan otras instancias.

En el Voto 12743-04 de la Sala Constitucional de las 10:18 horas del 12 de noviembre del 2004, que surge de otro recurso de amparo interpuesto contra la Asociación de Desarrollo Integral Indígena de

San Rafael de Cabagra y el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra de Buenos Aires de Puntarenas, se refieren aspectos interesantes:

Se admite que tanto la Asociación de Desarrollo como el Tribunal de Derecho Consuetudinario actúan desde una posición de poder, de hecho o de derecho, frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resultarían claramente insuficientes (Considerando I), con lo que por primera vez se admite el estatus de esta instancia propia.

Concluye el Tribunal Constitucional que los reclamos de la parte recurrente son ajenos al ámbito de competencia (se trata de temas de derecho de posesión y de no impugnación en tiempo del fallo que se reclama) y que por eso no entra a evaluarlos (Considerando II). Aquí se comprobó que hubo un debido proceso, por lo que no se detecta violación a este principio constitucional.

Entre las argumentaciones que se hicieron contra la actuación del Tribunal de Derecho Consuetudinario estaba la acusación de que se trataba de un tribunal especial (y que ello violaba los principios constitucionales de “juez natural” y el de “universalidad de la función jurisdiccional en manos del Poder Judicial”. La Sala desestimó tal alegato aduciendo que dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se susciten entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente. También dijo que su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres, de modo que no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado. Finalmente recordó que estas acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario se enmarcan dentro de la idea de que en el sistema jurídico costarricense no sólo existe la justicia jurisdiccional, sino otros tipos tales como la justicia arbitral, lo cual no viola principio constitucional alguno (Considerando II).

Puntos de encuentro entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal. ¿Hay articulación?

Según lo recontado en el inciso anterior, las características de la función de los Tribunales de Derecho Consuetudinario (sean los que se denominan como tales, o los que se expresan por medio de las

“Juntas Vecinales” o de las “Asociaciones de Desarrollo Integral”), son las siguientes:

- Sus potestades surgen del reconocimiento que desde tiempos de la colonia hace el sistema no indígena;
- El Convenio 169 de la OIT actualmente le da fundamento supra legal a esas prácticas;
- Diversos fallos de la Sala Constitucional (como es el caso de los fallos N° 3003-92 de 11:30 horas del 7 de octubre de 1992 y el N° 1786-93 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993 y del Voto 1867-95 de las 16:50 horas del 5 de abril de 1995) y de instancias judiciales comunes (como el Tribunal Superior Agrario, en resolución N° 429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997), han cimentado este derecho;
- Son expresión de prácticas inmemoriales que se han mantenido a través de la historia;
- Diversos sectores se han venido oponiendo a las acciones de estos entes que propician la justicia propia; y
- El sistema judicial ha concebido este derecho indígena en dos dimensiones: como una forma de reconocer las costumbres indígenas incorporándolas a la jurisprudencia común, o como un reconocimiento de las labores de los entes tradicionales.

Del análisis de los últimos votos recontados de la jurisprudencia constitucional (Voto N° 06345-03 de las 8:50 horas del 4 de julio del 2003 y Voto N° 12743-04 de la Sala Constitucional de las 10:18 horas del 12 de noviembre del 2004), pueden concluirse algunas consideraciones que configuran el modo de concebirse y aplicarse la justicia tradicional indígena:

- Que inicialmente se consideró (Voto N°-06345-03) que las acciones que desempeñaba un Tribunal de Derecho Consuetudinario no representaban una posición de poder, pues había otras instancias de mayor legitimidad (como la Asociación de Desarrollo Integral, o la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas);
- Que aquella interpretación ponía en situación de supeditación a un ente propio de la comunidad frente a organismos impuestos por el sistema;

- Que aunque aquel argumento representaba una buena defensa para reivindicar la vigencia del órgano comunal, implicaba un debilitamiento jerárquico del mismo;
- Que a partir de la última jurisprudencia constitucional (Voto 12743-04) varía el argumento y sostiene expresamente que el Tribunal de Derecho Consuetudinario actúa desde una posición de poder; y
- Que al menos en el caso de las acciones que lleva a cabo el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra, éstas no implican ninguna afectación a los derechos fundamentales de los recurrentes.

La Sala aprovecha en este fallo del 2004 para hacer una legitimación del Tribunal de Derecho Consuetudinario, en el sentido de no concebirlo como un tribunal especial. Para ello establece:

- Que dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se susciten entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente;
- Que su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar los conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres; y
- Que por ser un ente concentrado en remediar conflictos entre indígenas, en realidad no administra justicia jurisdiccional en el mismo sentido que lo hace el Estado.

Los elementos de enlace entre el sistema jurídico indígena y el sistema jurídico estatal, están en el hecho de que las acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario son tan legítimas como las de otros tipos de justicia que el sistema jurídico costarricense reconoce, como la justicia arbitral.

La articulación entre los sistemas es más difícil de notar, si se parte del modo restringido y hasta secundario como las diversas resoluciones del sistema dominante han venido reivindicando los alcances del derecho indígena, en contraposición al fundamento normativo e histórico jurídico expuesto, y especialmente a la letra y el espíritu del Convenio 169 de la OIT.

A los ojos de la ideología de la jurisdicción del sistema normativo dominante, las acciones de los entes indígenas que aplican y

reivindican la justicia propia, es sólo marginal. Por ello cada vez que un discurso de los custodios del sistema imperante recuente estas experiencias indígenas, al final se podrá advertir el estribillo: “siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional”.

**El reconocimiento del sistema jurídico indígena,
según la Defensoría de los Habitantes de la
República de Costa Rica.
Promoción del sistema jurídico indígena y su
coordinación con el sistema jurídico nacional**

La Defensoría de los Habitantes de la República ha sido sin lugar a dudas una estructura que ha posibilitado una comprensión cada vez mayor de la ciudadanía, acerca de la realidad de los pueblos indígenas. Quizá una de sus mayores virtudes sea el hecho de que su apreciación del problema indígena no se ha centrado (y a veces ni siquiera lo concibe así), en la perspectiva de las “carencias-pobreza” con que casi todas las esferas del poder lo conceptualizan. Por el contrario, su sentido ha ido siempre de la mano con la noción de los derechos culturales diferenciados. No obstante, quizá por problemas económicos o por definiciones estratégicas, este ente no ha podido crear una instancia que de manera específica atienda a las comunidades indígenas y tampoco ha dado todas las oportunidades del caso a sus técnicos para dedicarse exclusivamente a esta temática (Chacón, 2005).

Sin embargo, la Defensoría de los Habitantes es el ente público que de manera más regular, sistemática y profunda trata los problemas de los derechos indígenas en Costa Rica. El tema del derecho consuetudinario indígena no escapa a esta apreciación. Sin conocer nuevas versiones, interesa destacar un estudio muy agudo que emitió en el año 2001 sobre este tema (Oficio N° 182-2001-DHR del 5 de enero del 2001).

No se pretende hacer una referencia ni siquiera sintética del dictamen del ente defensor. Para efectos de este estudio, se quiere puntualizar los puntos más destacados del mismo que detallan el modo cómo la Defensoría ha reivindicado el reconocimiento del sistema jurídico indígena.

No cabe duda que la Defensoría de los Habitantes, a diferencia de las expresiones del sistema judicial sí concibe una articulación entre

los sistemas y reivindica el derecho consuetudinario indígena como una expresión de su autonomía, como un reconocimiento histórico a su identidad. Esto en razón de tres asuntos que llegaron a su ámbito, sobre temas muy diversos: uno concerniente a las obligaciones alimentarias de pago de dinero de personas indígenas que por sus costumbres no tienen concepción clara del dinero como medio de riqueza; otro referido a la toma de pruebas a imputados indígenas en materia penal; y finalmente, otro referido a la falta de indígenas que actúen como intérpretes en procesos judiciales. Todos estos temas se relacionaban entre sí, con la idea de la existencia de un sistema jurídico indígena en muchos de los territorios. Por ello es que la Defensoría trató estos asuntos, ligándolos al tema del derecho consuetudinario.

Como conclusión de su estudio, el ente defensor recomendó al Consejo Superior del Poder Judicial, respecto al caso específico tratado, que se garantizara la presencia de un intérprete tanto en la materia civil como penal para las partes involucradas en los procesos analizados en su informe; y luego que en un caso penal del cual tuvo noticia, se garantizara el cumplimiento de lo que estipula el numeral 339 del Código Procesal Penal, en cuanto a la peritación antropológica, a efectos de comprender el ámbito social en el que se desarrollan los hechos denunciados.

También pidió la conformación de una comisión interinstitucional de estudio y análisis del marco normativo aplicable en materia de pensiones alimentarias y Derecho Penal en relación con las personas pertenecientes a comunidades indígenas; un programa de capacitación a jueces, fiscales, defensores y policía técnica judicial en materia del respeto y reconocimiento de la diversidad cultural (en particular con relación a tema del Derecho Consuetudinario), y emitir una directriz en la que se haga manifiesto el deber de los jueces de consultar y de informarse con la comunidad indígena acerca de los alcances del conflicto sometido a su conocimiento, máxime cuando hay a lo interno Tribunales Consuetudinarios, cacicazgos o Asociaciones de Desarrollo que resuelvan los asuntos dentro de ella.

No se conoce la reacción institucional de estas recomendaciones, a no ser por lo que menciona un informe posterior de la Defensoría, que cita que la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia por medio del Oficio N° 12118-01 de fecha 4 de octubre del 2001, designó en la Comisión que daría seguimiento a estas reco-

mendaciones, a un letrado de la Sala Tercera, al Fiscal Adjunto de la República, y a funcionarios del ILANUD, de CONAI y de la Defensa Pública.

No cabe duda que la crisis económica (y para algunos, además, institucional) en que está sumido el Poder Judicial, no augura que esta temática haya sido asumida como se merece. Al menos a las Asociaciones de Desarrollo Integral indígenas no se les ha informado en ningún momento de algún plan que el Poder Judicial esté activando, con el fin de acoger las recomendaciones de la Defensoría de los Habitantes.

Se sabe que se realizaron algunos talleres –fundamentalmente en el año 2001 con el apoyo de la OIT–, y la Contraloría de Servicios del Poder Judicial propició un taller con funcionarios de todo el país en el mes de septiembre del 2003.

Sin embargo los esfuerzos y la claridad de la Defensoría parecen no encontrar oídos en las autoridades judiciales. Por ello no cabe duda que el ingrediente que puede provocar un cambio de las condiciones, es el apoyo –o el asocio– que surja de las propias comunidades indígenas para hacer respetar sus derechos.

Este tema resulta complicado si se tiene en cuenta que desde hace algunos años, la Defensoría de los Habitantes libra una ardua batalla con la jurisdicción, ya que las autoridades judiciales limitan los esfuerzos que viene haciendo el ente defensor del pueblo, pues no toleran que esta institución, en su labor de control de la “gestión administrativa de los jueces”, reclame por la lentitud de la justicia y otros males que la aquejan, y del Poder Judicial sólo surgen acusaciones de injerencia, escudando muchas veces la ineficiencia en el principio de independencia del juzgador.

Por supuesto que esto último no es la generalidad, pero las condiciones económicas decrepitas y el colapso cada vez más evidente de muchos ámbitos judiciales, y por supuesto las deficiencias técnicas de los operadores del derecho, inciden en que cada vez se cierran más los espacios para provocar cambios en la mentalidad de quienes están llamados a impulsar el reconocimiento cada vez mayor del derecho consuetudinario indígena.

Conclusiones

Aunque podría hacerse un relato extenso de los alcances fundamentales que los pueblos indígenas tienen al desarrollar plenamente sus derechos en un sistema que se dice “pluricultural”, lo cierto es que las limitaciones al mismo evidencian que el ordenamiento costarricense está lejos de ser un ejemplo de reivindicación de estos derechos. Pero dicho lo anterior se toma conciencia de que inclusive instancias judiciales cercanas a los territorios indígenas han contribuido a posicionar la institucionalidad indígena. Y en esa misma línea, las sentencias del órgano de justicia constitucional nunca han negado este derecho, aunque lo reconfiguren como supeditado.

Los corolarios de lo anterior son los siguientes:

- Hay un desarrollo importante de las experiencias de derecho consuetudinario en el sistema, sin embargo se cree que no existen condiciones para reivindicarlo como una alternativa de reconocimiento pleno de la autonomía indígena.
- Se evidencian prejuicios conservadores (posiblemente integracionistas y hasta paternalistas) de las autoridades judiciales, que impiden un reconocimiento pleno de las prácticas de derecho consuetudinario.
- En muchas instancias formales, el sistema judicial no tiene en estos momentos condiciones para entender –y por ello no puede fomentar– el desarrollo del derecho consuetudinario.
- Los pueblos indígenas deben de apropiarse de mecanismos del sistema dominante como única forma para asegurar la vigencia y aceptación del derecho consuetudinario.
- Es necesario que las experiencias exitosas que se han desarrollado en territorios indígenas como Cabagra, Salitre y Talamanca Bribri, se extiendan a otras áreas, y que las que surgen en lugares como Conte Burica y Alto Chirripó, se especialicen cada vez más.
- Los estudios que se realicen en torno a estos temas, deben ser dirigidos por las personas indígenas cercanas a estas instancias tradicionales y ello implica que las entidades no gubernamentales (o inclusive las universitarias públicas) provean de recursos a estos entes para realizar estos trabajos.

- En el ámbito de los órganos de derecho público estatal y no estatal, no cabe duda que la Defensoría de los Habitantes a lo largo de los años se ha mostrado como el único capaz de provocar el impulso de políticas públicas de fomento al derecho consuetudinario bajo las concepciones de la autodeterminación, para esto debe aliarse con las organizaciones indígenas.

Bibliografía

Archivo Nacional de Costa Rica. “Real Cédula en que Su Majestad reestablece el sistema gubernativo que regía antes de las llamadas Leyes Nuevas”. Guatemala. 21 de junio 1815. Documento extraído por el antropólogo Marcos Guevara B, San José, 1991.

Banco Interamericano de Desarrollo e Instituto Interamericano de Derechos Humanos. *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudio de siete países de América Latina*. Editorama S.A. San José, Costa Rica, 2000.

Colmenares Olivares, Ricardo. *El Derecho a la propia cultura de los Pueblos Indígenas en Venezuela*. Mimeografiado. Caracas, Venezuela, 2002.

Chacón Castro, Rubén. “Derecho de los Pueblos Indígenas a darse su Propia Justicia, en el Sistema Jurídico Costarricense. (Derecho Consuetudinario Indígena en Costa Rica)”. Documento elaborado para el proyecto UNFIP de la OIT. 2002.

<http://www.oit.or.cr/unfip/estudios/index.htm>

.... *Una mirada crítica a la acción de la Defensoría de los Habitantes de la República en materia de derechos indígenas en Costa Rica (sólo para identificar con mayor claridad sus aciertos y carencias)*. Mimeografiado. San José, Costa Rica, 2005.

Defensoría de los Habitantes de la República. Oficio N° 182-2001-DHR del 5 de enero del 2001. San José, Costa Rica.

Guevara, Marcos y Chacón, Rubén. *Territorios Indios En Costa Rica. Orígenes, Situación Actual Y Perspectivas*. García Hermanos S.A. San José, 1992.

Peñuelas I Reixach, Lluís. *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva del Derecho Comparado*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. Madrid, 1996.

Sáenz Carbonell, Jorge F. *Los sistemas normativos en la Historia de Costa Rica. Ordenamientos indígenas, Derecho Indiano y Derecho Nacional*. Ediciones Chico. Primera Edición. Santo Domingo de Heredia, 2004.

Sieder, Rachel. *Derecho Consuetudinario y transición democrática en Guatemala*. FLACSO. Guatemala, 1996.

Stavenhagen, Rodolfo. *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina. Entre la Ley y la Costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*. Instituto Indigenista Interamericano y el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. México, 1990.

Resoluciones judiciales citadas

Sala Constitucional. Voto N° 3003-92 de las 11:30 horas del 7 de octubre de 1992.

Voto 1786-93 de las 16:21 horas del 21 de abril de 1993.

Voto 1867-95 de las 16:50 horas del 5 de abril de 1995.

Voto N°-06345-03 de las 8:50 horas del 4 de julio del 2003.

Voto 12743-04 de las 10:18 horas del 12 de noviembre del 2004.

Tribunal Superior Penal de Pérez Zeledón, sentencia N° 19-90 de las 16 horas del 6 de febrero de 1990.

Tribunal Superior Agrario de San José, sentencia N° 429 de las 15:30 horas del 24 de julio de 1997.

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador

*Fernando García S.**

“No cabe duda de que la igualdad ante la ley debe ser entendida en función de las características esenciales de los ecuatorianos, razón por lo cual no existe justificación jurídica para establecer ni discriminaciones ni privilegios cuyo fundamento sea factores relacionados con características de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, u otras, salvo que estos privilegios estén consagrados en el ordenamiento fundamental del Estado”.

(Extracto de la declaración del veto total del ex Presidente Gustavo Noboa al proyecto de Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, 8 de enero de 2003)

El Ecuador, al igual que otros países latinoamericanos que tienen el carácter de ser diversos étnica y culturalmente, estableció en la constitución aprobada en 1998 la vigencia del pluralismo jurídico. Este hecho que es resultado de la larga lucha de los pueblos indígenas por lograr instancias de autonomía al interior de los estados nacionales, ha provocado diversas reacciones entre los diversos actores involucrados en estas reformas al intentar poner en práctica las normas de la nueva constitución.

Este trabajo intenta ofrecer un estado del arte del derecho indígena a través de la revisión de tres temas: el grado de articulación del sistema jurídico estatal y el sistema jurídico indígena; la existencia de disposiciones normativas a nivel nacional para su reconocimiento y el papel que el *Ombudsman* ha desarrollado y/o podría desarrollar en relación con la promoción del sistema jurídico indígena y su coordinación con el sistema jurídico nacional. Todos

* Antropólogo, Coordinador del Programa de Maestría en Antropología, FLACSO, Ecuador.

estos hechos forman parte de la historia “post-constitución” y muestran de alguna manera los conflictos, avances y retrocesos que el pluralismo jurídico enfrenta actualmente al interior de la región andina, y de manera especial, en el caso ecuatoriano.

En la primera parte me ocuparé del análisis de un caso de ejercicio del derecho indígena que fue motivo de disputa y polémica entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, conocido como el caso de La Cocha, y del desarrollo de algunos intentos de diálogo intercultural entre las autoridades de los dos sistemas.

En la segunda revisaré los intentos frustrados de aprobación de dos proyectos de ley discutidos por el congreso y el ejecutivo, la Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas¹ y la Ley de Compatibilización y de Distribución de Competencias en la Administración de Justicia. Así como también el intento logrado de la aprobación del decreto ejecutivo sobre el Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas. Para finalmente terminar con algunas reflexiones sobre los desafíos de la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Defensoría del Pueblo del Ecuador (DINAPIN).

La coordinación entre el sistema jurídico estatal y el derecho indígena

Para el caso de la comunidad de La Cocha es conveniente precisar en primera instancia los principales hechos que forman parte de su desarrollo.

El día domingo 21 de abril del 2002, en la comunidad indígena de la Cocha, Parroquia Zumbahua, Cantón Pujilí, Provincia de Cotopaxi (situada en la sierra central ecuatoriana), se suscitó un conflicto durante el desarrollo de una fiesta familiar, resultado de cual el día martes 23 de abril se produjo la muerte del comunero Maly Latacunga, *kichwa* de la comunidad de la Cocha. Estos hechos alarmaron la tranquilidad de la comunidad, frente a lo cual el cabildo

¹ El nombre inicial con que el proyecto ingresó a la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias del Congreso Nacional fue de “Ley de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas del Ecuador”, denominación elegida por la CONAIE que fue la instancia que presentó el proyecto. El nombre fue cambiado luego del segundo debate legislativo y así fue enviado para la aprobación y veto del Presidente de la República.

comunal, previa investigación realizada durante quince días, convocó a una asamblea general para el día domingo 5 de mayo del 2002 a fin de resolver el caso.

Cumplidos los procedimientos de investigación, la asamblea, en el ejercicio de administración de justicia acusó a los comuneros Juan Manuel Cuchiparte, Nicolás Cuchiparte Umaginga y Jaime Cuchiparte Guamangate como autores de la muerte, los juzgó y los sancionó, de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad, a baño en agua fría con ortiga, acompañado de consejos, y al pago de una indemnización por el monto de seis mil dólares para los huérfanos y la viuda del fallecido.

Luego de dos meses, el día 3 de julio del 2002, el Fiscal Distrital de Cotopaxi, el doctor Iván León Rodríguez, entra en conocimiento del hecho e ignorando lo actuado por el Cabildo de la Cocha, inicia una acción penal contra los tres involucrados y emite el dictamen fiscal acusatorio. Con esta actuación, el Fiscal desconoce de manera absoluta y en violación flagrante de los derechos de los pueblos indígenas establecidos en los artículos 1, 18, 24:16, 83, 84: 1 y 7; 163 y 191 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, y de los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 OIT. Con esta decisión, la justicia indígena luego de haber sido ejercida entra en conflicto de competencia con la justicia ordinaria.

El día 9 de septiembre de 2002 se lleva a cabo la audiencia preliminar ante el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, encargado del Juzgado Tercero de lo Penal, doctor Carlos Poveda Moreno, en donde el Fiscal presenta el dictamen acusatorio estableciendo la existencia del delito de asesinato y la culpabilidad de los acusados. El juez, basado en las normas constitucionales y legales y en el Convenio 169, dicta la resolución de nulidad de todo lo actuado por el fiscal en virtud de que las acciones conocidas fueron juzgadas en conformidad a lo que dispone el artículo 191, inciso cuarto, de la constitución política del Ecuador.

El Fiscal, inconforme con esta resolución, el día 13 de septiembre de 2002, apeló esta resolución ante la Corte Superior de Justicia de Cotopaxi, expresando respecto al proceso llevado a cabo por la comunidad de la Cocha, entre otras cosas que: “Por consiguiente, no tiene razón de ser dentro de un único proceso que compete únicamente a la Corte de Justicia en el ámbito científico del haber penal, derecho sustentado y galardonado en el conocimiento, en

honor y la justicia sin tramas ni delirios empíricos. El principio del *non bis in ídem*, es un mero lirismo desvanecido por las constancias incontrastables esgrimidas, tanto en derecho de prueba material, es obradamente contra natura permitir la vigencia de tribunales o juzgados empíricos proclives al quebrantamiento de la Ley”. Demostrando el Fiscal de esta manera, según el criterio de un connotado jurista ecuatoriano², un gran desconocimiento jurídico cuando se pregunta si se puede admitir que algún abogado, medianamente ilustrado, sostenga que este principio fundamental del derecho penal, sea calificado de delirio empírico sin sustento científico.

Posteriormente los magistrados de las dos Salas de la Corte Superior de Cotopaxi pretenden revocar la resolución del juez Poveda y destituirlo y someten el caso ante el Consejo de la Judicatura. Hasta la fecha, el mencionado Consejo no se ha pronunciado, sin embargo, luego de estos sucesos se ha desencadenado un verdadera campaña de persecución contra el juez Poveda por parte de los magistrados de la Corte provincial, que inclusive van más allá del caso de La Cocha, tratando de encontrar en el resto de casos sobre los que el juez se ha pronunciado algún motivo para interrumpir su carrera de magistrado probo y justo.

Por otro lado, la resolución del juez Poveda ha recibido el apoyo de organizaciones indígenas, académicos, juristas y algunos sectores legislativos que por iniciativa del Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi (MICC) y la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias del Congreso lo condecoraron en el mes de noviembre de 2002, en reconocimiento a sus méritos profesionales y personales.

El caso de La Cocha unido a la legislación secundaria aprobada y desaprobada luego de la Constitución de 1998 muestra de manera dramática que el proceso de reconocimiento del pluralismo jurídico en Ecuador se enfrenta a muchos temores, impugnaciones, resistencias y dificultades.

² Opinión vertida por el doctor Julio César Trujillo, durante el desarrollo de la mesa redonda denominada “Retos de la diversidad étnica en el Ecuador: la coordinación y el desarrollo de la legislación secundaria”, realizada el 24 de abril de 2003, en FLACSO, Ecuador.

Disposiciones normativas

La Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas

La discusión de este proyecto se inició al interior de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, a partir de septiembre de 1998 y luego de más de tres años de discusión al interior de los pueblos y nacionalidades y de otras instancias interesados y estudiosas del tema, finalmente el 14 de noviembre del 2001 se presentó oficialmente ante el Congreso Nacional, en calidad de proyecto de ley, y fue confiado al estudio inicial de la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias, la misma que formuló el respectivo informe. Es importante precisar que este proyecto llegó al Congreso antecedido de un amplio proceso de consulta no sólo entre los actores indígenas sino también entre actores académicos y profesionales no indígenas, lo cual mostraba que atrás de él había una importante base social y política que lo respaldaba, situación que para la práctica legislativa ecuatoriana es inusual y extraordinaria.

Una vez elaborado el informe de la Comisión fue discutido en dos debates por el pleno del Congreso³, durante los cuales se incorporaron enmiendas sugeridas por los partidos de derecha, centro e izquierda, así como de la Cámara de Industriales de Pichincha recibidos por la Comisión, cuyas rectificaciones constan en los respectivos informes de la misma dirigidos al Presidente del Congreso. Luego de un proceso de negociación política con los legisladores, el 18 de diciembre del 2002, el Congreso Nacional, aprueba en segundo y definitivo debate la ley y la remite al Presidente de la República para su aprobación, veto parcial o veto total.

Con fecha 8 de enero del 2002, el ex presidente Dr. Gustavo Noboa Bejarano remite al Vicepresidente del Congreso Nacional, encargado de la presidencia, un oficio comunicándole el veto total de la Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, el sustento del veto se puede resumir en los siguientes aspectos⁴.

³ Los debates del pleno del Congreso se realizaron durante los meses de agosto a diciembre de 2002.

⁴ Retomo y agradezco el aporte de los colegas abogados Gina Chávez y Raúl Llasag al respecto, cuyas versiones originales se las puede consultar en la Red Ecuatoriana de Antropología Jurídica (redaj@flacso.org.ec).

Primero, se confunden los términos discriminación con diferenciación, porque en la versión actual el derecho a la igualdad conlleva el derecho de la diferenciación para permitir acercarse a la igualdad real, para no quedarse en la igualdad formal, por lo tanto lo que está prohibido en la Constitución no es la diferenciación, sino la discriminación.

Esta falta de actualización de los derechos y dinámicas de la sociedad, llevó al ex Presidente de la República a concebir el derecho a la igualdad únicamente desde la óptica formal, desconociendo que la Constitución de 1998 efectivamente declara la igualdad ante la ley, no obstante reconocer derechos especiales para ciertos grupos sociales desprotegidos como son los de la tercera edad, los discapacitados, los niños y jóvenes, la familia y los pueblos indígenas y afroecuatorianos, por lo cual merecen un trato distinto que no significa discriminación, es necesaria una diferenciación para lograr una igualdad real y material.

Segundo, sostiene que la ley pretende establecer “estados” al interior del Estado ecuatoriano, que fue el mismo argumento utilizado por el ex presidente Rodrigo Borja en 1992, cuando la Organización de Pueblos Indígenas de Pastaza, OPIP, realizó la marcha hacia Quito reclamando el reconocimiento de sus territorios, y que ha sido largamente contradicho por los hechos históricos posteriores. Según el ex presidente Noboa, este proyecto de ley propende hacia la desintegración y se vería afectada la característica unitaria e indivisible del Estado. No existe ningún argumento válido para sostener este criterio, por cuanto la Constitución Política es muy clara cuando en el artículo 83 manifiesta “que los pueblos indígenas que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, forman parte del Estado Ecuatoriano unitario e indivisible”.

No hay que olvidar que los mismos pueblos indígenas desde el inicio público de sus reivindicaciones políticas de ninguna manera han propuesto una separación del Estado o la creación de una “nación india”, al contrario el movimiento indígena plantea las demandas de territorio y autogobierno dentro de la estructura del Estado, y así se refleja en el proyecto de ley de nacionalidades y pueblos indígenas.

Tercero, desde la óptica monocultural que utiliza el ex Presidente de la República, es inadmisibles la existencia de otros derechos que

no sean los aprobados por el Estado a través de la función legislativa, pero esta oposición surge precisamente por no entender lo que significa el estado pluricultural y multiétnico, que lleva a la existencia del pluralismo jurídico, y reconocido en la Constitución Política en el artículo 191.

Cuarto, el veto total sostiene el argumento que no es razonable entregar decisiones sobre el patrimonio forestal, la biodiversidad, el ordenamiento territorial, o la administración de riqueza (se refiere a los recursos del subsuelo que según la Constitución son de propiedad del Estado) a un grupo de ciudadanos (los pueblos indígenas) por respetables e importantes que sea, esto iría en desmedro del bienestar del resto de ecuatorianos y ecuatorianas que no son indígenas. Este tema que es polémico y controvertido forma parte de la agenda de discusión política del país, ya que detrás están los intereses de las grandes compañías petroleras y mineras, y como más adelante se analizará, logró su concreción en la promulgación del decreto ejecutivo que aprobó el reglamento de consulta y participación para actividades hidrocarburíferas en noviembre de 2002.

Quinto, sostiene además que no se expresa cuáles serían las herramientas legales en caso de un eventual conflicto entre leyes positivas y consuetudinarias y reclama no encontrar una figura o figuras que determinen cuál es el derecho consuetudinario indígena. Esto en verdad es otro asunto importante puesto que el Estado nacional sólo reconoce el derecho consuetudinario de base legal, esto es, aquel al que remite la ley de manera expresa, y ha sido ciego al derecho consuetudinario de base social sobre el que se han organizado y regulado segmentos de la sociedad como los pueblos indígenas, los afroamericanos, los campesinos, los montubios y otros que también han desarrollado normas propias. Aunque en verdad no resulta fácil resolver un conflicto de leyes positivas y derecho indígena, las herramientas de interpretación y resolución de conflictos están en el mismo derecho, respecto de las normas constitucionales y legales. Con creatividad e investigación multidisciplinaria, la interpretación constitucional y legal puede auxiliarse con otras ramas del saber como la antropología o la sociología para enfrentar el reto desde lo cultural y étnico.

Estas y otras ciencias del saber contribuyen a identificar la composición del derecho de los pueblos indígenas que de ninguna manera es un derecho que instaura el abuso o el sometimiento. El

derecho indígena es un derecho que generalmente tiene larga data. La justicia indígena se guía por normas propias, conocidas y ampliamente respaldadas por la sociedad que las asume y generalmente no son escritas. Si bien su derecho no regula sobre temas de finanzas, macroeconomía, etc., si regula las conductas deseables y reprochables en los ordenes que componen su sistema de vida y que pueden incluir asuntos civiles, penales, patrimoniales, contractuales, etc., con mecanismos muchas veces diferentes a los del positivismo jurídico, pero de gran efectividad para resolver los casos.

Por último, entre sus argumentos está el que no cree probable que los pueblos indígenas tengan conocimientos o costumbres ancestrales en temas como contratos de explotación, fideicomiso, manejo de propiedad intelectual, normas contables, contratos escritos en general y otras instituciones de reciente data. Este sarcasmo termina demostrando una vez más, la desvalorización profunda del ex Presidente a la diversidad cultural y étnica. El derecho indígena no es un derecho estático, es muy versátil y cambiante al ritmo de la dinámica de la sociedad en la que se aplica. Si una cultura enfrenta nuevos retos, esa cultura buscará y encontrará caminos para enfrentarlos, incluirlos o desecharlos de acuerdo a sus fines y objetivos sociales y políticos, por lo que los temores del ex Presidente no tienen fundamentos.

Vale la pena citar dos observaciones que hace el ex Presidente y que podrían ser motivo de discusión y acuerdo: la una que observa la inexistencia de normas transitorias que esclarezcan la situación de los contratos vigentes que afectan tierras y territorios indígenas; y la otra, que no se justifica la participación de delegados indígenas en algunos organismos públicos colegiados. Ambas, sin embargo, podrían haberse resuelto con un veto parcial al proyecto.

En resumen, los argumentos que sostiene el Presidente de la República y sus asesores jurídicos, muestra la falta de conocimiento de las normas constitucionales, combinada todavía con una mentalidad etnocéntrica, que impide el desarrollo de un estado multicultural, pluriétnico y por lo tanto intercultural. Además, la decisión del veto total, de acuerdo a la normativa constitucional, obliga al proyecto de ley a esperar un año calendario para intentar su reingreso al Congreso, siempre y cuando se cuente con el voto de las tres cuartas partes de los miembros del mismo. En otras palabras,

desde la perspectiva legal, significa la muerte lenta del proyecto de ley.

Ley de Compatibilización y de Distribución de Competencias en la Administración de Justicia

Este proyecto de ley también tiene atrás de sí una historia propia de elaboración y discusión semejante al anterior. Partió de la ejecución de un proyecto de investigación financiado por el Fondo Derecho y Justicia del proyecto para el mejoramiento de la administración de justicia en Ecuador, PROJUSTICIA, auspiciado por el Banco Mundial y la Corte Suprema de Justicia. Este Fondo aprobó la ejecución del mismo a la Universidad Andina Simón Bolívar en el año 1999. Por lo tanto, sus ejecutores incorporaron en la elaboración y discusión al conjunto de actores involucrados en el mismo, organizaciones indígenas, académicos, investigadores, jueces y magistrados y demás especialistas del tema. El fundamento de este proyecto descansa en la aplicación del artículo 191, inciso cuarto de la Constitución, que menciona que la función judicial deberá hacer “compatible” la justicia indígena con la justicia ordinaria.

El proyecto fue presentado oficialmente en el Congreso Nacional el 27 de noviembre de 2002, el 27 del mismo mes y año, el Presidente del Congreso comete la primera irregularidad, al enviarlo a la consideración de la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y Penal, que de acuerdo a la Ley Orgánica de la Función Legislativa, es la comisión que conoce todos los proyectos de ley que tenga referencia a proyectos, de carácter civil y de carácter penal. Sin embargo, esta instancia no era la indicada para conocer este proyecto de ley sino la Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias. Por último, el Presidente del Congreso pudo someter el proyecto de ley a la consideración de las dos comisiones, posibilidad que contempla la ley que rige el Congreso.

Por tanto, el Presidente del Congreso Nacional violó el artículo 160 de la Constitución Política, y la sección segunda del Capítulo sexto, del título 1 de la Ley Orgánica de la función legislativa, que determina que el Presidente debe enviar el proyecto de ley a la comisión especializada para tal efecto.

Es importante mencionar que los diputados nacionales fueron elegidos en octubre del 2002 e iniciaron su mandato los primeros días del mes de enero de 2003, lo cual trajo consigo el cambio de las autoridades y miembros de las comisiones legislativas. La Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias estaba presidida por el diputado indígena Ricardo Ulcuango, el cual a pesar de que ha utilizando todas las vías legales para que dicho proyecto sea remitido a la Comisión, el traspaso de competencia no se hizo. El traspaso hubiera permitido realizar una consulta formal a los pueblos y nacionalidades indígenas de tal forma que luego el Congreso Nacional acate las decisiones de la misma y apruebe la ley.

Según información extraoficial, la Comisión Especializada Permanente de lo Civil y lo Penal elaboró un borrador de informe que contenía 30 observaciones sobre el mencionado proyecto, por el cual se lo declara inconstitucional e ilegal, que de ser aprobado oficialmente impediría que sea considerado y discutido en primer debate al interior del pleno del Congreso.

Las justificaciones de este borrador de informe son similares a las que se mencionó en el informe del veto total emitido por el ex presidente Noboa respecto a la Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas. Es decir, el carácter de la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos ecuatorianos por lo que se ignora los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el desconocimiento del derecho indígena como tal, reconociendo la existencia exclusiva del monismo jurídico, en contraposición al artículo 191 de la Constitución y, por último, la determinación de archivar definitivamente el proyecto de ley por ser ilegal e inconstitucional.

Reglamento de Consulta y Participación para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas

Este instrumento jurídico tiene el carácter de decreto ejecutivo y fue publicado en el Registro Oficial No. 278 del 2 de diciembre de 2002, a pocos días que el ex presidente Noboa termine su mandato. Al igual que los anteriores vale la pena mencionar sus antecedentes. Se trata en realidad del tercer intento desarrollado por el ejecutivo para lograr su aprobación. El Ministerio de Energía y Minas en colaboración con el Banco Mundial hizo un primer intento de

elaboración de Reglamento en el año 1999 que no prosperó debido a la oposición de las organizaciones indígenas por no haber sido tenidas en cuenta en el proceso de preparación y discusión. Luego, con el auspicio de los mismos organismos, se contrató una consultoría en el año 2000 para elaborar un reglamento de consulta previa y participación esta vez para actividades mineras, su ejecución fue interrumpida por parte del Ministerio debido a desacuerdos con la consultora encargada de la tarea. Finalmente en el año 2001 se hizo la contratación de otra consultora para un segundo intento de elaboración del reglamento para actividades hidrocarburíferas, cuyo proceso culminó y que finalmente se aprobó en diciembre de 2002.

El proceso de elaboración planteó la participación de los tres principales actores involucrados: el Estado ecuatoriano, las empresas transnacionales y las organizaciones indígenas. En la práctica este camino estuvo poblado de dificultades debido a la naturaleza polémica del tema a regularse. El sector gubernamental estuvo representado por los ministerios de Gobierno y Energía y Ambiente, y el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador, CODENPE; las empresas transnacionales petroleras por la Asociación de Empresas Privadas, ASOPEC, y las organizaciones por la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana, CONFENIAE, que terminó por retirarse del proceso antes de su conclusión, como se explicará a continuación. A pesar de este esfuerzo interinstitucional quedaron excluidos varios sectores importantes vinculados con el tema, como los gobiernos locales, los sectores indígenas no amazónicos y los pobladores mestizos, el Comité Ecuatoriano de Defensa de la Naturaleza, CEDENMA, las universidades, los colegios profesionales y hasta la misma estatal Petroecuador, socio mayoritario del sector hidrocarburífero nacional.

Cuando el Ministerio de Energía y la consultora presentaron el proyecto a la Asamblea de la CONFENIAE, en el mes de septiembre de 2002, fue rechazado por los representantes de las federaciones afiliadas. Se denunció la ausencia de participación real de las nacionalidades indígenas en su elaboración. La asamblea resolvió emprender un proceso de elaboración de un proyecto alternativo que recoja las aspiraciones indígenas, para luego ser presentado a las autoridades de gobierno.

Para el cumplimiento del mandato de la Asamblea, la directiva de la CONFENIAE convocó a varios sectores (varias ONG's y organizaciones indígenas regionales), que puedan dar aportes a su equipo técnico encargado de elaborar el documento. El trabajo fue planteado como urgente debido a la presión que imponía el Gobierno de aprobar el reglamento, a menos que las organizaciones indígenas le hagan llegar una contrapropuesta. Lamentablemente, las labores fueron suspendidas a pocos días de iniciadas, cuando la CONFENIAE anunció que no disponía de recursos para sostener el trabajo de su equipo técnico.

Poco tiempo después, a mediados de octubre de 2002, la CONFENIAE logró solucionar su problema de disponibilidad de fondos, encargando la labor a Amazonía Gas que con apoyo del Banco Mundial conformó un equipo técnico formado por líderes amazónicos de larga trayectoria, liderado por Cristóbal Tapuy. Este equipo decide apartarse del mandato de la Asamblea de la CONFENIAE, en el sentido de que no veía viable realizar un proyecto alternativo de reglamento debido a la premura de tiempo planteado por el Gobierno, y más bien se plantea hacer ajustes al mismo proyecto en elaboración.

El proyecto resultante aunque conservó la estructura lógica y temática del proyecto elaborado por la consultora, guardaba diferencias importantes en cuanto a la intencionalidad política de promover los derechos colectivos de los pueblos indígenas y su coherencia con los derechos constitucionales y el convenio 169 de la OIT.

Después de una validación rápida con las federaciones afiliadas a la CONFENIAE, a través de un sólo taller, la propuesta fue remitida al Ministerio de Energía. Allí recibió una serie de ajustes y cambios que ya no fueron revisados por las organizaciones y pasó al Presidente de la República quien lo puso en vigencia.

Una vez descrito el proceso de elaboración y discusión del reglamento es conveniente señalar algunos comentarios sobre su contenido⁵. Se debe reconocer previamente que el derecho a la consulta previa informada, antes del inicio de cualquier actividad

⁵ En este caso, retomo el aporte del colega abogado Mario Melo del CDES, cuya versión original se puede consultar en la Red Ecuatoriana de Antropología Jurídica (redaj@flacso.org.ec).

productiva relacionada con los recursos naturales no renovables, mencionada en la Constitución ha carecido de la normatividad secundaria para su aplicación. Sin embargo, la actividad hidrocarburífera, minera y de otros recursos ha seguido expandiéndose por territorios indígenas y no indígenas, con sus impactos socioambientales correlativos.

Pese al mandato constitucional y a la norma de la Ley de Gestión Ambiental que prescribe la nulidad absoluta e inejecutabilidad para los contratos y proyectos que contravengan el derecho a la consulta previa, esto no se ha venido cumpliendo de manera idónea, incluso en proyectos tan grandes y trascendentes como la construcción del Oleoducto de Crudos Pesados, OCP, y la prospección en el Proyecto Tiputini, ex Ishpingo Tiputini Tambococho, ITT. Decenas de otros proyectos hidrocarburíferos y mineros han sido aprobados y se ejecutan sin que haya precedido la consulta a las comunidades afectadas como manda la Constitución.

El primer comentario sobre el reglamento es un defecto de origen, tiene que ver con los limitadísimos niveles de participación ciudadana en su formulación. Como ya se dijo antes, varios sectores vinculados con el tema fueron excluidos de su discusión.

El segundo es sobre el alcance de la consulta, de acuerdo al Reglamento, busca abrir espacios de información y negociación respecto a las medidas de remediación de impactos de actividades hidrocarburíferas cuya realización ha sido previamente definida por el Estado. No está pensado para permitir definir, por parte de los pueblos y comunidades afectados, si consienten o no que se realice la actividad consultada en su territorio. En definitiva, no otorga un derecho de veto a los afectados sobre la actividad consultada.

Si bien ésta es una debilidad capital del Reglamento, que no ayuda al pleno ejercicio de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y de los derechos ambientales de la comunidad, al momento no se dan las condiciones políticas para esperar que una norma jurídica de esta categoría lo haga, cuando ni la Constitución ni el Convenio 169 lo hacen. El Reglamento vigente de alguna manera “traza la cancha” dentro del cual, los actores sociales y políticos harán jugar sus intereses de acuerdo a la mayor o menor capacidad de ejercicio de su poder.

El tercer comentario tiene que ver con el artículo 12 del reglamento que habla sobre la consulta hacia las comunidades

indígenas y afroecuatorianas que se encuentren en el área de influencia directa del proyecto o licitación, haciendo optativo que éstas actúen o no a través de sus organizaciones representativas. Esta norma contraviene la letra y el espíritu del Art. 6, numeral 1, literal a, del Convenio 169 de la OIT que establece que la consulta debe orientarse a los pueblos (no las comunidades) interesados, particularmente a través de sus instituciones representativas. Es decir, la participación de las instituciones que representan a los pueblos, sus organizaciones legítimas, es obligatoria, no opcional.

De igual manera, contraviene el artículo 84 de la Constitución que reconoce a los pueblos (no a las comunidades individualmente) el derecho colectivo a ser consultados frente a las actividades extractivas de recursos naturales no renovables que se pretendan realizar en sus territorios.

El cuarto comentario está relacionado con el artículo 14 del Reglamento que excluye la obligación de presentar en la consulta la información ambiental y social que por razones contractuales o legales, sea considerada reservada o que conste en acuerdos de confidencialidad. Esta norma atenta contra la transparencia de los procesos de consulta, deja abierta la puerta para que información clave sea ocultada a los consultados por meros acuerdos de confidencialidad celebrados a espaldas de los sectores sociales involucrados y resta credibilidad a la intencionalidad del Reglamento.

El último comentario plantea la necesidad emprender un proceso serio de participación social a través del órgano político competente, la Legislatura, y con los aportes de la autoridad ambiental, las autoridades energéticas y las organizaciones de la sociedad, para generar una Ley de Consulta y Participación que ofrezca los principios generales, las políticas y los grandes mecanismos que deben regir los procesos de consulta previa en materia de actividades extractivas, proyectos de infraestructura y otras decisiones estatales con impactos sobre el ambiente, para dejar en calidad de reglamento las reglas específicas de aplicación para los diversos sectores: hidrocarburos, minería, infraestructura, forestal, etc.

Si se parte del hecho que el artículo 191 de la Constitución Política es el sustento constitucional que garantiza la vigencia del pluralismo jurídico en el Ecuador, trato de responder a una primera pregunta: ¿por qué surgen las impugnaciones a la justicia indígena? Algunas razones me parece que responden a este interrogante.

La primera es la renuencia ante cambio al interior de la función judicial y de los profesionales del Derecho. Se trata de un cambio fundamental y radical, ya que todo el sistema jurídico descansa en la cultura del derecho positivo. Las universidades han enseñado que la única forma jurídica es la ley escrita y por lo tanto hay que acatarla y cumplirla. La norma constitucional que considera a la costumbre como norma jurídica ha creado un verdadero cataclismo en la concepción de la administración de justicia vigente en el país, el artículo 191 así lo consagra, y guste o no guste, se trata de una norma suprema de cumplimiento obligatorio.

Una objeción que se ha repetido con mucho énfasis es que el artículo 191 de la Constitución Política no se puede aplicar porque todavía no ha sido dictada la ley de compatibilidad, pero no hay que olvidar que la propia Constitución en su artículo 18 está estableciendo de manera expresa y específica que los derechos y las garantías establecidas en la Constitución han de aplicarse inmediatamente sin necesidad de que se dicte una ley secundaria.

Otra razón esgrimida es que la administración de justicia de los pueblos indígenas se la aplicará siempre y cuando no este en contradicción con la Constitución y la Ley. Que esté de acuerdo con la Constitución es una verdad indiscutible; toda norma jurídica, sea ley, sea costumbre, tiene que estar bajo la Constitución, y en eso también es interesante anotar que los aportes de la Antropología Jurídica muestran cómo deben entenderse la Constitución de acuerdo con la cultura de cada pueblo. No es que toda interpretación debe ser igual, la interpretación debe ser de acuerdo con la cultura en donde se aplique la norma. En este aspecto son importantes los aportes hechos por los fallos dictados por el Sala Constitucional colombiana a partir de 1992.

Una siguiente pregunta que surge de los hechos analizados es: ¿cuáles son las dificultades que impiden el desarrollo de legislación secundaria respecto al tema de la justicia indígena?

En diferentes oportunidades se ha manifestado el peligro que esto representa a la unidad del Estado ecuatoriano, y el riesgo de que una vez reconocido el derecho indígena, se plantee la existencia de “varios estados indígenas” dentro del Estado ecuatoriano. Las organizaciones indígenas a través de sus líderes reiteradamente han tratado de persuadir a quienes muestran estos temores que no tienen razón de ser y constitucionalmente tampoco tienen fundamento. Los

pueblos indígenas cuando reclaman este derecho se fundamentan en la Constitución. Por lo tanto, no se puede decir que quieren formar otro Estado, si están admitiendo que el derecho que ellos reclaman, lo reclaman precisamente porque está reconocido en la Constitución que es común a ellos y a todos los ecuatorianos.

Otra dificultad es que la autoridad indígena abuse en el ejercicio de administrar justicia, porque carece de control, igualmente es infundado, porque la autoridad indígena está controlada por la comunidad, pues sus decisiones no son expedidas en secreto, y algo que sería inconcebible en el derecho estatal, las deliberaciones para tomar la resolución son públicas en presencia de la comunidad, y ésta es la que controla que estos abusos no se lleguen a consumar.

Una tercera dificultad que impide o al menos retrasa el desarrollo constitucional en la legislación secundaria, es por decir benévolamente el desconocimiento de la concepción de pluralismo jurídico entre los operadores de justicia. Ciertamente este desconocimiento está muy extendido y creo que su solución llevará algún tiempo. Por eso la tarea de las universidades es fundamental para resolver este gran obstáculo.

Un cuarto obstáculo al desarrollo legislativo es la interpretación cerrada que se hace de la Constitución a favor de una visión mono cultural del país, porque aunque se admite que el Ecuador es pluricultural, según dice el artículo 1 de nuestra Constitución, las otras normas no se las quiere interpretar como deberían ser desde la perspectiva de la pluralidad cultural del Ecuador. Esto ocurre con el principio y derecho de la igualdad, pues se considera que no hay más que la igualdad formal, se desconoce el tremendo salto que ha dado la humanidad desde finales del siglo XVIII a comienzos del siglo XXI al preocuparse no sólo la igualdad formal, sino la igualdad real, la igualdad que lleva a distinguir lo diferente que requiere un trato diferenciado y también lo discriminado que necesita para su superación la ayuda de un trato propio como lo prevé nuestra Constitución.

Por último, una última dificultad es la existencia de algunas normas del derecho indígena en contradicción con las normas constitucionales, existen ciertamente esas contradicciones pero primero hay que definir en qué casos hay realmente contradicción y en qué otros casos tan solo hay diferencia. Porque lo que prohíbe la Constitución es contradicciones y no diferencias, tiene que ser así

porque la Constitución parte del reconocimiento del Ecuador como Estado pluricultural, lo cual quiere decir que en el Ecuador hay grupos humanos diferentes que deberán de tener un trato diverso. Y al efecto creo que la primera tarea es identificar esas contradicciones, y cuales son realmente esas contradicciones para luego buscar la forma de conciliar esas contradicciones a través del diálogo intercultural.

Los desafíos de la Dirección Nacional de Defensa de los Derechos de los Pueblos Indígenas (DINAPIN)

En esta última parte me limitaré a señalar los principales desafíos que la DINAPIN debe enfrentar respecto de situaciones reales que actualmente viven los pueblos indígenas ecuatorianos. No pretendo ser exhaustivo y he elegido los temas más preocupantes que necesitan de acciones inmediatas.

Un primer desafío esta relacionado con el cumplimiento o incumplimiento del Estado ecuatoriano del Convenio No 169 de la OIT sobre pueblos indígenas. Este Convenio que fue ratificado en 1998 y que entró en vigor en 1999 luego de transcurridos seis años no cuenta con un proceso de seguimiento sistemático por parte del Estado ni de la sociedad civil. El Estado se ha limitado a elaborar tres informes durante este período y las organizaciones indígenas han enviado a la OIT un solo reclamo, sobre el caso de la FIPSE en la Amazonía. Se hace necesario el mantenimiento de un espacio de monitoreo desde la sociedad civil (organizaciones indígenas, instancias académicas y ONG) sobre el convenio que permita la elaboración de un informe alternativo periódico que complemente al enviado por el Estado.

Otro hecho importante tiene que ver con la existencia en el país de los denominados pueblos indígenas ocultos o pueblos en aislamiento voluntario. Se trata de los pueblos *Tagaeri* y *Taromenane* pertenecientes a la nacionalidad *Huaorani* que permanecen en el área del parque nacional Yasuni y que cuentan con un área de territorio intangible. Estos pueblos que fueron sujetos de una matanza en el año 2003, se encuentran en una situación de alto riesgo y requieren de acciones inmediatas que garanticen su supervivencia. Especialmente la delimitación del territorio intangible y su correspondiente gestión de reserva y protección por parte del Estado

ecuatoriano, esto en el marco de la reciente Declaración de Belem (Brasil) sobre los Pueblos Aislados realizada el 11 de noviembre de 2005, con la participación de seis países latinoamericanos que tienen dentro de sus territorios a estos pueblos.

Un proceso importante en el país es la concesión por parte del Estado a empresas transnacionales de nuevos bloques petroleros y mineros en territorios de los pueblos indígenas en los últimos siete años, a pesar de contar desde el 2002 con un reglamento de consulta previa para actividades hidrocarburíferas. Hasta la fecha, el derecho de consulta previa y de participación en los beneficios e indemnización de los pueblos indígenas, sigue siendo vulnerado. El Estado ha “delegado” al trabajo de relaciones comunitarias de las empresas transnacionales responsabilidades que no puede de ninguna manera reemplazar. En este sentido, la demanda presentada por el pueblo *kichwa* de Sarayaku al Estado ecuatoriano ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye un referente que está en proceso de litigación.

La negociación del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre el Estado ecuatoriano y los Estados Unidos, ha puesto en evidencia un tema de conflicto e interés para los pueblos indígenas: la propiedad intelectual colectiva que mantienen estos pueblos sobre sus conocimientos de los principios curativos de las plantas medicinales. Este aspecto enfrenta los intereses de las empresas farmacéuticas transnacionales con las propuestas de biodiversidad y protección de conocimientos ancestrales que plantean los pueblos indígenas. Problemas como la práctica de la biopiratería requieren de reglas claras y estrictas para que no se produzca un saqueo de los pocos bienes sobre los cuales los pueblos indígenas mantienen todavía control.

El proceso de globalización que vive el país enfrenta otro hecho que se ha vuelto masivo en los últimos años: la inmigración de cerca de un millón y medio de ecuatorianos y ecuatorianas fuera del país en búsqueda de fuentes de empleo y de ingreso dignos. A pesar de no tener evidencias probadas, se conoce que muchos indígenas inmigrantes que han logrado un relativo éxito económico en el exterior llevan fuera del país a niños y jóvenes de las comunidades para emplearlos como fuerza de trabajo de sus negocios y talleres. Este hecho se encuentra penalmente sancionado por la legislación ecuatoriana, se trata de trabajo prematuro de niños y jóvenes y es también una versión de tráfico de menores “justificado” por la

presencia de lazos de parentesco y etnicidad por los autores y que cuenta, según ellos, con la “aprobación” de los padres de los menores. La situación descrita es bastante preocupante y crítica, más aún cuando se trata de una trasgresión a las leyes ecuatorianas y una forma de explotación entre indígenas ricos e indígenas pobres.

Otra situación que el país vive es la de los presos en las cárceles del país que se encuentran sin condena y sin defensores de oficio, debido principalmente a la ineficacia y corrupción del sistema judicial en general. A pesar de que los presos indígenas constituyen un mínimo porcentaje de la población carcelaria, la mayoría son hombres y se encuentran detenidos por tráfico de drogas, sin embargo podrían ser sujetos de un programa especial por parte de la DINAPIN que les permita el cumplimiento de sus garantías básicas: traductores legales, defensores de oficio, debido proceso y una posible conmutación de penas en coordinación con la justicia indígena.

El derecho indígena en el transcurso de los últimos años ha debido enfrentar el apareamiento de nuevas formas de trasgresión social al interior de las comunidades que son resultado del proceso de globalización e inmigración que viven. Me refiero a la aparición de pandillas de jóvenes indígenas dentro de las comunidades que se dedican a enfrentarse entre sí y a robar y asaltar a los comuneros. Este hecho, sin precedentes en el derecho indígena, exige la instauración de nuevas formas de control y sanción social que las autoridades no siempre están capacitadas para hacer. La necesidad de investigar las causas de estos nuevos fenómenos debería ser una prioridad de la DINAPIN.

Para finalizar, otro tema de preocupación para la DINAPIN debería ser la definición de mecanismos efectivos dirigidos a sancionar las acciones contra la discriminación y el racismo que se producen contra los pueblos indígenas ecuatorianos por parte de la población no indígena del país. El ejemplo de Guatemala en este sentido es interesante. En octubre del 2002 se creó la Comisión Presidencial Contra la Discriminación y el Racismo contra los Pueblos Indígenas. Se trata de una instancia oficial dedicada a preservar los derechos y a formular políticas públicas contra la no discriminación y el racismo. La experiencia de esta instancia muestra que cuando estos fenómenos son considerados como un problema de preocupación nacional, se logran resultados satisfactorios.

Bibliografía

Assies, Willem, Gemma van der Haar y André Hoekema (editores). *El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina*. Zamora, Colegio de Michoacán, 1999.

Borja, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2001.

García, Fernando. “La administración de justicia Kichwa como práctica de la identidad”. Ponencia presentada en el III Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, Quetzaltenango, Guatemala, 2002.

.... *Formas indígenas de administrar justicia: Estudios de caso de la nacionalidad Kichwa ecuatoriana*. FLACSO. Quito, 2002.

García, Fernando y Chávez, Gina. *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, Serie Atrio, Ediciones FLACSO. Quito, 2004.

Guerrero, Andrés. “Una imagen ventrílocua: el discurso liberal de la desgraciada clase indígena a fines del siglo XIX”, en Blanca Muratorio (editora), *Imágenes e imagineros. Representaciones de los indígenas ecuatorianos. Siglos XIX y XX*. FLACSO. Quito, 1994.

.... *Etnicidades*. FLACSO. Quito, 2000.

Nader, Laura. *Ideología armónica. Justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*. CIESAS. México, 1998.

Sánchez, Esther. “Reflexiones antropológicas en torno a la justicia y la jurisdicción especial indígenas en una nación multicultural y multiétnica”, en Fernando García (coordinador), *Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI*. FLACSO. Quito, 2000.

Santos de Souza, Boaventura. *Estado, derecho y luchas sociales*. ILSA. Bogotá. 1991.

Tibán, Lourdes. *Derechos colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador: Aplicabilidad, alcances y limitaciones*. INDESIC. Quito, 2001.

Trujillo, Julio César, Agustín Grijalva y Ximena Endara. *Justicia indígena en el Ecuador*. Universidad Andina Simón Bolívar. Quito, 2001.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa Caribe nicaragüense: ¿utopía o realidad?

*Clarisa Indiana Ibarra Rivera**

“... Tenemos nuestro propio desarrollo de las ciencias, diferente al de la ciencia occidental. Porque es diferente también el motivo de la vida. Han tratado de mantenernos anónimos y nos han visto como que tuviéramos una historia oscura y vaga, sin códigos, ni leyes de comportamiento, como que sólo fuéramos las señales del arte rupestre: algo difuso en el tiempo, que el viento matutino podría hacer volar, desaparecer. Y se les ocurre que para salvarnos debemos dejar lo propio y aceptar lo ajeno”¹.

Avelino Cox

Presentación

El presente trabajo respondió en su momento a las expectativas del Curso-Taller “El *Ombudsman* y el Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas”, promovido por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, celebrado en San José, Costa Rica, a finales de Julio del 2005 y al que fui invitada. Éste tuvo como finalidad la socialización y análisis de los resultados expuestos por los diferentes países invitados, entre ellos Nicaragua; el de generar propuestas para ir maximizando esfuerzos conjuntos del acceso a la justicia, vinculada ésta a la interrelación existente entre el derecho consuetudinario y el sistema jurídico estatal, logrando con ello respeto y mejor tratamiento a las prácticas ancestrales propias de las Comunidades Étnicas y pueblos indígenas.

* Magistrada del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Atlántico Norte de Nicaragua, Presidente de la Comisión Departamental Interinstitucional de Justicia Penal, Coordinadora de la Comisión de Justicia Comunal Costeña y Docente de Sociología en Puerto Cabezas, RAAN, Nicaragua.

¹ Cox, Avelino, *Cosmovisión de los pueblos indígenas del Tulu Walpa: según relato de los sabios ancianos miskitos*, URACCAN, Managua, 1998, p. 10.

Aprovecho la ocasión para agradecer profundamente en nombre del Poder Judicial en la Región Autónoma del Atlántico Norte y el mío propio, a los funcionarios del Instituto Interamericano de Derechos Humanos con sede en Costa Rica, tanto por la invitación al encuentro del Curso Taller en Julio del año recién pasado, como a la invitación de escribir² acerca del trabajo que el Poder Judicial en nuestro País y Región, ha venido haciendo poco a poco hasta llegar a lograr los avances aquí expuestos.

El presente texto tiene como finalidad dar a conocer el resultado de prácticas ancestrales de las comunidades étnicas y pueblos indígenas de la costa Caribe Nicaragüense, relacionadas al acceso a la justicia, partiendo de su aplicación en cuanto a la administración de sus asuntos, conocido como el derecho consuetudinario.

Por primera vez será posible divulgar actividades que funcionarios del Poder Judicial en la Regio Atlántico Norte de la costa Caribe nicaragüense, hemos venido ejecutando, partiendo del contexto legal, incursionando en temas de los que muchos tenemos temor de hablar o escribir; otros, apegados a nuestros conocimientos dogmáticos sobre el derecho, sólo nos limitamos al ejercicio del derecho partiendo del precepto constitucional y legal y no de las prácticas, usos y costumbres ancestrales.

Datos preliminares

La República de Nicaragua tiene una extensión de 131,811 kilómetros cuadrados, de los cuales 66,542 kilómetros (50.4%) corresponden a la costa Caribe. Sigue siendo el país más extenso y menos poblado de Centro América. Según estimaciones recientes (1993), su población total es de 4.1 millones de habitantes, de los cuales 254,564 habitantes (6.2. %) corresponde a los distintos grupos étnicos que habitan en la costa Caribe³.

En enero de 1987 se promulgó por primera vez una Constitución Política, dentro del contexto revolucionario, en la que se sientan las

² La publicación de este pequeño trabajo podrá ser divulgado gracias al interés y apoyo incondicional por parte de los funcionarios del IIDH, promovido por el Proyecto de Acceso a la Justicia de los pueblos indígenas, a través de su coordinador y amigo incondicional, Don Amilcar Castañeda.

³ Pérez González, Miguel, *Gobiernos Pluriétnicos: La Constitución de Regiones Autónomas en Nicaragua*, editado en México por Plaza y Valdez y la Universidad de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe Nicaragüense (URACCAN), abril 1997, p. 28.

pautas para la conducción de un país democrático. En esta Constitución Política se plasman una serie de principios, garantías individuales y colectivas, que aseguran la plena vigencia de los derechos humanos, entre ellos, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la costa Caribe, respetándose así la diversidad étnica y cultural del país.

Reza el Artículo 5 de la Constitución Política: “Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia, el respeto a la dignidad humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la libre cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los Pueblos”. El mismo Artículo en una de sus partes conducentes, dice: “... el Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas, que gozan de los derechos, deberes y garantías consignados en la Constitución Política, y en especial los de mantener y desarrollar su identidad y cultura, tener sus propias formas de organización social y administrar sus asuntos locales; así como los de mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras y el goce, uso y disfrute de las mismas de conformidad a la Ley. Para las comunidades de la Costa Atlántica se establece el régimen de autonomía en la presente constitución”⁴.

Queda establecido constitucionalmente que para la costa Caribe nicaragüense existe un régimen de autonomía. Es así que en septiembre de ese mismo año es aprobado por la Asamblea Nacional, el “Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua, Ley 28”, promulgado en octubre de ese mismo año. Es a partir de dicho Estatuto que se garantiza el pleno ejercicio de los derechos históricos de los pueblos indígenas y comunidades étnicas que habitan en la costa Caribe. Se denominan dos regiones autónomas, Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN) y Región Autónoma del Atlántico Sur (RAAS). La primera con seis Municipios y una extensión territorial de 35,463 kilómetros cuadrados y la segunda con nueve municipios y una extensión territorial de 15,677 kilómetros cuadrados⁵.

⁴ Asamblea Nacional de Nicaragua, Constitución Política, segunda edición oficial, Editorial parlamento, agosto de 1995. Managua, Nicaragua.

⁵ Autoridades Autonómicas Regionales, Oficina de Desarrollo de la Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua, Estatuto de Autonomía, octubre del 2003.

Aspectos relevantes del Estatuto de Autonomía:

- Derecho a desarrollar y mantener su identidad y cultura.
- Tener sus propias formas de organización social.
- Administrar sus asuntos locales.
- Mantener las formas comunales de propiedad de sus tierras.
- El goce, uso y disfrute de sus aguas y bosques.

El marco legal existente parte del precepto constitucional en sus Artículos 5 y 181, el Estatuto de Autonomía y su reglamento recientemente aprobado, la ley de Municipios y su reglamento, la Ley de Demarcación Territorial, la Ley de Lenguas, la Ley orgánica del Poder Judicial y su reglamento, así como el Código Procesal Penal vigente, entre otros.

Marco legal nicaragüense vs. contexto legal de las regiones autónomas

Para poder entender la relación del derecho estatal con el derecho consuetudinario o viceversa, es necesario hacer una breve relación del contexto histórico de la costa Caribe de Nicaragua y el funcionamiento administrativo de las Regiones Autónomas.

La costa Caribe ha estado históricamente habitada, al igual que la mayoría de los países de Latinoamérica, por distintas comunidades étnicas; en Nicaragua destacan como pueblos indígenas los *Miskitos*, *Sumos-Mayangnas* y *Ramas*; de los dos primeros es que nos referimos en el presente estudio.

Las dos Regiones Autónomas se conformaron a partir de los principios constitucionales y fundamentalmente en el Estatuto de Autonomía, mediante el cual se establecen las pautas para echar a andar el régimen político administrativo y sub división política y territorial de ambas regiones autónomas; de igual forma se establecen en él las atribuciones, competencias y deberes, garantías de sus habitantes y de las comunidades étnicas y pueblos indígenas.

Sus órganos de administración son: El *Consejo Regional Autónomo*, integrado por 45 concejales electos representando a las etnias existentes en la Región; el *Coordinador de Gobierno*, que al igual que el Consejo Regional, son las máximas autoridades en la

Región, cada uno dentro de sus esferas; las *Autoridades Municipales* y las *Autoridades Comunales*.

El Consejo Regional tiene las siguientes atribuciones:

- Regular los asuntos regionales mediante la promulgación de ordenanzas y resoluciones;
- Elaborar el Plan de Arbitrio Regional; el Plan Regional de Políticas Públicas y de desarrollo social;
- Legislar en materia de salud, educación, infraestructura, cultura, abastecimiento, servicios comunales, administración de justicia y recursos naturales, entre otros;
- Elegir entre sus miembros a la Junta Directiva Regional, que dirige al Consejo Regional en pleno;
- Es la máxima autoridad en la Región.

Los 45 concejales son electos por el voto universal, igual, directo y secreto; estos obligatoriamente deben representar a las etnias existentes en la Regiones Autónomas (*Mestizos, Miskitos, Mayangnas, Creoles, Garífonas, Ramaquíes*) y su funcionamiento es el de un Parlamento Regional⁶.

El Coordinador de Gobierno, es electo dentro del seno de los 45 concejales que conforman al Consejo Regional, y es quien realiza las funciones ejecutivas de la región. Su cargo es compatible con el cargo de representante de la Presidencia de la República de Nicaragua⁷.

Sus funciones son las siguientes:

- Representar a la Región ante las instancias nacionales;
- Organizar y dirigir las actividades ejecutivas de la Región;
- Gestionar asuntos de su competencia ante las autoridades nacionales;
- Cumplir y hacer cumplir las directrices, políticas y disposiciones del Consejo Regional y el Poder Ejecutivo;

⁶ Autoridades Autonómicas Regionales, Oficina de Desarrollo de la Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua, Estatuto de Autonomía, Artículo 23, octubre del 2003.

⁷ Autoridades Autonómicas Regionales, Oficina de Desarrollo de la Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua, Estatuto de Autonomía, Artículo 29, octubre del 2003.

- Administrar el fondo especial de desarrollo y promoción social; rendir informes periódicos de su gestión, a través de la Junta Directiva del Consejo Regional;
- Cumplir y hacer cumplir las resoluciones y ordenanzas dictadas por el Consejo Regional.

Articulación del sistema jurídico estatal y el derecho consuetudinario

La entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley N° 260), conocida como LOPJ, marca un hito en la historia del Poder Judicial nicaragüense, dado que la ley derogada tenía más de un siglo de existencia; su aprobación se da dentro del marco de modernización y democratización del Poder Judicial en Nicaragua, con los antecedentes inmediatos de la Constitución Política y el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua. Se suma a ello la creación e instalación del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Atlántico Norte, siendo hasta esa fecha la única región que no contaba con un tribunal de segunda instancia, tal como lo manda la Constitución Política⁸.

En la LOPJ, se reconoce y ordena a los funcionarios judiciales:

- a) Respetar, promover y garantizar el Régimen de Autonomía.
- b) En las Regiones Autónomas en donde habitan los pueblos indígenas y comunidades étnicas, la Administración de Justicia se regirá por las regulaciones especiales que reflejan las particularidades culturales propias de estos pueblos.
- c) Ordena a instancia de los funcionarios judiciales, y con la participación de las demás instituciones del Estado y la Sociedad Civil, la constitución de Comisiones de Trabajo para la realización la elaboración de diagnóstico encaminado a precisar la Naturaleza, Objetivos y Funciones de los jueces comunales o comunitarios y formular propuestas de regulaciones especiales para la impartición de justicia en dichas regiones.

Con posterioridad (2 de junio 1999), es aprobado el Reglamento de la LOPJ, dos de cuyos capítulos están destinados a la formulación

⁸ Diario Oficial de Nicaragua, Gaceta Número 147 del 23 de julio de 1998, Managua, Nicaragua.

de propuestas para el Modelo de Justicia que debe regir en las Regiones Autónomas.

El Poder Judicial en la RAAN ha realizando su trabajo con los pueblos indígenas y comunidades étnicas, siendo sus objetivos principales: Conocer en primer lugar, las prácticas ancestrales mediante la compilación de información; en segundo lugar, fortalecer el trabajo que realizan los *Wihta* (jueces comunales de las etnias *Miskitas* y *Mayangnas*), sumándolo al conocimiento previo de los administradores de justicia en relación a las prácticas propias de las comunidades con relación al fortalecimiento de sus derechos; y por último, sensibilizar a los funcionarios de la administración pública. Una vez logrado el objetivo, se irá armonizando con el quehacer del sistema judicial estatal, reto bastante difícil, puesto que implica entrar al umbral de lo desconocido, dejar por un lado los preceptos legales para poner en práctica la cosmovisión propia de los pueblos indígenas para la resolución de sus conflictos, relacionados a su espiritualidad y creencias, junto con los estigmas y paradigmas que se tienen con relación a la temática.

Lo triste de esta situación es que los estigmas y paradigmas no son propios de los abogados litigantes, del Ministerio Público o de los funcionarios judiciales; el modelo de justicia está íntimamente ligado a los funcionarios públicos y a los representantes de las instituciones del Estado, debido a que no está limitado al ámbito judicial o jurisdiccional. Corresponde al Poder Judicial en coordinación con las autoridades del Consejo Regional Autónomo, y con el apoyo de las instituciones, universidades y sociedad civil, ser los encargados de proponer que el modelo de justicia que queremos para los pueblos indígenas y comunidades étnicas refleje prácticas ancestrales que no son propias al ámbito judicial, sino que son el medio y mecanismo por el cual aquellos mantienen la armonía social dentro de la comunidad. En dicho modelo de justicia se deberá regular la mediatización y resolución de conflictos, para que el respeto y la convivencia armónica de las comunidades sea efectiva; deberá reflejar los conflictos inter-étnicos, los conflictos Estado-Consejo Regional, Consejo Regional-Coordinador de Gobierno y de éstos con los Consejos Municipales y los Consejos Comunales.

Partiendo de esa realidad es que el Poder Judicial en la RAAN, a través de las Magistradas Rhina Mayorga Paredes y la suscrita, elaboraron un Plan de Actividades encaminadas a dar cumplimiento

al mandato de la LOPJ, la Constitución Política y la Ley N° 28, para conocer la diversidad cultural de la región, pero también auscultar las prácticas ancestrales de administrar asuntos locales, sirviendo el conocimiento como antesala para el fortalecimiento del derecho consuetudinario, entretejiéndolo con el derecho positivo, logrando articular ambos sistemas sin contradicción alguna.

El resultado de ese trabajo es el siguiente:

Creación de la comisión de justicia comunal costeña

A finales de 1999, se instala la Comisión de Trabajo, integrada por el Consejo Regional, el Coordinador de Gobiernos, las Universidades existentes en nuestras regiones –BICU, URACCAN–, ONG's, tales como CIDCA, CEDHECA, AMICA, Movimiento de Mujeres Nidia White, Gaviota, Policía Nacional, Ministerio Público, entre otros.

En Enero del 2000, ya creadas e instaladas las comisiones municipales, se da inicio a los primeros encuentros con las autoridades comunales debidamente electas en los pueblos indígenas, a fin de realizar los estudios encaminados al diagnóstico de la Administración de Justicia Comunitaria, concluyendo los mismos en toda la RAAN el 8 de marzo del 2002. El estudio abarca los pueblos indígenas *Miskitos* y *Sumo-Mayagna*, asentados en el territorio de la RAAN y en los seis Municipios existentes.

Las principales actividades realizadas por las Comisiones de Justicia fueron:

- a) Propuestas de jueces propietarios y suplentes en los juzgados del Municipio de Siuna, sede distrital del Triángulo Minero.
- b) Búsqueda de locales para el desempeño de la judicatura.
- c) Acompañamiento a los encuentros con las comunidades étnicas y pueblos indígenas, con quienes se coordinó movilización, alimentación y traslados.

Con la Comisión Regional de Justicia, con sede en Bilwi, se realizaron trabajos encaminados a las siguientes actividades:

- La elaboración de un proyecto de investigación para la propuesta del modelo de justicia;

- Acompañamiento a las comunidades indígenas en la resolución de conflictos como mediadores externos (CSJ, Alcaldía, CEDEHCA);
- Acompañamiento para la resolución de conflictos relativos a la propiedad;
- Atención a líderes comunales para el ejercicio y acceso a la Justicia;
- Elaboración de un proyecto de mediación promovido por la CSJ en coordinación con la Universidad URACCAN;
- Elaboración de propuesta denominada “Centro de Enfoque para una comunidad Multiétnica Cultural”, siendo sus principales ejes de acción: a) Armonización del Derecho Estatal; b) Implementación de un modelo de administración de justicia con miras a mejorar el acceso a la misma, para las comunidades étnicas; c) Sensibilización a los operadores del Poder Judicial, instituciones regionales y nacionales;
- La construcción de tres casas comunales para las celebraciones de actividades propias de los *Wihtas* (Juez) comunales;
- Cursos de Diplomado en mediación para los líderes comunales y *Wihta* de las RAAN, coordinados con la Universidad URACCAN;
- La elaboración del diagnóstico denominado “La Administración de Justicia en un Contexto Multiétnico y Pluricultural”;
- Intercambio Indígena Centroamericano sobre la Administración de Justicia, celebrado en Bilwi, y promovido por Poder Judicial, URACCAN, IEPA y Native Landen.

Proyectos destinados a la articulación del derecho consuetudinario y derecho positivo:

Proyecto de Facilitadores Judiciales Rurales: En diciembre del 2002, entra en vigencia el nuevo Código Procesal Penal de la República de Nicaragua, que da un giro de 180 grados en relación al proceso inquisitivo existente por más de un siglo; en este Código prevalecen una serie de principios, como separar al Juzgador del proceso, creando un juzgador imparcial, garante del debido proceso y creando la figura del Facilitador Judicial Rural, dentro de las manifestaciones del Principio de Oportunidad, entre otros.

En diciembre del 2002 es aprobado el Reglamento de los FJR, pero al no estar acorde a las particularidades propias de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, se solicitó la elaboración de un Adéndum que fue discutido, consensuado y elaborado por profesionales de la RAAN. En el mismo se involucraron también los consejos regionales autónomos, el gobierno regional, las universidades y organismos que nos financiaron –OEA, ASDI–. El adéndum fue aprobado por el Consejo Regional Autónomo de ambas regiones para su aplicación y ratificado mediante acuerdo por la Corte Suprema de Justicia en pleno.

Las particularidades de este reglamento están reflejadas en varios aspectos:

- En ningún momento sustituye la actividad que realiza dentro de la Comunidad el *Wihta*;
- Podrá realizar la mediación o en su caso remitirlo a la autoridad respectiva a solicitud del interesado y sólo en casos que de previo ha existido un arreglo conforme al sistema de impartición de justicia comunal y se incurrió en incumplimiento;
- Mantiene relación y comunicación fluida con los funcionarios del Sistema de Administración de Justicia Positiva y el Sistema Tradicional de impartición de Justicia Comunitaria;
- Es el enlace entre el *Wihta* y el Juez de Derecho para la resolución de conflictos, los que no están limitados al ámbito penal;
- El FJR es propuesto por todos los *Wihatas* de un territorio, debiendo tener los requisitos siguientes: Líder nacido y reconocido de una de las comunidades, hablar la lengua predominante del territorio, no ejercer cargo político y ser propuesto por los *Wihatas* del territorio;
- Competencia circunscrita al territorio que lo eligió;
- Es nombrado por el Juez Local del Municipio.

Dentro de este componente, surgió la necesidad de fortalecer la figura del *Wihta*, lo cual ha sido posible gracias al financiamiento de más de un año de la OEA y ASDI; esto ha posibilitado visitar las comunidades más alejadas en cada uno de los Municipios de la RAAN y RAAS, logrando el objetivo de acceso a esas comunidades. La estrategia de este componente se basó en el fortalecimiento del sistema en la administración de justicia, tales como sus valores,

costumbres y procesos en las comunidades étnicas y pueblos indígenas.

Actividades desarrolladas en el fortalecimiento de acceso a la justicia de pueblos indígenas y comunidades étnicas:

- Capacitaciones sistemáticas a los jueces comunales de los pueblos indígenas *Miskitos* y *Mayangnas* (Waspán, Puerto Cabezas, Prinzapolka, Siuna, Rosita y Bonanza);
- Encuentros trimestrales con autoridades comunales, locales y regionales intercambiando experiencias;
- Motivación a jueces de derecho, autoridades municipales, regionales e instituciones locales, como mecanismo de sensibilización y fortalecimiento;
- Recopilación de las prácticas cotidianas en las comunidades;
- Intercambio entre pueblos indígenas y comunidades étnicas, a fin de fortalecer sus actividades dentro de su comunidad;
- Se han promovido encuentros fuera de la Región (Managua) para dar a conocer las prácticas ancestrales de los pueblos indígenas y comunidades étnicas, llamadas “Ferias del Facilitador y *Wihta*”;
- Se han promovido encuentros denominados micro regionales a lo interno de la región, a fin de promover las distintas culturas de las comunidades étnicas;
- Promoción de encuentro internacional de pueblos indígenas y comunidades étnicas de Centro América y la Costa Caribe, para el intercambio de actividades culturales y de trabajos en la administración de justicia.

Con relación a los facilitadores judiciales, las actividades han sido similares, actualmente en la Región tenemos:

- 30 Facilitadores judiciales rurales (Siuna, Bonanza, Rosita);
- Su elección ha sido a través de los *Wihta* en cada territorio y su nombramiento a través del Juez Único Local de los Municipios;
- Atención sistemática es por parte del Juez Local, habiendo acompañamiento por magistrados del Tribunal de Apelaciones.

Proyecto de Investigación sobre el Modelo de Justicia: El concepto de este Proyecto está articulado con el PFJR. Su objetivo

primordial es el de contribuir al establecimiento y fortalecimiento de un modelo de justicia que incorpore la riqueza multiétnica y cultural de los pueblos y comunidades étnicas de la costa Caribe, partiendo del acoplamiento de la Administración de Justicia Consuetudinaria y la Justicia positiva, lo que podría considerarse como un modelo de justicia que responda a sus particularidades.

El *objetivo inmediato del proyecto* es disponer de un estudio sobre la administración de justicia consuetudinaria que sirva de base para armonizarla con el derecho positivo.

La *meta* es documentar el derecho consuetudinario (metodología y contenidos) con el fin de homogenizar y complementar la práctica consuetudinaria con el derecho positivo. Sus productos serán:

- Informe sobre experiencias internacionales sobre el tema.
- Informes de hallazgos basados en la revisión documental y entrevista a autoridades y personas vinculadas a la administración de justicia.
- Base documental y de entrevistas (nacional e internacional) sobre el tema.
- Informes de hallazgos del levantamiento primario.
- Informe final público.
- Video temático y presentación en Flash.

Como resultado del proyecto se espera el siguiente impacto:

- Disponer de una base científica para plantear el mecanismo de complementariedad entre la práctica consuetudinaria y el derecho positivo;
- Mayor consenso sobre el contenido y la forma de complementariedad del derecho consuetudinario, base para una propuesta del modelo de justicia en las Regiones Autónomas;
- Crear condiciones para la implementación del modelo de justicia que contemple las prácticas del derecho consuetudinario, como el mecanismo de solucionar los conflictos y establecer la convivencia social y armónica;
- Sensibilizar a los tomadores de decisiones y sociedades sobre la necesidad de complementar ambos sistemas.

Su metodología está diseñada como una investigación académica, a efectuarse de manera simultánea en cinco componentes:

- Un levantamiento primario con cinco *Wihtas* en sus comunidades étnicas y pueblos indígenas.
- Una investigación secundaria (documental y de entrevistas).
- Un análisis de la experiencia internacional de complementariedad.
- Una consultaría de un jurista sobre las vías para la complementariedad.
- Talleres de consulta, así como talleres y seminario de difusión.

El principal énfasis del trabajo estará en el levantamiento primario sistemático; la *investigación primaria* se efectuará en 40 comunidades. Se diseñará una metodología de trabajo, la cual será ajustada en el terreno en cuatro comunidades por una semana y media en cada comunidad. Este trabajo se complementará en 36 comunidades por tres semanas en cada una. Los investigadores se limitarán a compilar y aprender sobre las prácticas del sistema de justicia comunal (*Wihtas*, Síndicos, Consejos de Ancianos y otros). Éstos deberán realizar bajo la conducción de un coordinador, el informe de hallazgos, que entre otros elementos comprenderá antecedentes, aspectos de contenidos (tipos de causas y resoluciones), estadísticas de casos y soluciones, resumen de procedimientos y conclusiones de hallazgos.

Paralelamente, se irá realizando la compilación comprensiva de leyes, materiales, estudios y puntos de vistas de expertos. Además de la revisión documental, se efectuarán entrevistas a personas, autoridades e instituciones vinculadas a la administración de justicia de forma personal y por medios electrónicos, las cuales serán transcritas para preservarlas como fuente documental. De este esfuerzo se generará un informe (resumen de hallazgos) y como producto secundario, se establecerá una base bibliográfica amplia en el PFJR.

Otro aspecto de la investigación con fuentes secundarias será la recopilación de otra experiencia internacional. Esta se llevará a cabo por búsqueda y recopilación externa; asimismo, se entrará en contacto con instituciones, investigadores, líderes de pueblos indígenas y personas claves a nivel internacional por medios

electrónicos y de comunicación regular. Se contará con la posibilidad de conocer directamente dichos procesos y recibir visitas de personas claves en dichas experiencias. Con estos elementos se producirá un informe y se enriquecerá el acervo de la base documental.

Con los hallazgos de la investigación primaria y secundaria, y la exploración de la experiencia internacional, el Consultor Jurista y el Coordinador, prepararán un informe borrador que será sometido a consideración de expertos para comentarios; también será presentado en dos talleres (con indígenas, así como con autoridades e instituciones vinculadas a la administración de justicia). Luego de los comentarios y de las recomendaciones se preparará el informe final que servirá de base en la elaboración de la propuesta del Modelo de Justicia para las comunidades étnicas y pueblos indígenas.

En términos de difusión, además de los talleres referidos (con indígenas y personas claves), se efectuará un seminario de amplia cobertura en Managua. Asimismo, se preparará un video y una presentación en Flash sobre el tema, procurándose la mayor difusión del mismo. Estos dos proyectos han sido financiados por OEA, ASDI, y la Corte Suprema de Justicia, y ha sido promocionado por el Doctor Marvin Aguilar García, miembro del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial y Secretario de la Comisión Técnica Nacional de Justicia Penal.

Programa de fortalecimiento judicial y acceso a la justicia

Programa financiado por el BID. Su objetivo primordial ha sido el de incrementar el acceso a la justicia y mejorar la calidad y oportunidad del servicio de justicia, apoyando el proceso de reforma, modernización y fortalecimiento judicial; está vinculado a la mejoras en proceso y la violencia intra familiar en las comunidades étnicas y pueblos indígenas, que debido a la distancia, tienen poco acceso a la justicia, además del elemento cultural.

Las actividades encaminadas para lograr el objetivo de este programa es el siguiente:

Creación de centros de atención, mediación, formación y orientación:

Íntimamente ligado con los proyectos que anteceden, su finalidad es detectar las necesidades más sentidas de los miembros de las comunidades étnicas y pueblos indígenas. Esto con el fin de poner en práctica los métodos alternos de resolución de conflictos propios de dichas comunidades, tomando como punto de partida los valores, costumbres y cosmovisión espiritual en la aplicación de la justicia comunitaria. Éste fue el primero proyecto que se puso en marcha, y que tuvo como resultados lo siguiente:

- Construcción de Casas Comunales en 3 Comunidades pilotos en la RAAN, con todas las dotaciones necesarias para su funcionamiento y de acuerdo a la cultura de la comunidad beneficiaria.
- Montaje de Taller de Reflexión y Análisis sobre la Mediación Comunitaria y las contradicciones existentes con el derecho positivo en las Comunidades de la Regiones Autónomas del Atlántico Norte y Sur; este taller convalidó la construcción de las Casas y el Módulo para la capacitación de los líderes Comunales de las Comunidades pilotos del Proyecto.
- Lo relevante de este Taller fue que los participantes fueron autoridades autóctonas de ambas regiones.

Elaboración de Diagnóstico en las comunidades Miskitas de Kururia (Waspán, Río Coco); Auhyá Pihni (Puerto Cabezas) y Mulukukú (Siuna) en la RAAN; y Rama Cay y Orinoco en la RAAS, con el fin de conocer los conflictos y las formas de solución en las comunidades. Participaron y validaron el mismo las autoridades municipales, líderes comunales y habitantes de esas comunidades.

1. Se tomó del diagnóstico:

- La visión y práctica de hombres y mujeres relacionada a su cosmovisión y la realidad en que viven.
- Mantener la cosmovisión como la base para la supervivencia misma de las etnias, de su ambiente y de sus tradiciones.
- Paradigma cultural colectivista y el uso de métodos alternos para la resolución de conflictos como práctica ancestral;

2. Taller de Capacitación para dar a conocer el resultado del diagnóstico y la validación del Módulo de Diplomado sobre Resolución de Conflictos en las Comunidades Indígenas de la Costa Caribe.
3. Elaboración de un modelo de funciones y funcionamiento y su reglamento, diseñado y validado por mujeres de las comunidades étnicas, autoridades municipales y regionales, las dos universidades existentes en la RAAN y funcionarios del poder judicial en la RAAN.

Componente Programa de Atención a las Víctimas de Delitos (PAV's): Este componente parte de la experiencia piloto de atención multidisciplinaria que incluye servicios de información, orientación y asistencia directa a las víctimas de violencia doméstica, delitos sexuales, explotación infantil y maltrato a menores.

Se contemplaron los siguientes productos:

- Diagnóstico de la situación de violencia en las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y Sur de la Costa Caribe y Ciudad Sandino (Managua). Realizado, presentado y aprobado.

Los principios rectores del proyecto:

- Seguridad y Autonomía de la Víctima;
- Perspectiva de derechos humanos;
- Culturalmente aceptado.

Sus características:

- Integrativo y multisectorial;
- Participativo con énfasis en las comunidades étnicas y pueblos indígenas;
- Con enfoque de género.

El proyecto piloto se sustentó en:

- Marco jurídico;
- Marco normativo;
- Marco ético.

Estos tres últimos proyectos fueron financiados por el BID, y Coordinados por la Doctora Alba Luz Ramos Vanegas, Ex Presidenta

de la Corte Suprema de Justicia y actualmente miembro del Consejo Nacional de Administración y Carrera Judicial.

Resultados del diagnóstico elaborado entre 1999 y el 2002

1. Se realizaron 15 encuentros con los 6 Municipios de la RAAN. En cada encuentro hubo una participación de entre 100 a 65 personas por encuentro;

Estos se llevaron a cabo con los pueblos indígenas *Miskitos* y *Mayangnas*, participando alrededor de 200 Comunidades que sumaron aproximadamente 800 líderes comunales (la información suministrada responde aproximadamente al 85 % del total de ellas).

Sus resultados fueron los siguientes:

- Participaron 441 del sexo masculino y 47 del sexo femenino; las edades oscilaron entre los 28 a 80 años, con la excepción de 3 adolescentes;
- Del total de participantes, 342 eran *misquitos*, 114 eran *Mayangna*, 29 eran mestizos costeños, 1 creole y 2 “españoles”*.

Los cargos de los participantes: Coordinadores, Jueces Comunitarios, Registrador del Estado Civil de las Personas, líderes de las diferentes iglesias, miembros del Consejo de Ancianos, Consejo Municipal, Policías Comunales, promotores sociales, Movimiento de Mujeres, Miembros del Consejo Regional y Gobierno Regional y guardabosques, entre otros;

- La guía arrojó la siguiente información:
 - **Para elegir a sus autoridades:** En asambleas, Reunión Comunal, por mayoría de votos, por elección popular y a través del Consejo de Ancianos.
 - **Requisitos para ser elegido:** bueno, con buenas relaciones con los comunitarios, responsable, respetuoso, con ética social, que conozca de leyes, popular, ser originario de la comunidad, honesto, que respete a las autoridades, cristiano y que tenga más de 30 años;

* Nota de la editora. En la costa Atlántica de Nicaragua, se les llama “españoles” a los mestizos de la costa del Pacífico.

- **Como se declara ganador:** Por mayoría de votos, con el 100%, con 90%, con el 80%, con el 75%, 60% y hasta 55 %, con 200 de 300 votos, con el voto de 150 familias, depende de la comunidad.
 - **Las competencias del Juez de la Comunidad:** Están claros de ellas, resuelven sus problemas; pleitos leves y de pareja, robo de gallinas, cerdos, siembra y ganado en algunos casos, problemas de tierra, adulterio, robo de adolescentes; existe además una gran preocupación para que se tipifique el delito de hechicería.
 - **Las sanciones que aplican:** Dependiendo del delito, trabajo comunal y limpieza, hacer letrinas y zanjas, multas, cargar arena, restituir lo hurtado o el daño ocasionado a través de la *Tala Mana* y en los delitos muy graves, el destierro de la comunidad (muerte civil).
 - **Cómo hacen para solucionar los delitos de gran trascendencia como asesinato, violación sexual, etc.:** a) Decisión tomada conjuntamente con la comunidad. O b) Lo remiten al Juez de derecho, al Juez, a la Policía Nacional; se traslada a la instancia superior; a las autoridades competentes; ellos realizan la captura en conjunto con los jueces comunitarios y ancianos y después lo pasan a otra instancia.
 - **¿Considera Usted, conveniente trabajar coordinadamente con los Jueces de Derecho?** Es bueno, recomendable, magnífica idea; trabajar mano a mano (*pana pana*) trabajar coordinadamente, pero además solicitaron encuentros para conocer la ley, ya que muchos hasta hoy tienen oportunidad de conocer cuáles son sus derechos y necesitan se preocupen más por ellos.
- El sentir de los pueblos indígenas hacia la administración de justicia y el sistema estatal:
- Necesidad de conocer las Leyes;
 - No se cumple con el intérprete en los juicios, por lo que no se declara en su lengua materna;
 - En los encuentros debería integrarse a la Policía Nacional, Ejército Nacional, y autoridades regionales, quienes son los que más abusan de ellos;

- Que el Poder Judicial sea el garante de sus leyes;
- Necesidad de un centro correccional en la Región;
- Que el “español” no respeta a los indígenas y que existe un irrespeto por la vida humana;
- Urgencia de contar con la Defensoría Pública;
- Que las leyes deben estar en armonía con sus tradiciones y costumbres;
- Respeto a la elección de sus autoridades comunales;
- Que siendo dueños de las tierras y las aguas, los impuestos que se pagan no regresan a ellos;
- Arbitrariedad por parte de la Policía Nacional;
- Las instituciones del Estado no respetan las leyes;
- Existe una trascendencia del que delinque hacia el núcleo familiar;
- 386 comunidades solicitaron a lo inmediato la demarcación de sus tierras comunales;
- Vigencia de sus tratados, que no son tomados en cuenta para los proyectos;
- Que ellos resuelven sus problemas conforme a sus costumbres pero los jueces deslegitiman sus actos;
- Los *Mayangnas* no están de acuerdo con la certificación que piden las autoridades para acreditarse como tales;
- Que es la nación indígena excluida en todo y que el Estado goza, disfruta y usa sus recursos naturales; que existe discriminación con ellos; que se desconocen los términos “pueblos” y “nación”;
- Discriminación en asuntos laborales, no existen fuentes de trabajo, las instituciones y el Estado no les permiten acceder a cargos públicos;
- Que en el Poder Judicial de la región, no existe representación étnica *Mayangna* o *Suma*;
- No existe ningún documento oficial traducido en su lengua, y no tienen dinero para acceder a la Justicia;

- Se comprometieron que en los próximos encuentros permitirán la participación de al menos 50 % de hombres y el otro 50% de mujeres.

Este diagnóstico fue diseñado, aplicado y trabajado por las magistradas Rhina Mayorga Paredes, Magistrada de la Sala Penal, y miembro de la Comisión de Justicia Comunal Costeña y Clarisa Indiana Ibarra Rivera en 1999, siendo la primera Presidenta del Tribunal de Apelaciones, Circunscripción Atlántico Norte. El mismo fue convalidado por las Autoridades Regionales, en esa época miembros de la Comisión. A la fecha no ha sido posible su publicación ni retornar la información a las comunidades actoras del mismo⁹.

Conclusiones

Para nosotros los funcionarios del Poder Judicial, ha sido un reto llevar a cabo esta grandiosa labor, mediante la cual se restituyen los derechos inherentes a las comunidades étnicas y pueblos indígenas; ha difícil porque poder opinar al respecto ya es un reto, cuando tenemos de por medio toda una cosmovisión de culturas en las cuales sus principales elementos están relacionados a su entorno espiritual. Poder traspasar esa barrera y poder comprender, pero además transmitir esos valores a personas con concepciones esquemáticas del derecho y lograr transformar esa barrera, no de los pueblos y comunidades étnicas, sino de los que estamos obligados a entender y aprender, ya es un logro.

Presentamos nuestras propuestas a manera de conclusión:

- 1) Institucionalizar la Comisión de Justicia, creada en 1999, como el medio de interactuar en todas las actividades relativas a los pueblos indígenas y comunidades étnicas de la costa Caribe;
- 2) Enfrentar el reto no es sólo poner la justicia al alcance de los pueblos indígenas y Comunidades étnicas, es *reconocer y poner en vigencia las prácticas, normas e instituciones propias de ellas*;
- 3) Necesidad de cambios trascendentales en el concepto de Derecho;

⁹ Mayorga Paredes, Rhina, Ibarra Rivera, Clarisa Indiana, "Informe Final Sobre la Administración de Justicia en un Contexto Multiétnico e Intercultural", 17 de Octubre 2001, Sin Publicar, Puerto Cabezas, RAAN, Nicaragua.

- 4) No podemos ser garantes de los derechos humanos sin un poder judicial accesible, eficiente e independiente;
- 5) Que el derecho consuetudinario lejos de ser antagónico es complementario, enriquecedor y que parte del reconocimiento de los derechos humanos, del reconocimiento de nuestra identidad, de la coexistencia de tierra, territorio, justicia y derecho;
- 6) Implementación de cursos sistemáticos y permanentes sobre derechos indígenas a grupos de incidencia (sensibilización);
- 7) Asignación presupuestaria por parte de la CSJ, para los nombramientos de intérpretes en cada una de las lenguas existentes en las Regiones Autónomas;
- 8) Mejorar el acceso a mujeres y niños a través de la asistencia jurídica y la promoción de la comunicación multilingüe;
- 9) Necesidad de promover paneles, mesas redondas, encuentros e intercambio de experiencias, nacionales e internacionales, a fin de promover y desarrollar la cultura multiétnica y pluricultural;
- 10) Sensibilizar a las autoridades nacionales, regionales y municipales para el reconocimiento efectivo de las autoridades comunales, como su modelo de justicia coexistente con el derecho estatal y respetarlo;
- 11) Incidir ante la Asamblea Nacional para que el Estado de Nicaragua, ratifique el Convenio 169;
- 12) Promover la transformación curricular en los diferentes niveles de educativos, incorporando elementos socioculturales propios de nuestra región en el ámbito nacional, regional y local;
- 13) Promover procesos de socialización e intercambio de experiencias entre el Poder Judicial y líderes comunales para el fortalecimiento de ambos sistemas;
- 14) Institucionalizar mediante resolución administrativa de los Consejos Regionales Autónomos, el Consejo Municipal y la Corte Suprema de Justicia (a través de la Comisión de Justicia), el modelo de administración de justicia.

Quizás muchos nos preguntaremos: ¿Por qué un modelo de justicia, si ya existe un modelo homogéneo que representa la norma del Estado? ¿Qué tan importante es para las comunidades étnicas y pueblos indígenas y los costeños el modelo de justicia? ¿Qué es en sí el Modelo de Justicia?

Quizás la respuesta no sea este documento, ni la tengamos hoy, ni mañana. Aun para el Consejo Regional Autónomo, la administración de justicia representa la relación directa con los Recursos de Amparo Administrativo. Todavía no ha llegado el tiempo de reflexionar sobre la importancia del modelo de justicia como el medio y mecanismo eficaz de reconocer las prácticas, sentimientos, espiritualidad y cosmovisión propia de la cultura de los pueblos indígenas y comunidades étnicas. Todavía no ha llegado el tiempo para concluir que la resolución de conflictos puede ser el mecanismo eficaz de mediatizar los problemas de estigmas y paradigmas del Estado en relación a los costeños. Es más, todavía no se ha llegado a reflexionar que el modelo de justicia puede ser el medio eficaz para resolver los problemas de territorio, población y cultura, y el mecanismo propio para la mediatización de los conflictos inter-étnicos entre los costeños.

Necesitamos hacer propias nuestras creencias, mitos y espiritualidad. Necesitamos creer que el acceso a la justicia está ligado al principio de gobernabilidad, razón necesaria para que el proceso autonómico logre articular a diferentes niveles, en las distintas esferas de poder y los diferentes sujetos autonómicos (los costeños), debiendo en todo caso reconsiderar o plantear la necesidad de pautar las diferentes modalidades del ejercicio de la participación ciudadana y el quehacer de los *Wihta* en las comunidades indígenas, como una de las principales vías para la construcción del proceso autonómico y de los sujetos de ese proceso autonómico.

Razón por la cual, se hace necesario trabajar en función del modelo de justicia desde varias perspectivas, siendo éstas el mecanismo ideal para llevar adelante el fortalecimiento de las regiones autónomas, pero además para considerarlo como el instrumento necesario para promover los derechos y el desarrollo humano.

Bibliografía

Asamblea Nacional de Nicaragua, “Constitución Política”, segunda edición oficial, Editorial Parlamento, agosto de 1995. Managua, Nicaragua.

Autoridades Autonómicas Regionales, Oficina de Desarrollo de la Autonomía de la Costa Atlántica de Nicaragua, “Estatuto de

Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de Nicaragua y su reglamento”, Octubre del 2003.

Diario Oficial de Nicaragua, Gaceta Número 147 del 23 de Julio de 1998, “Ley Orgánica del Poder Judicial” (LOPJ), Managua, Nicaragua.

Mayorga Paredes, Rhina; Ibarra Rivera, Clarisa Indiana, “Informe Final Sobre la Administración de Justicia en un Contexto Multiétnico e Intercultural”, 17 de Octubre 2001, inédito, Puerto Cabezas, RAAN, Nicaragua.

Pérez González, Miguel, “Gobiernos Pluriétnicos: La Constitución de Regiones Autónomas en Nicaragua”, Editado en México por Plaza y Valdez y la Universidad de las Regiones Autónomas de la Costa Caribe Nicaragüense (URACCAN), abril 1997.

La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia

*Ramiro Molina Rivero**

Para analizar la situación actual en Bolivia respecto al pluralismo jurídico, es necesario repasar brevemente algunos aspectos claves del contexto que caracteriza la presente crisis política que atraviesa Bolivia, en tanto afecta toda posibilidad de transformación en un futuro próximo.

En este sentido, repasamos brevemente los resultados más importantes de las movilizaciones sociales de los últimos dos décadas; la agenda política establecida para los próximos meses después de la última movilización que obligó al presidente Mesa renunciar a la primer magistratura; y finalmente los desafíos que esto implica para todos los bolivianos en tanto definiciones de un nuevo proyecto político que responda a las demandas ciudadanas en su conjunto.

Por otra parte, haremos referencia a uno de los síntomas más claros del colapso del Estado como institucionalidad en la administración de la justicia, que se refleja en la intensificación e incremento vertiginoso de los casos de linchamiento a lo largo de todo el territorio boliviano.

Y finalmente, a modo de conclusión sugerimos ciertas medidas urgentes que deberán ser consideradas en la Asamblea Constituyente, como el lugar y espacio de concertación, y de construcción de un nuevo contrato social, para la reconstrucción y refundación del país bajo nuevas reglas de ordenamiento jurídico.

* Antropólogo boliviano. Rector de la Universidad de la Cordillera, La Paz, Bolivia.

Antecedentes

Contexto de una crisis

El contexto de la crisis reciente se explica por supuesto por factores estructurales de larga data pero también por factores de coyuntura de un período en la historia reciente que se caracteriza por la transición hacia la democracia después de largos años de dictaduras militares.

Por lo tanto, señalamos algunos avances y retrocesos en un proceso cíclico de democratización del país, a partir de las reformas del estado de la década de los 80-90:

- Avances importantes en las Reformas del Estado repercutiendo en un mayor reconocimiento de los derechos ciudadanos en el marco de lo multiétnico y pluricultural, como fueron las Reformas Constitucionales de 1994 y 2004 que reconoce el carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad boliviana; la Ley de Participación Popular (1994) que reconoce las autoridades indígenas como sujetos de las políticas de la participación popular, además de la transferencia no sólo política sino económica de recursos a los gobiernos municipales; la Ley de Reforma a la Educación basada esencialmente en el de la EIB (1994); la Ley INRA promueve el reconocimiento de las TCO's (1996) o territorios indígenas; y la propuesta de Ley de Reconocimiento de la Justicia Comunitaria (1998) respondiendo al mandato constitucional de 1994, entre otros.
- Debilitamiento institucional y crisis del estado boliviano que va a sentirse especialmente a partir del impacto de los movimientos sociales de febrero y octubre del 2000 y que culminan con la reciente paralización del país en el mes de junio del 2005.
- Emergencia de grupos indianistas en los movimientos sociales de tendencias anti-democráticas y autoritarias, paralelamente a los movimientos autonomistas del oriente con características semejantes al del occidente. Estos movimientos responden a motivaciones regionales nacionalistas que se basan en la exclusión de otros y en la promoción separatista de resto del estado.
- Derrota de los partidos tradicionales a partir de la caída de Gonzalo Sánchez de Lozada (2003), y surgimiento de nuevos actores políticos en la arena política (FEJUVE de El Alto, Comité

Cívico Cruceñista; CAINCO, CSTUCB, CONAMAQ, MAS y MIP).

Estos eventos políticos dieron como resultado una agenda política que se expresa en eventos consensuados que deberán llevarse a cabo en las siguientes fechas:

- La Asamblea Constituyente para el año 2006;
- El Referéndum sobre autonomías regionales y elecciones de prefectos el año 2006;
- La nacionalización del gas el 2006; y
- Las elecciones presidenciales anticipadas a fines de este año 2005.

Los desafíos pendientes de la actual coyuntura política pueden ser resumidos de la siguiente manera:

- Legitimar la institucionalidad del país a través de la elección nacional de Presidente y nuevos representantes en el Congreso Nacional; quienes deberán organizar la Asamblea Constituyente, Referéndum y debate de la nacionalización.
- Refundar el país a través de nuevos contratos sociales que incluyan a los actores mayoritarios del país, principalmente indígenas;
- Reorganizar el estado boliviano, de un modelo centralista a uno autonómico;
- Fortalecer el estado boliviano debilitado a través de la recuperación de los RRNN estratégicos, como el gas; y el mediante el fortalecimiento de las instituciones estatales en los campos de seguridad ciudadana, justicia, servicios básicos, redistribución de recursos y promoción productiva.

Linchamientos

Los linchamientos como hechos de violencia pública en la toma a la fuerza y espontánea de la justicia en manos propias, muestran a un Estado debilitado, incapaz de resolver problemas de seguridad ciudadana, en pleno proceso de deterioro causadas esencialmente por una ausencia estatal en los diferentes ámbitos públicos, especialmente en áreas peri-urbanas del país.

De acuerdo a un conocido estudioso de la violencia, David Goldstein (2004), luego de sistematizar una serie de hechos de linchamientos en la ciudad de Cochabamba, sugiere que estos actos de violencia extrema son muestras evidentes de protestas sociales contra el Estado y los poderes establecidos, de manera espectacular, poniendo en escena castigos sangrientos ejemplares contraviniendo abiertamente a las normas vigentes de debido proceso.

Estos actos reflejan no sólo el grado de frustración de la gente frente a su vulnerabilidad a actos de delincuencia y corrupción, sino que revela su protesta reivindicatoria de sus derechos de acceso a la justicia y seguridad ciudadana. En gran parte los participantes de linchamientos acuden a la justificación de sus actos mediante la aplicación de la justicia comunitaria como forma de legitimizar los hechos cometidos frente a las autoridades y los medios de comunicación.

Las consecuencias de la propagación de los hechos de linchamiento respecto a su vinculación a la justicia comunitaria son esencialmente de dos tipos: (i) distorsiona las prácticas del derecho consuetudinario en la medida que se promueven actos de hecho por grupos reducidos de vecinos para ajusticiar a delincuentes y violadores como medidas ejemplarizadoras, pero lejos de ser parte de la justicia comunitaria; y (ii) se instrumentaliza a la justicia comunitaria para legitimar acciones de violencia de orden político ante autoridades estatales que buscarán represalias legales contra los responsables. La utilización de la justicia comunitaria en estos actos políticos distorsiona los sistemas consuetudinarios de resolución de conflictos que se valen más bien de normas, autoridades legítimas, procedimientos y sanciones consensuadas en ámbitos comunitarios donde la legitimidad y la legalidad son parte esencial del funcionamiento de dichos sistemas.

El linchamiento no es por lo tanto justicia comunitaria sino por lo contrario nace de la ausencia de la justicia, no sólo de la justicia ordinaria sino también de la justicia comunitaria.

En síntesis la crisis de estado y la creciente posibilidad de un colapso institucional son las repercusiones de un fallido modelo que requiere urgente de una refundación y establecimiento de un sistema pluricultural que articule a todos en mismo proyecto político.

Diagnóstico en tres reflexiones

Tres ejes importantes de reflexión en torno a la interculturalización de la justicia: (i) viabilidad democrática vs. consolidación democrática, (ii) multiculturalismo, pluriculturalismo e interculturalidad, (iii) acceso e institucionalización de la justicia.

Partimos de la idea que cualquier relación puntual sobre el actual estado de la justicia en Bolivia no podría estar al margen del contexto global de la política, es decir, de una apertura democrática que parcialmente recupera lo multiétnico pluricultural de los años 80 y 90; de una crisis política que se agudiza el año 2000 e intensifica el 2003 con la renuncia de Gonzalo Sánchez de Lozada a la Presidencia a causa de un fallido proyecto neoliberal; y finalmente de una reciente revuelta que fija una nueva agenda política de cambios pero también de incertidumbres frente a un futuro que determinaría el destino de los bolivianos.

Hablar de la coyuntura hoy es también hablar de procesos estructurales que se vienen acumulando desde la fundación del país. La coyuntura y la larga historia se juntan para entender la actual crisis, en la que la justicia es parte inseparable de una crisis política, institucional y finalmente estatal.

Nuestro recorrido en esta breve ponencia hace especial referencia a aspectos diacríticos conceptuales de la democracia, a movilizaciones populares de alta intensidad y a salidas a la actual crisis como propuesta institucional de un estado pluricultural.

Viabilidad democrática vs. consolidación de la democracia

Muchos autores recientemente han celebrado prematuramente la “tercera ola” de la consolidación de la democracia. Sin embargo de acuerdo a muchos estudios, estas llamadas democracias de transición se mantuvieron entre tipos de regímenes autoritarios y democráticos. Estos tipos de regímenes “híbridos” hoy en día se convierten en temas de estudio por la comunidad académica, dado que no eran los resultados que se esperaban en el marco de la corriente denominada “consolidación de la democracia”, promulgado principalmente por pensadores norteamericanos y algunos latinoamericanos y asiáticos. Los conceptos de “democracias no consolidadas”, “democracias no terminadas”, “falsas democracias”, etc., llevan a un punto común que acepta la existencia de un tipo de “democracia modelo o ideal” que sería por excelencia la norteamericana.

Está corriente de la consolidación de la democracia se basa en la precondition de la existencia del Estado, por una parte, y cinco campos de acción en las que se mide el proceso hacia la consolidación: sociedad civil, sociedad política, estado de derecho, burocracia funcional, y sociedad económica institucionalizada, por otra.

Para que la consolidación democrática se de, estos cinco campos tienen que ser desarrollados de forma simultánea y sincrónica para llegar a un “tipo ideal” de democracia. Como sostienen, sin embargo, Whitehead y Crabtree (2001), de la Universidad de Oxford, dado que los objetivos son demasiados altos como para permitir que gran parte de las democracias logren, en un determinado horizonte casi infinito, consolidar ese tipo ideal de democracia, la utilidad instrumental de este enfoque se diluye apreciablemente, sobre todo si aplicamos la receta a países con altos niveles de pobreza y altamente dependientes. El propio Guillermo O’Donnell (1986) de esta misma corriente, ya había advertido que muchas de las democracias latinoamericanas se estaban desarrollando de diferentes maneras orientándose a horizontes democráticos distintos e híbridos.

En este vacío de limitaciones conceptuales contenidos en dicha corriente, Whitehead y Crabtree proponen una nueva manera de analizar los procesos democráticos aplicando el concepto de “viabilidad democrática”, refiriéndose a la idea de la adaptación del sistema a un medio ambiente dado. El concepto de la viabilidad nos lleva a considerar procesos cíclicos más que a procesos lineales, coincidiendo con una visión indígena sobre las cosas. En consecuencia, se podrán medir mejor tanto progresos como retrasos en los cinco campos ya mencionados: sociedad civil, sociedad política, estado de derecho, burocracia y economía, en un sentido de adaptación a un medio propio que caracteriza cada sociedad. Como indican los autores en forma figurativa, esta nueva manera de entender las democracias es: “Como las plantas en tierras inhóspitas, un régimen democrático puede adaptarse y sobrevivir sólo cuando se acomoda a las realidades locales”.

En este sentido partimos del principio de que las democracias pueden variar en muchos sentidos: pueden fomentar consenso o competencia; pueden optar por poderes compartidos versus gobiernos mayoritarios; o recurrir por autoridades públicas versus acción privada. Las democracias pueden ser parlamentarias o

presidenciales, autonómicas o unitarias, monoculturales o pluriculturales. Estas variaciones, particularmente en el diseño constitucional o en los sistemas electorales, tienen sus implicaciones en el grado de calidad o estabilidad democrática o en términos de Whitehead y Crabtree, tienen sus implicaciones en la viabilidad del sistema.

En Bolivia, como en muchos países latinoamericanos, las democracias se construyeron en su momento en base no sólo a su integración plena o parcial al sistema de mercado mundial, sino que además respondieron en parte a las demandas sociales en torno a reivindicaciones de ciudadanías plenas. Las poblaciones indígenas en este sentido se movilizaron de manera tal que se acoplaron a las grandes reformas institucionales reflejadas en las propias reformas constitucionales de muchos países latinoamericanos. Sin embargo, las movilizaciones indígenas de reciente data como las ocurridas en Bolivia y el Ecuador, cuestionan de fondo el sistema democrático formal en vigencia, y nos plantean una serie de interrogantes sobre el modelo.

Entre las muchas corrientes que proponen nuevas alternativas, resaltan aquellas de un “estado multiétnico” para garantizar una mayor participación de la población indígena reemplazando el actual sistema de democracia monocultural. Es decir el tema central es compartir el poder del estado.

Multiculturalismo, pluriculturalismo e interculturalidad

En los recientes debates respecto a la preparación hacia la Constituyente, se discuten en Bolivia conceptos como la distinción entre multiculturalismo y pluralismo cultural, distinción que permite responder con mayor certeza a los desafíos inmediatos que enfrenta la sociedad boliviana.

Para ello se ha recurrido a varios pensadores políticos entre ellos a Giovanni Sartori (2001) que define el Multiculturalismo como “una política que promueve las diferencias étnicas y culturales”, es decir una acción pública que no sólo acepta las distinciones entre grupos humanos, sino que además las ensalza. El Pluralismo Cultural por lo contrario, nos plantea Sartori, acoge la idea de la diversidad pero con el fin de su integración, de tal manera que no renuncia nunca a conformar una sola comunidad entre diferentes.

Una cosa es aceptar que lo diverso es bueno y otra muy diferente, dice el autor, atizar las diferencias hasta hacerlas irreconciliables. En

ese sentido, el pluralismo trabaja con los disensos, pero nunca fomenta los conflictos. Y es que en democracia, dice Sartori, no debería haber ni consenso pleno ni conflicto abierto, sólo disensos.

Sin embargo, Sartori olvida que las diferencias se construyen con el tiempo y tienen una particular historia marcada por una herencia colonial, como es el caso de los países latinoamericanos. Al resaltar las diferencias, no se hace sólo para marcar particularidades en lo diverso sino también para igualar relaciones en una sociedad racista y discriminadora. El problema recae que Sartori nos presenta una situación ideal de relaciones horizontales entre grupos diferentes. La realidad, sin embargo, es distinta marcada por relaciones asimétricas de poder. Por lo tanto los conflictos son inevitables, y nos llevan casi al colapso del sistema para construir un modelo alternativo, en el que los intereses particulares puedan ser compartidos en base a la diferencia, buscando un bien común, justicia social, y distribución equitativa de los recursos, es decir un estado inclusivo pluricultural.

Por otra parte, el debate entre Multiculturalismo y Pluriculturalismo se centra en la idea de que el Multiculturalismo no acepta valores universales fácilmente, promoviendo más bien valores particulares, que dificultan la aceptación de una cultura democrática de mayorías y del voto individual universal (Jorge Lazarte, 2003).

Álvaro García Linera (2004), a diferencia de Jorge Lazarte, sostiene que las democracias multiculturales y las reivindicaciones étnico culturales no tienen por qué ser contradictorias con el ejercicio de los hoy predominantes valores universales, de igualdad, tolerancia y libertad individual, incluyendo los “derechos humanos” de las primeras generaciones. Como lo ha mostrado también el filósofo liberal Will Kymlicka (2003), los derechos colectivos de autogobierno de los pueblos y nacionalidades indígenas, son la mejor manera de defender la cultura societaria de cada pueblo, pues ella brinda el contexto de elección individual de las opciones y valoraciones sobre la igualdad y la libertad que fundan precisamente la ciudadanía moderna. A esto es a lo que Iris Young (1990) ha denominado “ciudadanía diferenciada”.

Por lo tanto el estado multicultural no tiene por qué reñirse con los valores y derechos universales, más bien deberá integrarlos con los valores particulares, de tal manera que se estaría promoviendo una interculturalidad de derechos en el marco de un nuevo estado

multiétnico pluricultural. Lo que nos lleva al concepto de la interculturalidad, como acción del multiculturalismo en procura de cambiar las relaciones asimétricas a relaciones de igualdad y equidad.

En un reciente artículo, Catherine Walsh (2004), citando al ecuatoriano Galo Ramón (2000), pregunta si es posible la interculturalidad en América Latina. De acuerdo a Walsh, la *interculturalidad* se funda en la necesidad de construir relaciones *entre* grupos, como también *entre* prácticas, lógicas y conocimientos distintos, con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder (incluyendo las estructuras e instituciones de la sociedad) que han naturalizado las asimetrías sociales, mientras que la *multi* o *pluriculturalidad* simplemente parte de la pluralidad étnico-cultural de la sociedad y del derecho a la diferencia.

Si bien el reconocimiento del pluralismo jurídico tiende a contribuir al empoderamiento de los pueblos indígenas, ésta puede crear un sistema de subalternización legalizado si no consideramos mecanismos que no sólo articule ambos sistemas sino que permita la conciliación entre ambos. Como diría Assies (2000) “la legalización bien puede ser un dispositivo en la tecnología del poder, de dominación y domesticación”.

La legalización del pluralismo jurídico por sí sola, no asegura que el sistema jurídico estatal no se superponga sobre el sistema jurídico indígena. Por lo tanto, el pluralismo jurídico parte de la necesidad de una interpretación pluricultural de las leyes, es decir, del reconocimiento de diferentes funciones, contextos y fines sociales de las distintas normas jurídicas.

La tendencia del multiculturalismo de acentuar diferencias y de dirigirse esencialmente a la polarización entre lo indígena y lo occidental blanco, dificulta y limita la tarea de otorgar una interpretación intercultural amplia que se extienda al resto de la sociedad que también es diverso culturalmente. Albó (2000) menciona al respecto que al codificar las prácticas vivenciales, que por años han estado constantemente recreados, se tiende a homogenizar la interpretación del “deber ser” y resaltar la diferencia oposicional entre los dos sistemas.

Finalmente, lo que Assies (2000) denomina los procesos sociales de construcción de fronteras entre sistemas y esquemas de

administración de la justicia, en otras palabras, “hibridismos” o “sincretismos” jurídicos quedan fuera de estas oposiciones reduccionistas.

Cuando el problema de la interculturalidad es simplemente un problema del tratamiento de los indígenas y no un problema histórico y estructural de toda la sociedad, uno puede caer en fundamentalismos y etnicismos que muchas veces sirven para promover la parcelación y separación de lo diverso. En este sentido es imperante construir una propuesta civilizatoria alternativa, un nuevo tipo de estado, donde la profundización de la democracia sea viable, que surja del seno de la propia sociedad, de sus diferentes manifestaciones socioculturales e institucionales.

En un artículo reciente Xavier Albó (2000) propone que en un mundo cada vez más entrelazado, no debemos ser unidireccionales sino más bien, establecedores del diálogo en ambas direcciones. No es de reproducir la polarización tan común en el derecho positivo, entre un derecho absolutamente individual o absolutamente colectivo. Tampoco es de presumir que el derecho consuetudinario debe evolucionar hacia el derecho “positivo y ordinario” (lo cual supone irónicamente, que lo consuetudinario es “negativo” y “no-ordinario”). Más bien y como sugiere Albó, es de buscar un enriquecimiento y posible convergencia intercultural jurídica, que también permite incorporar de abajo hacia arriba, algunos principios subyacentes en el derecho indígena al derecho estatal y, a la vez, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad puedan empezar a entretorse.

Acceso e institucionalización de la justicia

El acceso a la justicia en Bolivia está estrechamente vinculado a la institucionalización del sistema judicial. Como todos ya hemos vistos en las presentaciones previas unos días antes, entre los problemas más evidentes de la actual crisis en Bolivia, está la institucional del Estado que se encuentra en una situación muy precaria y peligrosamente desmantelada por políticas que privilegiaron la reducción del gasto fiscal y por lo tanto el achicamiento del Estado.

La pérdida de confianza de la gente sobre las actuaciones de gobierno para resolver los problemas de la gente se incrementa día a día. La debilidad estatal para solventar el mínimo funcionamiento de una burocracia estatal es cada vez más precaria, disminuyendo por

supuesto su capacidad de respuesta a las demandas sociales. La corrupción y la retardación de la justicia son aspectos de mayor visibilidad que inciden en el debilitamiento institucional, afectando su credibilidad e incrementando su ineficiencia funcional.

En este sentido, la debilidad institucional está ligada a dos aspectos fundamentales: su legitimidad y legalidad. Por una parte, la legitimidad del Estado y sus instituciones, tienen una raíz colonial de larga data. Una vez que éstos se edifican en construcciones muchas veces ajenos a la propia cultura nacional y se edifican como copias fieles a otras provenientes de países y experiencias ajenas. Algunos se ajustan muy bien a la realidad local, pero otros se rigen por lógicas poco familiares al entorno cultural de las gentes en el propio territorio nacional.

La legalidad surge como problema cuando ciertas prácticas emergen de la incapacidad del Estado de actuar oportunamente en casos de linchamientos y actos de violencia espontánea por parte de vecinos y grupos de personas enfurecidas que actúan en frustración y en protesta por la falta de seguridad ciudadana y ausencia del estado ante una creciente ola de delincuencia y actos de corrupción.

La legalidad de dichos actos de violencia son el tema central de los efectos de una desinstitucionalización profunda de la justicia y de ausencia del Estado en barrios marginales y en sectores poblados por gente de pocos recursos.

En síntesis nuestros problemas se reducen a los siguientes:

1. demandas sociales insatisfechas / movimientos sociales;
2. debilidad institucional expresada en ausencia del Estado en circunstancias esenciales de servicios básicos;
3. problema de legitimidad expresado e propuestas de todo tipo basados en instituciones propias;
4. continuidad de un enfoque monocultural del Estado;
5. ausencia de una propuesta de interculturalidad que de coherencia al país en vez de desarticularlo en fragmentos.

Propuesta inicial en la recomposicion del Estado

Para transformar el Estado actual a partir de una interculturalidad real y viable, se debe reconocer a las organizaciones de base indígena campesinas (*ayllus*, *tentas*, capitanías, sindicatos) como parte de la estructura estatal, respetando las institucionalidades diversas tradicionales. Así el nuevo Estado se asentará sobre estructuras organizativas indígenas campesinas en el área rural y en organizaciones cívicas barriales, populares, en el área urbana. Éstas a su vez formarán parte de los gobiernos descentralizados municipales y departamentales.

La interculturalidad desde esta perspectiva contiene aspectos esenciales para la transformación de una sociedad, en tanto equilibra las relaciones de poder político a través de la inclusión de vastos sectores de la población boliviana, tradicionalmente marginados de los asuntos públicos, y posibilita la redistribución económica a través de las transferencias de fondos a cada una de estas unidades administrativas estatales. Las comunidades indígenas se convierten por primera vez en sujetos públicos para la transferencia de fondos estatales.

La nueva estructura del Estado, basada en las propias organizaciones de la sociedad, permitirá no solo la transferencia del poder político en la gestión local, sino la transferencia económica de recursos públicos, desde el TGN a las organizaciones de base orientadas a mejorar los servicios básicos en educación, salud e infraestructura, y principalmente en la promoción de una economía productiva.

Con ello se estaría logrando la participación directa de vastas poblaciones indígenas campesinas en el manejo de los recursos públicos, respetando formas y prácticas tradicionales de gestión a través de institucionalidades propias. Pero además la redistribución de los recursos nacionales en una base multiétnica y pluricultural.

La justicia de hecho se pluraliza. Se reconocen las competencias diversas de las autoridades e instituciones indígenas en el país y su articulación al Estado por la vía de controles en el campo de los derechos humanos. Esta articulación intercultural se daría a nivel de los municipios, donde se daría el primer nivel de control sobre los derechos humanos insertando competencias de la justicia comunitaria y derechos humanos a niveles de apelación superior del

poder judicial. Así la jurisprudencia de la pluralidad jurídica partiría de abajo hacia arriba, alcanzando niveles superiores del sistema judicial como es la propia Corte Superior y el Tribunal Constitucional.

Como señala Galo Ramón (1993:190): “la propuesta del Estado plurinacional no es un retorno, sino más bien una lectura desde el presente”. Un Estado que se construye sobre cimientos de una estructura social con profundas raíces socioculturales. No se trata de una lectura únicamente étnica, sino más bien de una propuesta “constituyente” de reorganización del conjunto del Estado y de la sociedad.

Bibliografía

Albó, Xavier. “Derecho consuetudinario: posibilidades y límites”, documento inédito, 2000.

Assies, Willem. “La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?”, texto preparado para el Curso “Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos para el tercer Milenio”, Arica, Chile.

García Linera, Álvaro. “Democracia liberal versus democracia comunitaria”. *El Jugete Rabioso*, 20 de enero de 2004.

Goldstein, David. *In our own hands: Lynching, justice, and the law in Bolivia*. American Anthropological Association. New York, 2003.

Kymlicka, Will. *Rights of Minority Cultures*. Oxford University Press, 1996.

Lazarte Jorge. “El Estado entre el demos y el etnos”. *Pulso* Nos. 204-5-6. La Paz, 2003.

O’Donnel, Guillermo; Philippe Schmitter, and Lawrence Whitehead, *Transitions from Authoritarian Rule*. Johns Hopkins, Baltimore, 1986.

Ramón, Galo. “¿Es posible la interculturalidad?”, *Revista Identidades* 21, 2000.

Sartori, Giovanni. “Multiculturalismo y sociedad desmembrada”, en *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, México, Taurus, pp. 59-89. 2001.

Walsh, Catherine. "Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico". *Publicación mensual del Instituto Científico de Culturas Indígenas*. Año 4, No. 36, marzo del 2002.

Whitehead, Laurence y John Crabtree. *Democratic Viability*. Edited by Crabtree and Whitehead. Saint Anthony's Series. London, 2001.

Young, I.M. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton, Princeton University Press, 1990.

Pluralismo jurídico y paz en Guatemala

*Guillermo Padilla**

Uno de los objetivos más importantes de los Acuerdos de Paz firmados entre la unión de las diferentes guerrillas de la URNG y el Estado guatemalteco para poner fin al conflicto armado de 36 años, fue el fortalecimiento del Estado y la construcción de nación. Con ese propósito, se acordó construir una política fiscal que le otorgara recursos a un débil aparato estatal, ausente en la mayoría de sectores y áreas del país. Así mismo se planteó la necesidad de reconocer el carácter multiétnico y plurilingüe del país por medio del reconocimiento de derechos específicos de los pueblos indígenas.

La mayor cantidad de recursos de la cooperación internacional invertidos a lo largo del proceso de paz se hicieron en el denominado sector justicia, que incluye las Cortes y los tribunales de justicia; el Ministerio Público, encargado de la investigación de los delitos en el vigente sistema acusatorio; el sistema penitenciario; la Policía Nacional Civil y el Instituto de la Defensa Pública Penal, creados estos dos últimos en cumplimiento de los Acuerdos de Paz.

La inversión más sustantiva ha sido de la cooperación internacional, dado que los varios intentos de incrementar los ingresos fiscales de la nación se frustraron ante la negativa de los poderosos sectores agrícolas, industriales y comerciales del país a pagar impuestos. A pesar de esta inversión la justicia sigue siendo un espejismo para la mayoría de los guatemaltecos. Estudios de órganos independientes señalan como en Guatemala existe una impunidad de más del 98% frente al delito de homicidio, siendo este delito el más investigado por definición (sólo el 1.7% de los homicidios que se cometen en el país llegan a sentencias condenatorias)¹. Paradójicamente, los esfuerzos del Estado no siempre han estado más

* Abogado colombiano. Asesor técnico del Instituto de Defensa Penal Pública, Ministerio Público de Guatemala. Trabajó varios años para Naciones Unidas en Guatemala.

¹ Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, estadísticas, 2003.

dirigidos a impedir, aún en contra de principios constitucionales y legales, que las autoridades indígenas investiguen y juzguen delitos.

En la Constitución vigente desde 1985, se incorporaron derechos específicos de los pueblos indígenas, tales como el derecho a la identidad cultural, formas de vida, organización social, autoridades, idiomas, costumbres y tradiciones. Con el Convenio 169, ratificado en junio de 1996, y que entró en vigencia un año más tarde, se consolidaron y desarrollaron esos derechos y se comenzó a despejar un horizonte que todavía no está exento de retrocesos y otros nubarrones amenazantes. No obstante con más de siete años de vigencia del Convenio 169, son muy escasos los actos procesales, sentencias, resoluciones o autos que los jueces han producido en aplicación de este instrumento de origen internacional².

Chiyax, un caso paradigmático

La sentencia más importante con base en este convenio y que es objeto del presente trabajo, se dio en Totonicapán entre marzo y junio del 2003. En el Cantón Chiyax, en Totonicapán, en el altiplano occidental de Guatemala, área habitada en un 95% por indígenas *K'iche's* y caracterizada por conservar un sólido sistema de autoridad tradicional.

La sentencia fue excepcional por ser la primera de esta naturaleza que se da en el país; por sus características y consecuencias constituyó un ejemplo único para una nación que se encuentra inmersa en una transformación profunda, en la conformación de un nuevo Estado, como dicen los Acuerdos de Paz, que va del viejo modelo excluyente y hegemónico a uno que sea incluyente, participativo, descentralizado, respetuoso de la diferencia, diverso, y con perspectiva de género.

Un Estado de Derecho que fortalezca el ejercicio de la ciudadanía y que frente al orden social y la equidad promueva la justicia comunitaria. El caso Chiyax que analizaremos a continuación es, en este sentido, es un escenario donde los guatemaltecos pueden ver como funciona este modelo y hacia donde se esperaría que la nación transitara.

² El Centro de Documentación Judicial (CENADOJ) trabajó en la recopilación de decisiones judiciales producidas en Guatemala en aplicación del Convenio 169.

El 1 de marzo del 2003 se produjo la captura de tres indígenas sospechosos de intentar robar en una casa. La primera reacción de la comunidad fue lincharlos³. Los sospechosos fueron golpeados y obligados a caminar en paños menores por la comunidad. Cuando algunas personas ya traían gasolina para quemarlos, la intervención oportuna del alcalde comunitario y otros miembros de la comunidad, particularmente mujeres, impidió el linchamiento, logrando detener a la turba con base en el imperativo moral que prohíbe matar seres humanos.

Los sospechosos fueron entregados a las autoridades de policía y justicia, quienes los enviaron inmediatamente a la cárcel de Quetzaltenango. Ante el temor que la turba tratara de sacarlos del sitio de detención si se les dejaban en Totonicapán, los tres indígenas quedaron por cuenta del Juzgado de Instancia Penal de Totonicapán, sindicados del delito de robo agravado. Lo que no se pudo evitar fue que la gente quemara el vehículo en que se movilizaban los sospechosos. Esa noche la comunidad estuvo reunida discutiendo los sucesos del día y se acordó redactar un memorial el que fue firmado por 480 adultos de ese Cantón.

Al día siguiente entregaron el memorial al Juez de Instancia Penal, donde exigían a las autoridades estatales que castigara ejemplarmente a los sospechosos, los cuales no podrían ser defendidos ni dejados libres sin castigo, bajo la amenaza que las instalaciones de las instituciones correrían la misma suerte del vehículo incinerado por la muchedumbre. El vehículo quemado fue puesto frente a la torre de tribunales, con la advertencia que no fuera removido de allí, todo lo cual generó crisis entre los funcionarios de las instituciones de justicia del departamento, quienes no estaban seguros sobre qué camino tomar.

La defensora indígena de Totonicapán del programa de las Defensorías Indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal, envió un memorial al director del Instituto donde solicitaba se le excusara de defender a los sindicados por el temor que las amenazas del memorial se cumplieran. Esta solicitud fue transmitida a los

³ Desde 1996, año de la firma de la paz entre el gobierno de Guatemala y la URNG (la organización de las diferentes fuerzas guerrilleras que sostuvieron 36 años de conflicto armado interno), se ha producido un fenómeno de linchamientos que ha afectado principalmente áreas indígenas. Hasta el 2003 se habían dado 443 linchamientos registrados, los que han dejado 857 víctimas, de las cuales murieron 242 personas.

coordinadores del Proyecto de las Defensorías Indígenas, una de cuyas tareas es el impulso al desarrollo de mecanismos de coordinación entre las distintas formas de justicia que existen en el país. De ahí surgió la propuesta de aprovechar esta crisis, en el sentido de mejorar los mecanismos de coordinación entre el derecho indígena y el derecho oficial. El juez aceptó y ofreció a las autoridades indígenas de Chiyax que ellos juzgaran a los sospechosos de acuerdo a su derecho indígena, en cumplimiento al derecho reconocido en el Convenio 169 de la OIT. Se acordó entonces con el Juez promover una reunión en la que participaran todos los actores del conflicto, incluidos los funcionarios de las instituciones de justicia y las autoridades indígenas.

En esta reunión se formalizó el ofrecimiento de parte del juez y el fiscal, quien fue convencido sobre esta salida de la crisis, a las autoridades indígenas. Se habló con franqueza sobre las quejas de la comunidad a lo que ellos percibían como un sistema de justicia inoperante, que no atendía las necesidades y demandas de la comunidad. De parte de las autoridades de justicia oficial, se explicó la existencia de principios de derechos humanos e imperativos legales, tales como el debido proceso, el derecho a la defensa y la presunción de inocencia, que debían ser respetados en todos los casos.

El miércoles 25 de junio del 2003 en horas de la mañana, observado por más de mil personas bajo una pertinaz lluvia en Totonicapán, se llevó a cabo la ceremonia para el juzgamiento de los 3 indígenas, dos de Quetzaltenango y uno de Momostenango, por autoridades indígenas tradicionales en coordinación con el Juzgado de Instancia Penal, la Defensa Pública Penal y la Fiscalía Distrital de esa cabecera departamental. Se trataba del primer proceso por un delito que está por fuera del criterio de oportunidad⁴, juzgado en coordinación entre el sistema jurídico maya y el sistema oficial de justicia.

El camino para llegar a este punto no fue fácil y fueron muchos los obstáculos que debieron ser superados. Luego de varias reuniones con representantes de la comunidad y particularmente una sostenida en el despacho del Sr. Juez de Primera Instancia Penal de Totonicapán, quien desde un principio se mostró abierto a darle

⁴ El artículo 25 del Código Procesal Penal establece que delitos cuya pena no pase de cinco años, podrán ser objeto de arreglos y mediaciones.

espacio de participación a las autoridades indígenas, con la participación del Juez de Paz, del Fiscal Distrital, de un ex-presidente de la Asociación de Alcaldes Comunitarios de Totonicapán, los funcionarios de la Defensoría Indígena del IDPP, el coordinador regional del Instituto de la Defensa Pública Penal, miembros de la junta directiva de la Asociación de Alcaldes Comunitarios de Totonicapán y una delegación del Cantón de Chiyax, se acordó que la comunidad, en uso de las atribuciones del Convenio 169 y con el acompañamiento de los participantes, llevaría a cabo el juzgamiento de los sindicatos.

Lo que ocurrió desde entonces fue una interesante experiencia de empoderamiento y de capacitación *in situ* sobre el Convenio 169, los derechos humanos y los derechos fundamentales, como límites del ejercicio del derecho maya y la creación de un nuevo paradigma sobre las posibilidades de coordinación entre autoridades oficiales e indígenas.

La comunidad pasó de proponer inicialmente, como lo hizo uno de los miembros de la comunidad consultado, que los sospechosos fueran condenados sin defensa y sin comida a 20 años de cárcel; a aplicar, como lo hicieron en la ceremonia de ese miércoles 25 de junio (ocho *Aj*, en el calendario maya, día propicio para la siembra) que los *Ajq'ijab* ayudaran a quienes habían caído, trayéndolos de nuevo al seno de la comunidad de donde se habían salido, sembrando en sus corazones la semilla del trabajo, pues lo que habían hecho probaba su carencia.

Para llegar a ese punto la comunidad había nombrado una mesa de 13 notables, donde estaban representados los diferentes sectores de la comunidad: un *ajq'ij* (guía espiritual), una comadrona (partera tradicional) un alcalde comunitario, un maestro, una madre de familia, un ex-alcalde, etc., como lo sugiere el texto del Título de Totonicapán, libro escrito entre 1554 y 1562 y traducido del *K'iche'* antiguo en un trabajo dirigido por el antropólogo canadiense Robert Carmack en la Universidad Autónoma de México en la década de los setenta. El original, una reliquia sagrada para los *k'iche's*, es conservado en un lugar secreto, guardado por el clan *Yax* de la comunidad totonicapense.

Las autoridades tradicionales luego de vencer la inseguridad que los acosó durante los primeros días, lograron superarla y afrontar el reto que se les hizo de juzgar a los tres sindicatos de robo,

investigaron los procedimientos en el texto del Título y encontraron el camino que los llevó a una justicia humanizada, restauradora, donde en lugar de pisotear al hermano caído, se le ofrece la ayuda para que “*limpie su mente*”, rehabilitarlo y permitirle encontrarse a sí mismo en el camino de la justicia, dentro de la comunidad. “*El podrido de los frutos no se tira sino que cumple una función*” y “*el castigo no limpia la mente, el trabajo en cambio sí*”. Fueron dos de las frases que citaron en el acto de justicia, esa mañana de junio.

De este texto, las reuniones y debates que este acto de justicia generó, la comunidad logró desarrollar un proceso de recuperación de su memoria histórica y fortalecer su cohesión social, no solamente a partir de las enseñanzas que dejaron los ancestros en el texto del Título, sino en la búsqueda de respuestas al reto que significó para ellos la oferta de coordinación que encontraron de parte de los funcionarios estatales.

En curso de la ceremonia los procesados reconocieron su falta y pidieron perdón a la comunidad, sus hijos, parientes y a las autoridades. En un momento, la mesa de notables pidió que subieran al estrado donde se llevaba a cabo el juicio, los familiares de los procesados y de rodillas frente a sus hijos, esposas, padres, suegros, etc., cada uno pidiera perdón por su conducta. Luego, frente a la comunidad dieron su palabra de corregir sus vidas, trabajar honestamente y ser buen ejemplo para sus hijos y la comunidad. En curso de la ceremonia se hicieron varias veces invocaciones a valores éticos y principios morales, tales como el valor sagrado de la palabra, la dignidad, la armonía, el buen ejemplo, y especialmente al carácter del trabajo como la más noble forma de comunicación entre los seres humanos y la naturaleza y donde todos recibimos los dones de la vida, la salud y la dignidad.

Cuando correspondió el turno al *Ajq'ij* de hacer el *Pixab* (dar consejo). Éste explicó el significado del día *Aj*, dijo que no era casual que este día lloviera, pues era la respuesta de la naturaleza al trabajo humano para ayudar a la siembra y dijo que este día era propicio para hacer justicia pues también los seres humanos podemos ser fértiles con las buenas semillas, como la siembra en nuestros corazones de la semilla del trabajo. Explicó que el trabajo es la mejor forma de comunicación entre la naturaleza y los humanos y que después de una dura jornada de trabajo se duerme en paz y el descanso es pleno. Dijo que el mal que ellos trataron de hacer, dañaba a personas pobres, como ellos, que con el fruto del trabajo habían logrado

conseguir lo poco que tienen, con mucho esfuerzo y sudor, que ellos debían agradecer su juventud y salud y ganarse con el trabajo lo que quisieron robar a otros.

Al finalizar la ceremonia se pidió a los procesados compensar a la comunidad con 30 días de trabajo comunitario en obras necesarias para la comunidad donde se pretendía robar, después de lo cual se pidió a los juzgados poner su mano sobre 20 granos del sagrado maíz y responder a un juramento que leyó el Alcalde Comunitario, donde se les pidió respetar la palabra empeñada de trabajar honestamente, no robar, ser un buen ejemplo para sus hijos y cumplir el compromiso de la labor comunitaria, lo cual explicó el Alcalde, no es castigo pues el trabajo nunca lo es.

Después del juramento el Alcalde Comunitario explicó que ellos tenían la opción de sembrar el maíz o de botarlo. Si hacen esto último estarán tirando su dignidad, el valor de su palabra, el amor a sus hijos y a sí mismos, si en cambio lo cuidan y siembran, el sagrado maíz, les responderá con alimento y protección. Ese día los procesados recuperaron su libertad de manos del Juez de Instancia Penal quien estuvo presente durante toda la ceremonia y quien dijo a la gente reunida que con su presencia, el Estado estaba reafirmando su respeto por el derecho indígena y sus autoridades. De la misma forma otras autoridades oficiales, el Fiscal Distrital, y la Defensora Indígena del Instituto de la Defensa Pública, afirmaron que con este ejemplo de coordinación entre el derecho oficial y el derecho indígena, se estaba enterrando para siempre el fenómeno de los linchamientos y se abría un camino de colaboración con equidad y justicia para todos.

Al día siguiente, los tres se presentaron a las 8:00 en la comunidad, donde fueron recibidos por una comisión nombrada para coordinar el trabajo que harían y proveerles la alimentación, de acuerdo con la decisión acordada el día anterior. Esto mismo hicieron todos los días sin interrupción, salvo por uno de ellos que transcurridos 8 días, tuvo un accidente en una bicicleta y por incapacidad médica no pudo continuar el trabajo comunitario, razón por la cual y luego de discutirlo con las autoridades tradicionales, se optó por el pago de los jornales que correspondían a los días que no pudo presentarse.

A manera de corolario de esta experiencia de aplicación de justicia indígena, el Juez de Instancia Penal, respondiendo a una pregunta sobre que hubiera pasado si el caso hubiera continuado en

su despacho, respondió que para llegar a debate, el proceso hubiera tenido que esperar por lo menos un año, con los muchachos presos y que en el mismo, seguramente ellos habrían sido condenados a penas que oscilarían de entre 6 a 15 años, que es el castigo previsto en el Código Penal para el robo agravado.

Al comentar esto al Alcalde Comunitario, quien había coordinado esta experiencia, dijo que uno de los problemas más serios que habían enfrentado era cómo conseguir la comida que había que darles a los muchachos durante los treinta días de trabajo comunitario, *“todos somos pobres y a nadie le sobra la comida”* dijo. Entonces comentó, *“si ellos hubieran sido condenados a 10 años, imagínese lo que nos cuesta a los guatemaltecos alimentarlos todo ese tiempo, y al final, ¿para qué? Si todos sabemos que de una cárcel saldrían peor que como entraron”*.

Consecuencias y enseñanzas

El examen de lo que sucedió en Chiyax es importante para el proceso guatemalteco de consolidación de la paz. La justicia guatemalteca requiere de adecuaciones para atender apropiadamente a la población indígena *maya, xinca* y *garífuna*, que representa más del 50% del total de la población. Estos ajustes pueden ser de dos órdenes: por un lado, reformas a la justicia oficial para hacerla más accesible desde el punto de vista lingüístico y cultural, y por otro, el apoyo a la plena entrada en vigencia del derecho a su propio derecho.

Las principales dificultades de la población indígena para acceder a la justicia oficial son de carácter lingüístico, cultural y económico; dado su condición de hablantes de idiomas distintos al español y de un muy deficiente servicio de interpretación judicial oficial. Esta población, en su mayoría, se encuentra en condiciones de extrema pobreza⁵, adolece de ausencia de educación escolarizada y enfrenta serias dificultades de contar con asistencia jurídica, todo lo cual se agrava por la actitud de algunos funcionarios, mezcla de ignorancia y racismo, que convierte a los tribunales en escenarios casi inaccesibles para atender sus necesidades.

⁵ Según un reciente estudio, que todavía no está en prensa, del sociólogo Edelberto Torres Rivas, (*“Guatemala: un edificio de cinco pisos”*) de un total de 11.4 millones de guatemaltecos, alrededor de 2 millones viven en condiciones de pobreza extrema (menos de un dólar diario de ingreso) de los cuales el 71% son mayas; cerca de 5.6 millones pertenecen al estrato bajo (un poco más de un dólar de ingreso promedio) entre los cuales 2.7 millones son mayas.

El derecho de acceso a la justicia implica para la población indígena, en el marco de la legislación vigente, no sólo el libre paso a los tribunales y en general a las oficinas del Estado para informarse y hacer valer sus derechos, sino también el desarrollo de mecanismos que le permita a la comunidad, en el marco de su historia particular, idioma, cosmovisión, formas de organización social, valores, espiritualidad, etc., evolucionar como colectividad en la resolución de sus conflictos, creciendo a partir de ellos, en un elogio a la dificultad que dignifique a los seres humanos⁶.

Son varios los ejemplos que hemos documentado, en el proyecto de las Defensorías Indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal, de cómo una comunidad puede desarrollarse y mejorar si se le reconoce y propicia la posibilidad que tiene de poner en práctica sus principios, valores y procedimientos en el ejercicio de su propia concepción de justicia.

El hecho que la primera reacción de la comunidad de Chiyax al capturar a los delincuentes haya sido el linchamiento, dice mucho de las dificultades que el Estado no ha podido resolver en relación con el acceso a la justicia a los pueblos indígenas. Habla, así mismo, de las particularidades de la historia del país.

Los linchamientos

Por razones contrainsurgentes, durante la década de los 70 y los 80, el ejército de Guatemala, bajo gobiernos militares, creó las patrullas de autodefensa civil o PAC's, en las que cerca de un millón de personas, en su mayoría indígenas, fueron obligados a formar parte de ellas. La autoridad tomó la forma de Comisionado Militar y para lograr su inserción en las comunidades, el ejército declaró como objetivos militares a las autoridades tradicionales.

Según el informe del REMHI, (Reconstrucción de la Memoria Histórica) conducido por la Iglesia Católica para abordar lo que ocurrió durante los 36 años de conflicto armado interno, aproximadamente el 80% del total de las víctimas fueron mayas y en sus comunidades se particularizó en todos aquellos que ostentaban alguna forma de autoridad o liderazgo.

⁶ *Elogio a la dificultad y otros ensayos*. Fundación Estanislao Zuleta, Bogotá, 1994.

El vacío que quedó con este ataque frontal a la autoridad indígena, fue llenado por los nuevos mandos que con el respaldo del ejército desempeñaron autoridad hasta su desmonte y desmovilización, formalizado en 1996, cuando se firmó la paz. Hasta ese año, los patrulleros y comisionados militares fueron un referente de autoridad, pero a partir de su desmonte, aunque continuaron ejerciendo mando, éste se dio de una manera más solapada y atendiendo a consignas de orden político y electoral. No es casual que sea en este año que haya comenzado la oleada de linchamientos que en forma masiva ha sacudido el país en forma dramática desde entonces. La hipótesis de la anomia, parece ser la que mejor explica este fenómeno, entendiendo por esto la enfermedad social que se produce cuando la autoridad o norma que existía desaparece y su reemplazo no se produce, tarda o no es aceptado.

El hecho que se da una coincidencia de las áreas más afectadas por los linchamientos con aquellas donde el conflicto armado fue más intenso en relación con militarización de comunidades, masacres, presencia de PAC's, y ausencia de servicios del Estado, sustenta esta hipótesis. Fue tanta la violencia que se ejerció contra las comunidades, que éstas quedaron expuestas sin amparo ni protección, lo que condujo a una cesación de principios y normas que lleva a la gente a responder con una violencia ciega a todo acto que es percibido como agresión a la comunidad.

Es también cierto que muchos de los linchamientos han sido el resultado de agitadores, generalmente sectores cercanos a las PAC, con agendas precisas, pero lo que también nos debe inquietar es la pasividad con la que cientos, a veces miles de personas, observan impasibles cómo se cometen toda clase de atrocidades contra sospechosos de delitos, a veces tan nimios como el robo de unos rábanos en Zuníl (Quetzaltenango) o el no pago de una bebida gaseosa, en Sololá, quemados en vida o golpeados hasta la muerte.

Este diagnóstico sugiere dos vías para la solución de este flagelo. Por una parte, un incremento en la presencia del Estado con comprensión lingüística y cultural, autoridades y jueces bilingües o por lo menos capacitados adecuadamente para atender población caracterizadamente diversa, con herramientas apropiadas para su atención, intérpretes judiciales formados, leyes traducidas y glosarios de términos jurídicos en los idiomas que habla la población, sensibilidad cultural, respeto a sus tradiciones y formas

de organización social, etc., lo cual implica necesariamente una inversión considerable y un mediano o largo plazo para su implementación.

La otra vía, demanda de menos recursos económicos y se puede dar en un tiempo considerablemente menor. Hablamos del fortalecimiento de la autoridad tradicional y un incremento de su papel como referente de justicia para las comunidades. Estos dos aspectos no son excluyentes sino complementarios e inaplazables en el proceso de construcción de un estado multiétnico y pluricultural, como lo especifican los Acuerdos de Paz.

Lo que ocurrió en Chiyax es un claro ejemplo de esta situación. Del linchamiento la comunidad pasó, gracias a la apertura de las autoridades judiciales y a la lectura que hicieron del Convenio 169, para beneficio de todos, a asumir y ejercer el derecho que tiene, desde el punto de vista legal y político, de expresar formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social, como pueblos diferenciados que son, y a quienes las leyes han reconocido su status particular.

Reconocimiento del derecho indígena en Guatemala

En el artículo 66 de la Constitución⁷, el Estado, además de reconocer el carácter multiétnico de la nación, asume tres obligaciones con implicaciones jurídicas y políticas. Las de reconocer, respetar y promover, las formas de vida de los diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya, sus costumbres, tradiciones, idioma, y las formas de organización social. El reconocimiento del derecho indígena forma parte de este cuerpo, pues es una de las expresiones culturales más importantes que hacen posible una organización social y alguna forma de orden, expresado en un sistema normativo y autoridades que lo administren.

Este artículo, junto con el 44 (Derechos inherentes a la persona humana), el 46 (Preeminencia del Derecho Internacional) y el 58

⁷ Constitución Política de Guatemala, 1985, Art. 66. Protección a grupos étnicos. Guatemala esta formada por diversos grupos étnicos entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos.

(Identidad cultural), forman parte de la base constitucional para el reconocimiento del derecho indígena, por lo demás este reconocimiento se ubica en la parte dogmática de la Constitución⁸ y en tal carácter forma parte de los principios filosóficos y políticos que enmarcan las instituciones y los ciudadanos y a partir de los cuales se construye todo el ordenamiento legal.

Esta interpretación sigue las líneas señaladas por la Corte de Constitucionalidad en cuanto a que debe interpretarse la Constitución como un conjunto armónico, prefiriendo la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del texto constitucional⁹, dado que de hacerse una interpretación aislada o anteponiendo los artículos, se correría el peligro de lesionar, restringir o anular un derecho reconocido en otra parte de la carta constitucional. Por ello deben considerarse los principios generales del derecho y especialmente los derechos fundamentales y derechos inalienables para cualquier interpretación constitucional.

El artículo 46 de la Constitución establece la jerarquía de las leyes y la preeminencia del derecho internacional en materia de Derechos Humanos, considerando que el Convenio 169 de OIT es sobre derechos humanos y al ser ratificado por el Congreso de la República de Guatemala, ingresó al ordenamiento o derecho interno “a través del acto (aprobación o ratificación, según el país) de quien tenga, conforme el orden constitucional, el poder de legislar”¹⁰. Su aplicación se encuentra por encima del derecho interno en virtud de lo que establece el artículo 46 que reza “Se establece el principio general que en materia de Derechos Humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho interno”.

El artículo 58 protege la identidad cultural individual y colectiva, al reconocer el derecho a la identidad cultural individual y de las comunidades, integrando al concepto de identidad cultural, la costumbre, las lenguas y los valores. En este sentido, debemos traer a la argumentación lo que preceptúa el artículo 44 constitucional que

⁸ La parte dogmática está conformada por los artículos 1 al 140.

⁹ Corte de Constitucionalidad, expediente 199-95.

¹⁰ Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. Magistrado de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala, “La Operatividad del Convenio 169 de la OIT en el Derecho Interno Guatemalteco”. Ponencia en el Foro Internacional, Contexto Jurídico para una Adecuada Coordinación entre el Derecho Indígena con el Derecho Oficial.

trata sobre derechos inherentes a la persona humana. En este artículo, la Constitución define los derechos reconocidos en ella como un conjunto mínimo de derechos pero no exceptúa otros que aún no nominados, constituyen derechos inherentes a las personas. Tal es el caso del derecho inalienable al ejercicio de su cultura, de su espiritualidad, o el ejercicio del propio sistema jurídico.

Una de las enseñanzas del caso Chiyax, es que con un cambio en la actitud de un juez, un fiscal, un defensor público, es mucho lo que se puede avanzar en la transición de un Estado Contrainsurgente a un Estado de Derecho.

Es importante recordar que el Estado no es sólo una idea abstracta. El Estado es también gente de carne y hueso, con sentimientos, anhelos y temores; gente de quien depende la construcción de una sociedad más justa, donde los derechos que existen para algunos sean para todos, gente protagonista de una sociedad que deja atrás el racismo que lleva a temer y desconfiar del otro, por que el otro no es más mi enemigo, ni mi víctima, tampoco el criminal que hay que encerrar o eliminar, el otro es más el espejo donde cada uno ve su humanidad reflejada.

Bibliografía

Alvarado Flores, Humberto. *El derecho de la costumbre. Ensayo sobre la normatividad jurídica consuetudinaria en Guatemala*, INAP, Mineo, julio 1992.

Esquit, Choy y Ochoa García, Carlos. *El respeto a la palabra. El orden jurídico del pueblo maya*. Centro de Estudios de la Cultura Maya, Guatemala, 1995.

Gaviria Días, Carlos. "La justicia indígena en la Constitución colombiana de 1991". Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Justicia y Pueblos Indígenas. Guatemala, 1998.

Guzmán Böckler, Carlos y Jean-Loup Herbert. *Guatemala, una interpretación histórico-social*. Editorial Cholsamaj. Guatemala, 1995.

Jonas, Susanne. *De centauros y palomas: El proceso de paz guatemalteco*. FLACSO, Guatemala, 2000.

Informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH). *Guatemala: Memoria del Silencio*. Guatemala, 1999.

Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica, (REMHI), *Guatemala: Nunca Más (4 vols.)* Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG). Guatemala, 1998.

Irigoyen Fajardo, Raquel. *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Fundación Mirna Mack. Guatemala, 1999.

... “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos.” En *Variaciones sobre la justicia comunitaria. El Otro Derecho* N. 30. Red de Justicia Comunitaria. ILSA. Bogotá, diciembre 2003.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, *Estadísticas*, 2003.

Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship*. Oxford University Press. Oxford, 1995.

López H., Eleazar Pbro. *Teologías indias en la Iglesia. Métodos y Propuestas*. Centro Nacional de Ayuda a Misiones Indígenas. CENAMI. México, abril 2002.

Nader, Laura. *Harmony Ideology. Justice and control in a Zapotec mountain village*. Stanford University Press. California, 1990.

Padilla, Guillermo. “Estado, globalización y localismo: notas sobre la construcción de la interculturalidad en Guatemala”. VII Seminario Internacional del Programa de Diálogo Filosófico Norte-Sur. San Salvador, 26 al 30 de julio de 1998.

Pasara, Luis. *Las decisiones judiciales en Guatemala. Un análisis de sentencias emitidas por los tribunales*. Minugua, Guatemala, marzo 2000.

Pasara, Luis, y Wagner, Karin. *La justicia en Guatemala. Bibliografía y documentos básicos*. Minugua, Guatemala, agosto 2000.

Rohrmoser Valdeavellano, Rodolfo. “La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco”. Ponencia en el Foro Internacional “Contexto jurídico para una adecuada coordinación entre el derecho indígena con el derecho oficial”. Sala

de Vistas, Corte Suprema de Justicia de Guatemala, septiembre 2004.

Sánchez Botero, Esther. *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2004.

Sieder, Rachel. *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*. FLACSO, Guatemala, 1996.

Santos, Boa Ventura de Sousa, "Law and Community: The Changing Nature of State Power in Late Capitalism", en *The Politics of Informal Justice. Vol.1 The American Experience*. R Abel, editor. Academic Press. New York, 1982.

Zuleta, Estanislao, *Elogio de la dificultad y otros ensayos*. Fundación Estanislao Zuleta, Bogotá, 1994.

Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia

*Esther Sánchez Botero**

Este país se halla en la vanguardia de todos los muchos países donde existe el problema de cómo conformar una sociedad, un Estado y un orden legal multicultural y no asimilista.

La jurisprudencia colombiana explora los límites teóricos y las prácticas de lo que es un orden legal con pluralismo jurídico formal.

Claramente el desarrollo hacia un pluralismo legal formal de tipo igualitario se estanca al momento de abordar y utilizar los conceptos de sujeto colectivo y derechos colectivos, particularmente en casos en que prácticas judiciales indígenas se ven acusados de conformar prácticas iliberales.

Un análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombia tiene valor también para otros países.

La Corte de Colombia es el único lugar jurídico en el mundo donde se delibera y decide tan intensa y frecuentemente sobre casos de conflictos multiculturales muy concretos.

Por ende, tal análisis tiene un valor edificante para todos quienes en la lucha social diaria o desde la distancia académica, se interesan por un futuro donde se respete la diversidad cultural sin dejar desintegrar la sociedad como tal.

André Hoekema

Presentación y resumen

Es un hecho, por cierto muy extendido, que tradicionalmente se han confundido los fenómenos externos, lo que hace, o no hace la gente, por comparación con otras sociedades con lo que es la cultura

* Antropóloga colombiana. Profesora e investigadora de la Universidad de los Andes y la Universidad Nacional de Colombia.

propriadamente. Se ha relacionado que la inexistencia de determinados fenómenos en ciertas sociedades como tribunales, autoridades, códigos escritos, por ejemplo, es equivalente a sociedades sin derecho, porque lo que tienen son “usos y costumbres” o simplemente “control social”. Desde otro punto de vista, numerosos intelectuales indígenas y no indígenas han clasificado esos “usos y costumbres”, ese llamado “derecho consuetudinario” como más o menos configurado, más o menos estructurado, llamándolo también “tradicional”, para concluir que es “más o menos derecho” con relación al Derecho, ése sí con mayúscula, como lo afirmó en una conferencia la abogada peruana Raquel Yrigoyen.

Contrario a estos clasificadores como derechos a medias, acuñamos en la década de los ochenta el concepto de *derecho propio* que buscó demostrar con estas palabras los modos particulares cómo las distintas sociedades ordenan la vida social, buscan salida a los conflictos y determinan cómo han de manejar con orden lo que es a todos. En estos derechos propios, al buscar el origen de muchos de sus principios y procedimientos y por ende expresiones, éstas provienen de su mismo entorno social, o incluyen elementos que fueron adoptados, apropiados de fuera o incluso incorporados porque les fueron impuestos parcial, o totalmente.

Teóricamente definiendo que no es más derecho propio indígena aquel que tiene más signos “tradicionales” de aquel que ha copiado e incorporado los referentes del derecho estatal. Ése su derecho es el que conocen, aplican y el que guía la vida social de un determinado modo. Obviamente, éste no es el espacio para criticar las nefastas intervenciones particularmente de abogados-asesores de los pueblos indígenas, que como no ven el derecho que ellos conocen operando, entonces deciden “ayudar” a los pueblos introduciéndoles los referentes de lo que sí es derecho para que ahora sí lo tengan; lo hacen estos “colaboradores” por no disponer de los criterios para ver los referentes cognitivos compartidos que expresan los principios y los procedimientos que contienen estos derechos. Esa es una inhabilidad, –en términos de Wittgenstein–, para poder descubrir la presencia del derecho propio, en sus términos del juego de lenguaje del derecho en estas sociedades distintas y quedarse tan sólo con simples hechos sintomáticos.

Otra afirmación que quiero rechazar es que existe un derecho indígena, puesto que lo que realmente existe es un derecho propio

por cada pueblo; a no ser que este derecho indígena sea una construcción pensada sobre la sumatoria de los varios sistemas de derecho propio que existen en Colombia. Es posible expresar que hay una gran articulación entre estos derechos propios, como parte de un “sistema jurídico indígena” y el sistema jurídico estatal. Lo que es fundamental establecer es que cada pueblo de ese bloque no es igual a otro, no interactúa ni de igual modo, ni con la misma frecuencia con el sistema jurídico estatal. Es importante también precisar que algunas sociedades clasificables dentro del “sistema jurídico indígena” también interactúan en instancias internacionales cuya competencia jurisdiccional ellos conocen, también con los sistemas jurídicos de otras naciones y por supuesto entre los mismos pueblos indígenas con sus respectivos derechos propios, lo cual es un punto de mira a tener en cuenta tanto como que algunas sociedades indígenas no interactúan asiduamente con otros sistemas. El resultado es, teóricamente, un sistema jurídico estatal que incluye formalmente los derechos propios de los pueblos indígenas como derechos oficiales.

En este texto deseo mostrar cómo se ha establecido un pluralismo jurídico legal oficial en Colombia, al dar a conocer las ejecutorias de unas y otras autoridades con competencia jurisdiccional.

Cambios constitucionales como base legal para configurar el pluralismo jurídico

Con la Constitución del 91, nace históricamente un nuevo modelo de nación en Colombia, orientado a valorar y fortalecer las diferencias; rompe la hegemonía de la sociedad occidental como modelo único a seguir. Impuso este reconocimiento la derogación del principio de igualdad formal y la restricción de los valores que etnocéntricamente excluían culturas diferentes, pensadas como “incivilizadas”, “atrasadas” o “bárbaras”.

Origina la nueva carta cambios trascendentales: 1) El paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho; se partió de la desigualdad real de los colombianos para configurar la igualdad como un propósito. Aquí se cuestiona el principio de igualdad que sin duda representa un cambio sustantivo. 2) El paso de un Estado Monocultural a un Estado Multicultural y Pluriétnico, afirma la equivalencia de las culturas. 3) El reconocimiento de un sujeto colectivo de derecho afirma la presencia de un sujeto de derecho

distinto al sujeto individual. 4) Acciones afirmativas para que ese sujeto pueda ser y pueda fortalecerse como distinto que es. Todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse, para contribuir a configurar una sociedad donde la diferencia sea valiosa. Estos presupuestos acogen por principio a los sistemas de derecho y autoridad, disímiles del derecho estatal para configurar un pluralismo jurídico formal.

El cambio en el nuevo Estado propuesto y ya implementado, al defender como equivalentes, tanto a los sistemas de derecho propio distintos, como a las autoridades indígenas para que participaran de modo oficial de la rama judicial y en todas las materias, ha generado una política, de creciente reconocimiento. Mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo de la Judicatura, se ha buscado dar salida a numerosos conflictos para indicar cómo puede ser un Estado donde se valoran las diferencias de cultura, expresadas en principios y procedimientos de las autoridades que ejercen esas funciones como representantes de los diferentes derechos propios. Se ha buscado reducir trabas y rezagos aún vivos, que impiden comprender las propias y modernas visiones culturales en estos pueblos indígenas, y los ajustes realizados desde los mismos pueblos, en función de configurar entre todas las partes un Estado multicultural y pluriétnico. En estas instituciones se ha reñido por reconocer, no sólo los rezagos vivos de culturas ancestrales, sino los modos contemporáneos de ser estos derechos propios configurados por indígenas modernos, dadas las necesidades impuestas por el principio de nación indivisible que define principios y reglas comunes como los mínimos jurídicos para todos los nacionales.

El reconocimiento en estas altas instancias y en las instituciones públicas, no se dio automáticamente; se inicia con timidez, es decir, con desconocimiento de lo que exactamente definía y demandaba el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y todo ello, bajo el influjo de un sistema monocultural y excluyente aún vivo. Sin embargo, el trabajo propositivo, creativo, adaptativo, comprensivo y valiente de indígenas, de intelectuales solidarios, de jueces y magistrados claros y políticamente decididos, ha logrado configurar un marco intelectual que orienta ejecutorias para realizar los derechos propios que, por supuesto, también incluyen los distintos modos de hacer justicia, lo cual rompe el estado de cosas que venía, y cuya razón es la búsqueda efectiva de un reconocimiento y valoración de esos otros colombianos clasificables como distintos.

Los efectos del monismo jurídico sobre los pueblos indígenas

Uno de los efectos del Estado monocultural y monista sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos para todos, así como del control y solución de conflictos, con base en principios, estructura y enfoque desde un derecho que necesariamente no coincidía –en parte o en su totalidad–, con los sistemas existentes en cada uno de los pueblos indígenas. De frente a esta imposición unos pueblos, más que otros, resistieron estas exigencias, e internamente vivieron sus propios modos, no utilizando siempre el modelo del derecho externo, ni sacando invariablemente los casos a la jurisdicción ordinaria de la sociedad mayoritaria. Entre tantas sociedades, diferenciadas por su cercanía o no con el modelo del derecho estatal y por el tipo y calidad de las relaciones generadas, se observa que algunos pueblos se “vaciarón” y se “llenaron” de los principios y modos para hacer las cosas a la manera de la sociedad hegemónica. Hoy, pueblos como los *pastos* que se los puede caracterizar por no tener –en ciertos términos–, lo que se define como derecho propio, comparten el modo como es “su derecho” con otras etnias donde se estableció el monismo jurídico vigente en la época colonial que imponía sacar los casos “mayores”, lo cual vulneró estos sistemas parcialmente. Unos y otros, aún bajo estas reales condiciones, comparten con otras sociedades indígenas –especialmente amazónicas–, que fueron más herméticas, por lo que tienen un derecho propio cercano a eso que algunos llaman “tradicional”.

A catorce años de los cambios constitucionales es posible encontrar entonces una tipología de pueblos en los que se involucra más o menos el derecho positivo estatal, ya que todos lo comparten de algún modo. Es significativa la incidencia del derecho estatal en estos pueblos –reconocido así por los mismos indígenas– incluso, al aceptar que algunos conflictos internos tienen mejor solución en la jurisdicción ordinaria. Al conservar, sin excepción, todos los pueblos indígenas su sentido de pueblo distinto y la definición de que ciertos asuntos han de ser tratados internamente, el derecho propio que aplican en forma dinámica, formalmente comparte equivalente valor en competencia y dignidad con la organización del poder judicial nacional vigente.

Así, encontramos por la vía interna que aplica el derecho de autodisposición, recreados derechos propios y por el camino externo, vía jurisprudencia, fortalecidos sistemas de derecho propio, con posibilidad de ser vividos y aplicados de modo legal, porque efectivamente, se reconoce que existen modos muy diferenciados en los pueblos indígenas de Colombia para hacer justicia. Ésta se sustenta sobre el valor que tiene ordenar, en determinado sentido la sociedad, como elemento de un derecho propio. Quiere decir que concurren para administrar justicia o, autoridades individuales (un gobernador), o grupos con esta competencia (todas las autoridades del cabildo), o comunidades enteras que conocen el caso y definen sanciones (caso de los *paeces*). También hay para administrar justicia como medio y símbolo, el uso de bastones de mando y oratoria amplia (*wayu*), equipos humanos especializados de trabajo y bien pagos (*emberas*), utilización de equipos modernos como computadores conectados a internet con el mundo para el conocimiento de los tratados internacionales, de la jurisprudencia de las Cortes (*u'wa, paeces*). Muchos, también realizan y formalizan sus tareas por escrito, (*guambianos y emberas*) y hay pueblos que contratan abogados de fuera –no indígenas–, para con ellos recrear y ejercer mejor la competencia, aduciendo en este caso que el Estado monocultural eliminó muchas de sus formas propias (*awa, emberas*). Se puede concluir que las autoridades indígenas de pueblos como los *pastos*, asumen el derecho positivo estatal como derecho propio y en contraste, los *cubeo* tienen un derecho propio que cuesta trabajo entenderlo ya que se fundamenta desde el mito y el ritual.

Entre los problemas con que se topan las autoridades indígenas y no indígenas en una nación en proceso de cambio para la configuración de un pluralismo jurídico legal, oficial, se hallan los derechos propios de personas que se encuentran entre dos o más culturas. Es decir, a medida que los individuos y grupos se trasladan a las ciudades –fenómeno estadísticamente importante–, cambian porque tiene que compartir sus referentes de modo más próximo a la institucionalidad nacional. Cada nuevo grupo del que una persona participa, contribuye a ajustar referentes, principios y conductas que, en la medida en que se incorporan a su propia perspectiva, combinan una multiplicidad y pluralidad de códigos de significación por una parte y, por otra, generan la necesidad de relegitimarse para eliminar situaciones de vacío, de incertidumbre o de anomia. Cercano a esta circunstancia se ha creado y opera una institución de “derecho propio

multicultural” que es creación de miembros de varios pueblos indígenas como habitantes urbanos de una gran ciudad que entre otros incluye un pueblo ecuatoriano. Este “derecho propio” configurado sobre orígenes culturales diferentes, no es reconocido bajo los parámetros establecidos en la Constitución, pero opera.

Otro panorama que complementa de modo importante este marco, es que las autoridades y comunidades indígenas establecen la necesidad de hacer diversos ajustes internos, al crear nuevas relaciones de competencia jurisdiccional con jueces de la jurisdicción ordinaria, con asociaciones internas a los mismos pueblos o nacionales, e incluso con grupos armados ilegales que se entrometen. También requieren salidas nuevas al afrontar casos como la participación de sus miembros en la guerrilla, el paramilitarismo, el narcotráfico o la corrupción, entre otros hechos nuevos. Este horizonte se vuelve más complejo además, por la presencia de jóvenes profesionales indígenas –algunos dotados de gran sentido de respeto a sus autoridades, otros irrespetuosos–, que por ser profesionales, hablar bien el castellano y moverse bien en el mundo llamado blanco, consideran que pueden liderar mejor ciertos procesos, muchos de los cuales con resultados negativos y en detrimento de los sistemas internos del derecho propio.

También, como una nueva realidad, las autoridades de los pueblos indígenas deben afrontar las demandas individualizadas que, en el sentido liberal, corresponde ser respetadas como derechos del individuo y que resultan en conflicto normativo y cultural, con visiones filosóficas y políticas que protegen al sujeto colectivo de derecho. Como autoridades con competencia jurisdiccional, que hacen parte de la rama judicial de Colombia, tienen además que participar en la construcción de formas de coordinación y liderazgo para la cimentación de entendimiento intercultural.

La nueva sociedad bajo el marco del pluralismo jurídico, exige responder a un espectro muy amplio –en calidad de autoridades–, a demandas de otros jueces de la jurisdicción ordinaria, así como a examinar y realizar cambios culturales internos provenientes de imposiciones externas que, como los cuatro mínimos jurídicos, los obligan. Este nuevo hecho configura también estos derechos de modo distinto porque a lo propio, se agrega lo impuesto, e implica modificaciones que como en los sucesivos ejemplos que se expondrán, cambian el modo de castigar, o el lugar de habitación

donde han de vivir ciertos seres, pero no la creencia o la visión clasificatoria que cognitivamente como rasgo de cultura se comparte y que permanece intacta. Ha implicado, por ejemplo, un modo nuevo de juzgamiento y decisión de sanción para los brujos o, para cambiar la costumbre de entregar a los gemelos a una deidad, disposición que estaba sentada en una clasificación diferenciada de éstos con respecto a la de los miembros del pueblo *u'wa*. La obligatoriedad de respetar el derecho a la vida de los gemelos, bajo la visión impuesta del derecho estatal, les obligó a crear una nueva ubicación (consultando por 8 meses a sus dioses) para que ellos pudieran vivir con los *u'wa* –no gemelos– que viven en la tierra.

La implementación de una jurisdicción especial indígena bajo el espíritu de la Constitución requirió también, ofrecer atribuciones en el plano político administrativo y fiscal a los indígenas, para que el orden social deseado –que hace parte del derecho propio de los pueblos– pueda realizarse como medio para avanzar hacia formas que representen una mayor pluralidad. Este espacio que es diferencial para las comunidades indígenas como entes públicos, se justifica por contribuir a preservar la identidad, bajo formas propias de gobierno, lo cual orienta a descartar el cumplimiento de muchos de los parámetros administrativos y fiscales comunes al resto de los nacionales.

Impacto del reconocimiento

Los cambios dentro de la estructura social, jurídica y política, dada la presencia de autoridades nuevas y de esos derechos propios establecidos como legales, –en condiciones de igualdad con el positivo estatal–, producen choques y divergencias con la jurisdicción ordinaria. Las normas previamente impuestas e internalizadas como existentes en todo el territorio nacional –de acuerdo a las circunstancias reales que los sujetos afrontan– no concuerdan con las situaciones “típicas” previstas en aquellas normas. También hay conflictos entre los sistemas de normas en uso en la sociedad mayoritaria y las nuevas normas surgidas de estos grupos, que están situados en posición diferenciada, antes discriminados negativamente y tratados como inferiores.

Los procesos de ajuste para crear un sistema de derecho plural encuentran dos perspectivas antagónicas: la marcada con ideas

monoculturales y sostenidas durante años bajo el influjo de un único derecho, que se sustenta en el autoritarismo, el racismo y el desprecio, que son posturas abiertamente anticonstitucionales que siguen operando y las transformaciones edificantes, producto de los esfuerzos sistemáticos tanto de personas, como de instituciones, proclives a fortalecer los principios de valoración a las culturas y sociedades distintas y con éstas a su derecho propio. El profesor André Hoekema llama *pluralismo jurídico unitario* al modo histórico que se asume entre dos jurisdicciones, el cual manifiesta relaciones de subordinación entre el Estado con “su” derecho nacional y los otros sistemas de derecho indígena. Bajo esta condición los pueblos indígenas aumentan su dependencia a un aparato específico para la selección del derecho vigente. Contrariando esta perspectiva se genera otro modelo que rompe el Estado hegemónico, monocultural. Las sociedades indígenas dejan de ser gobernadas y administradas integralmente bajo los principios de una sociedad mayoritaria, para crear un sistema de pluralidad, de autoridad pública y de *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*. Se da, por tanto, hoy en Colombia un forcejeo para luchar cambios dentro de un panorama que configura situaciones tipo, en ambos extremos¹.

Respecto a la revisión de casos que llegan a las Cortes provenientes de estos pueblos, una visión minoritaria puede inscribirse en el prototipo de pluralismo jurídico de tipo unitario. Considera –de modo evolutivo y restrictivo–, que en el “estadio” en

¹ Hoekema, André J. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. En *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El Otro Derecho*. 26-27 ILSA Dupligráficas, 2002, p.67.

Una excepción importante acerca de esta revalorización de derecho y autoridad autóctonos se da en países donde reina un neoliberalismo radical, el cual rechaza drásticamente la idea de que haya islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado, en manos de pueblos y autoridades que se dejan mandar fácilmente desde las posiciones altas del Estado. El concepto de territorio indígena no sólo les da asco a los políticos por sugerir un Estado dentro del Estado (sugerencia completamente falsa) sino también por sugerir una pérdida considerable de oportunidades unilaterales de explotación económica de los recursos locales. Aunque no hay autonomía sin restricciones, sin mecanismos de articulación de intereses locales y nacionales, por ejemplo, para garantizar los intereses locales, estos empresarios y autoridades en zonas indígenas. Este temor, probablemente, explica la actitud del gobierno de Chile que hasta ahora mantiene una ley de aguas que quita al agua su carácter fuera del mercado (Castro, 1996). También la política oficial chilena niega totalmente el derecho de las comunidades campesinas e indígenas que se está poniendo en práctica desde siglos atrás; la misma tendencia neoliberal se manifiesta en el Perú.

que se encuentran las sociedades indígenas, éstas: a) carecen de procedimientos jurídicos institucionalizados, b) el sujeto individual prevalece sobre el colectivo o, c) el interés superior del niño indígena solamente debe considerarse a partir de la Convención internacional de los derechos del niño, por ejemplo. Se menciona este punto porque se cree y defiende que imperan los derechos humanos universales y para los niños en particular la Convención. El problema del derecho, que se percibe, en estas sociedades y de modo errado, es el de un insuficiente grado de abstracción normativa, circunstancia que según esta mirada afecta una política jurídica racional y/o legítima. Tal desconocimiento varía de individuo en individuo, o mejor de juez a juez, según sea el grado de formación humanística pero, particularmente también, de la comprensión cultural y antropológica que involucre el juez a partir de la capacidad de apertura para adquirir ese conocimiento nuevo que introduzca referentes distintos².

Bajo la mirada de un *pluralismo jurídico unitario* se induce, mediante fallos, a procesos de “revitalización”, como el caso de los *ingas* del Bajo Putumayo que han buscado reiniciar el uso del cepo para castigar, el cual había sido eliminado por ellos mismos y por considerarlo demasiado fuerte o, al fenómeno de la positivación de los derechos propios, práctica que varios pueblos han implementado con apoyo de abogados internos o externos y con la idea que los derechos en una sociedad multicultural altamente compleja, deben atender al mismo tiempo, al problema de su invariabilidad y de su inestabilidad. En estos procesos de modificación del derecho, se perciben discrepancias entre el modelo hegemónico de un derecho que busca ser uniforme y universal y la aplicación práctica de otros derechos frecuentemente inconsistentes en relación con el primero.

Muestran estos hechos que durante el proceso de cimentación de una nación multicultural más allá de las formalidades constitucionales, se da un forcejeo para el reconocimiento y valoración de la diversidad de sistemas de derecho propio en donde se presentan nuevos tipos de diversidad y por ende de complejidad. Bajo los principios del *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, se parte

² Si algo fue transformador en Colombia en la década del noventa es que las Cortes se abrieron a otros campos del conocimiento como la antropología jurídica, lo que les permitió transformarse y transformar el ejercicio del derecho.

de la distinción entre un derecho “propio”, que existe como tal, que si bien se concibe como “asentado” y “materializado” en términos de preexistente y definido, se trata de un derecho histórico, mutable y transformable, que tiene el mérito de permitir la introducción de cambios.

Para atender la versatilidad de las relaciones sociales, el derecho se va fragmentando y especializando. Tales diferenciaciones permiten dar cuenta de relaciones sociales más complejas y distintas que las que eran propias del mundo monocultural y monista. El derecho tiene como función la generalización congruente de expectativas de conducta a través de las cuales reduce la complejidad. Se trata de un efecto producido por la representación del sistema de normas. Como se advierte, el énfasis es de carácter funcional. Lo constante del derecho es la función y los mecanismos de que se sirve cada sociedad para cumplirlo se constituyen en variables del derecho. Con el paso del Estado monocultural al multicultural y pluriétnico, las instituciones judiciales de la sociedad mayoritaria y las de las sociedades indígenas se obligan a cambiar los patrones que garanticen la generalización congruente de expectativas de conducta y, con ellas, cambia también la forma de validez del derecho. La armonización de los diversos mecanismos de generalización se transforma en nuevos presupuestos y en nuevos efectos. Disminuye la dependencia a un sólo derecho, con base en predeterminaciones para abrirse a lo diverso.

Unas sentencias en clave cultural

Dados los numerosos años de desprecio y desconocimiento de esos otros sistemas de derecho se vuelve aún más problemática la interacción entre actores de un sistema dominante que ha sido imperialista y los otros derechos, por factores tales como el desconocimiento de lo particularmente diverso en cada sociedad, lo cual puede encontrarse en la experiencia viva y actuante de la gente o en la etnografía, si esta existe para determinado pueblo. Desde allí puede demostrarse vía prueba judicial antropológica, que todos los derechos propios de los pueblos indígenas no están configurados funcionalmente en un compartimiento especializado para el cumplimiento de unas funciones. No hay una concordancia entre función y órgano; no tienen o no juegan con una racionalidad silogística que parte de unas normas estructuradas y positivas. Estos

derechos, actúan como una razón para la vida social, como un argumento, que organiza, estructura, constriñe y da sentido a aspectos relativos a la constitución armónica de un pueblo que define quiénes son sus miembros, cómo es la estructura familiar o el sistema de parentesco, como es el régimen para la descendencia entre otros numerosos campos. Es importante recordar que en no todas las sociedades las concepciones sobre fisiología, parentesco, sucesión de bienes entre otros campos cognitivos, se rigen por los referentes de occidente. Por ejemplo, los hijos biológicos de un padre en caso de matrilinealidad no son sus parientes; existen sociedades donde todos los hijos no heredan por igual. Hechos como éstos definen los principios y los procedimientos para suceder los bienes materiales e inmateriales y definir aspectos tales como la propiedad, que son referentes que se traducen en acciones y pueden “chocar” con visiones, principios y reglas trazadas por el derecho estatal.

Al estar tejidos estructuralmente en un todo y configurarse como sistema cultural, requieren estos derechos, en ocasiones, como en el ejercicio de dos personas que hablan lenguas distintas y buscan comunicarse, de la presencia de un traductor o del esfuerzo personal para adentrar en los significados profundos que una lengua distinta, en este caso una cultura, entraña. Hace mucho tiempo que sabemos, desde Wittgenstein, desde Humberto Eco, que todo mensaje necesita ser interpretado y que ello implica la necesidad de tornar compatibles los códigos del emisor y los del receptor³.

El bloque de constitucionalidad y el error culturalmente condicionado

Si bien la jurisdicción especial indígena tiene la competencia para actuar en el marco de su territorio y de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, algunos casos son examinados y sancionados en la jurisdicción ordinaria que de acuerdo a reglas de coordinación es la competente. Dado que en la sociedad colombiana conviven portadores indígenas de sus propias marcas culturales y otros que aunque indígenas se han apartado de ellas, al ser trasgresores, no

³ Sánchez Botero Esther. “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de Derecho Propio y de las Justicias indígenas”. *América Indígena*. Volumen LVIII Numeral 1-2 México.

siempre ni pueden ser eximidos de responsabilidad, por lo que muchos deben ser sancionados como simples criminales (muchos lo son también en la sociedad de la que hacen parte), ni pueden ser juzgados en la jurisdicción especial. No logran tampoco ser juzgados bajo el precepto de error de comprensión culturalmente condicionado que es el gran aporte de Zaffaroni, el cual para esta reflexión plantea ideas teóricas en relación con esta forma peculiar de pluralismo jurídico que hemos considerado. Resulta valioso detenerse en dicha contribución y análisis porque, a la par de los aportes técnicos, ofrece los fundamentos de intercomunicación y diálogo necesarios entre culturas y en una sólida perspectiva transdisciplinaria. Aunque Zaffaroni no menciona el tema específico del pluralismo jurídico, sus fundamentos y elaboraciones dan cuenta del problema de la diversidad cultural y de la coexistencia de distintos ordenamientos, para el derecho positivo estatal. El énfasis que defiende del derecho a la propia cultura de cada pueblo y por supuesto de cada uno de los individuos que lo configuran, da cuenta del pluralismo jurídico como una forma de expresión de lo cultural.

Queda claro entonces que, todo hecho punible cometido por un indígena, no necesariamente es de competencia de la jurisdicción especial indígena. Dos delitos no son expresamente competencia de las autoridades indígenas: el de rebelión y el de narcotráfico; adicionalmente, no pueden actuar como autoridades competentes frente a situaciones que involucren causas externas a la nación. Los jueces tienen el deber de enfatizar, en todos los casos que salen a la jurisdicción ordinaria, una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, realizando un tratamiento diferenciado para configurar, mediante un referente de cultura, si se trata o no de un sujeto con capacidad de conocer que su acto es antijurídico para la sociedad que lo juzga.

En Colombia, desde hace 25 años se implementó el peritaje antropológico bajo los principios de Zaffaroni. A él debe este país buena parte de la apertura y comprensión de juristas y antropólogos, sobre la importancia de adentrar en el otro como sujeto de cultura. Fue tan exitoso este instrumento auxiliar de la justicia, que penetró las instancias más altas, logrando un trabajo interdisciplinario sinérgicamente capaz de potenciar derroteros imprevisibles.

La interculturalidad como principio para el reconocimiento del pluralismo jurídico

Desde una visión del multiculturalismo, el pluralismo jurídico puede analizarse o, como la multiplicidad de culturas con un derecho diferenciado que existen en una nación y pueden vivir sin establecer relación entre ellas, es decir un multiculturalismo como separación, marcado por los fundamentos conceptuales del liberalismo tales como la noción de los principio de igualdad y de tolerancia al otro, posición considerada como medular y como un valor para una actitud suficiente que busca asegurar que la sociedad funcione o, la de autores como Catherine Walsh, que plantea que así se dejan ocultas las desigualdades sociales y se dejan intactas las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica. En contraste plantean un modelo de interculturalidad que busca relaciones culturales complejas, con negociaciones e intercambios culturales de vía múltiple. Se busca impulsar encuentros equitativos entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se trata de una interacción que parte del conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder. No se trata simplemente de reconocer, descubrir o tolerar al otro o la diferencia en sí; tampoco se trata de esencializar identidades o entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles. Más bien, se trata de activamente impulsar procesos de intercambio que permitan construir espacios de encuentro entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas⁴.

El carácter del pluralismo jurídico intercultural, constitucional y legal, como el de Colombia, aunque estipula que estos derechos tienen vigencia solamente cuando se trata de personas indígenas, en su ámbito territorial y de acuerdo a sus normas y procedimientos, reglas de referencia que muestran cómo debe operar la jurisdicción especial, sin embargo, –porque salen casos a la jurisdicción ordinaria–, se han realizado controles para examinar si las decisiones de estos jueces indígenas son constitucionales, mediante fallos de las Cortes o administrativamente “correctos” en instancias de gobierno como los Defensores de Familia, o la Dirección de Etnias. Aparecen preguntas tales como: ¿cuáles diferencias son valiosas y cómo mantener mínimos jurídicos? ¿Qué valor darle a lo culturalmente

⁴ Walsh, Catherine. “La problemática de la interculturalidad y el campo educativo”. Ponencia presentada en el Congreso de la OEI “Multiculturalismo, identidad y educación”, 16 de Abril del 2002. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

“chocante”, a los derechos individuales de un sujeto, frente a los del sujeto colectivo? o, si ¿un grupo de indígenas habitantes en la ciudad puede reconocerse como pueblo, con un derecho propio y ejercer justicia?

La coexistencia de estos sistemas de derecho propio diferenciados frente al derecho estatal, en el marco de la nación, reconocidos oficialmente en la misma Constitución como legales y por ello oficializados, es consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para mantener, no sólo vivas sus instituciones, sino de su insistente aspiración social por configurar un nuevo orden capaz de hacer respetar sociedades culturalmente distintas; pero, ante todo, de buscar un espacio autonómico donde estos ciertos asuntos como lo relacionado con el ámbito del derecho, se solucionen dentro de su propia sociedad. Ha implicado que los jueces, cuando los casos entran a la jurisdicción ordinaria, tomen en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de esas normas. El Estado, configurado por la existencia de varios sistemas jurídicos legales, oficiales, define –además del reconocimiento a los jueces competentes indígenas, para que actúen en el marco de su jurisdicción–, la obligatoriedad de que se sometan a controles toda vez que sea demandado. Existen diferentes situaciones que deben abordarse en una nación multicultural y pluriétnica respecto de la coexistencia de derechos interactuando, respecto a una variada tipología de situaciones como las que trataremos en el siguiente aparte:

- Un sujeto trasgrede internamente una norma y es penado, acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos.
- Un sujeto trasgrede una norma y es penado, acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos en la jurisdicción ordinaria.
- Un sujeto trasgrede una norma de la sociedad mayoritaria porque actúa de acuerdo a su norma y es sancionado en la jurisdicción ordinaria imponiéndole el derecho estatal.
- La trasgresión, la norma que define el orden contrario y la sanción, son iguales en ambas jurisdicciones.
- Los principios o procedimientos del derecho propio chocan respecto de los principios y procedimientos del derecho positivo estatal, sobre todo por los objetos y/o formas de sancionar.

Esta tipología de realidades diferenciales, muestra situaciones muy variadas sobre los modos para resistir procesos de homogenización cultural por parte de los pueblos indígenas, pero también sobre individuos que han perdido sus parámetros culturales y que no rigen sus conductas por sus propias normas, porque no se identifican ya con el pueblo donde nacieron y se socializaron. Existen también conflictos de identidad que provocan frustración, cuando el sujeto entiende que debe cumplir un doble papel, el cual conlleva contradicción entre pautas universales impuestas para el cumplimiento de ciertos objetivos, con los medios y los patrones propios y utilizados tradicionalmente. Un abogado *wayu* manifestaba que no quería verse en una situación en la cual como miembro de un clan ofendido, tuviese que vengar con sangre a un pariente y ser consecuente como abogado del mandato de respetar el derecho a la vida.

Ajustes desde las cortes para fortalecer el pluralismo jurídico

En Colombia ha crecido y se ha consolidado el reconocimiento a los derechos propios y con estos a la administración de justicia por parte de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Este hecho representa un marco de la política estatal demarcado por las altas cortes que han tenido que definir –con base en una nueva hermenéutica jurídica– situaciones en las que surgen conflictos sobre las condiciones que estructuran y definen los derechos propios en cada sociedad, con relación al alcance y los límites de la jurisdicción especial indígena. Los mecanismos de control y vigilancia de los derroteros de la Constitución, en el ámbito de la justicia indígena, para demarcar mínimos jurídicos aceptables en el territorio nacional e impedir abusos de poder de las autoridades, se justifica bajo el marco de una nación indivisible que se configura históricamente de modo distinto.

Aunque estos dispositivos aplicados en concreto no siempre y necesariamente se realizan limpios y exentos de racismo, etnocentrismo y ante todo del alcance necesario para entender otras realidades como ya lo expresamos, se han fallado casos que potencian la condición de sujeto colectivo distinto de los pueblos indígenas y, en donde adentrando en esos referentes diferenciales se valoran y se rescatan como manifestaciones dignas de respeto.

También hay sentencias que desconocen esas diferencias e imponen referentes del derecho positivo estatal. Existen otras que tratan de manera paternal a los indígenas y que por ayudarlos introducen referentes que no potencian su etnicidad y su cultura, como retornar niños inválidos a su sociedad nómada, justificada la decisión del Consejo de Estado, bajo el argumento que ese pueblo tiene derecho a sus niños, cuando de regresarlos a la selva morirían pues esa sociedad no está en posibilidad de protegerlos.

Se configura por lo tanto en la nación, salidas múltiples que muestran avances y retrocesos. A pesar de no ser perfecto el modelo de pluralismo jurídico de tipo igualitario que domina, frente al pluralismo jurídico de tipo unitario, como sucede en otros países, se puede afirmar que se ha dado una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que magistralmente sortea situaciones difíciles. Entender, por ejemplo, que “resulta claro para la Corte que no se les pueden aplicar a los pueblos indígenas todas las normas constitucionales y legales, pues de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”, es una muestra de ello. Tratar cuatro castigos de diferentes pueblos como constitucionales –no existentes en la jurisdicción ordinaria–, reafirma esta aseveración; aceptar creencias como guía de acciones para consultar los dioses durante meses, para tomar una decisión, o castigar con fuste para que el sujeto trasgresor pase de un estado de oscuridad a un estado de claridad, son fundamentos aceptados como prueba judicial, que aunque no pueden ser “probadas” como el derecho positivo lo demandaría, son entre otros muchos ejemplos, la expresión del rostro democrático y abierto de abogados y jueces capaces de ponerse bajo los supuestos culturales del otro. Posibilitar la práctica de distintas culturas, de sus derechos, de su autonomía y de la realización de los intereses de un pueblo particular, es señal de un proceso ejemplar, un asunto nuevo y configurado de modo diferencial que rompe los cánones tradicionalmente utilizados hasta el momento.

La casuística

Como los ejemplos son bien valorados y enseñan de modo claro muchos asuntos, se señalan a continuación algunas situaciones tipificadas en casos que muestran, por un lado derechos propios y también salidas modernas a situaciones concretas.

Los *andoque*, tradicionalmente intercambiaban mujeres dentro de un sistema de clanes endógenos a su pueblo; los *huitoto* igualmente, intercambiaban mujeres entre clanes endógamos. Por la escasez de mujeres *andoque* los hombres resuelven casarse con mujeres *huitoto* y, de común acuerdo, determinan que los descendientes serán *andoque* y no *huitoto* como correspondería a la regla de parentesco. De este modo, los *andoques* van a poder recuperar su población. La posibilidad de adquirir comida restringida por parte de los *huitotos* porque existen vedas con relación a su clan, y por ende dentro su territorio, les permite excepcionalmente, adquirir comida de los territorios donde viven sus hermanas por ser territorios *andoque*. La legalidad del sistema *andoque* de casarse con mujeres de diferente clan se respeta, como también la posibilidad de los *huitotos* de obtener alimentos en territorio *andoque* (pese a que allí están sus hermanas). Ambas sociedades hacen ajustes a su derecho propio y se potencian como pueblos.

Mediante un Acto Administrativo autoridades indígenas *guambianas* con competencia jurisdiccional entregan un niño *guambiano* para ser adoptado por familia *páez*.

Las autoridades indígenas *guambianas* deciden que determinados niños necesitan “familia nacional”. Expresan al Instituto de Bienestar Familiar, al Defensor de Menores, que no se someterán, como autoridades jurisdiccionales indígenas, a la tramitología del Código del Menor. Expuestas paralelamente, las razones del Defensor de Menores para disponer de un documento que formalice el acuerdo, deciden inventar un nuevo procedimiento instrumentalizado en un acta que deje en claro para las dos autoridades de qué se trata y por lo tanto que respete ambas legalidades.

Colombia modifica el registro civil para niños y niñas que pertenecen a sistemas unilineales de parentesco. Estos serán registrados oficialmente de acuerdo al sistema de organización social y parentesco del pueblo particular. La legalidad del derecho estatal de certificar la existencia de un sujeto, se potencia con la posibilidad de disponer en el país de un registro civil y posteriormente de la cedula de ciudadanía, que respete la diferencia cultural.

Varios padres *wayu* salieron a trabajar a la ciudad y descuidaron sus deberes frente a los hijos. Las mujeres los demandaron por alimentos; pero, dado que los hijos estaban registrados acorde con el sistema de organización y parentesco matrilineal, el juez no podía

relacionar a esos niños con esos padres. Realizar una prueba genética utilizando una muestra de sangre, representaba una seria violación al cuidado cultural definido para la sangre. Sacarla necesariamente generaría una venganza de sangre del clan sometido a esa prueba a través de uno de sus miembros. Fue sustituida entre los *wayu* por el testimonio de parientes de los niños (como prueba judicial) para determinar la paternidad de un hombre y la demanda de una mujer para que proporcionara alimentos a los niños. No sacar sangre significó respetar creencias y prácticas que generarían pagos económicos de quienes hicieran la solicitud. Sin embargo, al no ser parientes estos niños del padre, porque la concepción del parentesco así lo determina, quienes deben asumir la responsabilidad por alimentos son los tíos maternos y, los recursos de estos hombres solamente esposos de las mujeres pero no parientes de sus hijos biológicos, van a proteger a los sobrinos, los hijos de sus hermanas, de acuerdo con esa cultura⁵.

Un famoso caso es el de los *nukak maku* que muestra cómo las bandas nómadas de este pueblo, a partir del contacto con la sociedad mayoritaria, sacan los niños, dejándolos “abandonados” pero con la particularidad que lo hacen tan sólo en lugares donde los colonos puedan encontrarlos. Esta es una medida –“abandonarlos” pero tan sólo en lugares donde los colonos puedan encontrarlos–, que hubo de leerse antropológicamente para contravenir el fallo del Consejo de Estado⁶ que definía el retorno de 7 niños a su comunidad, los cuales se encontraban en hogares sustitutos de Bienestar Familiar desde hacía varios años. La demanda del Defensor del Pueblo, para que se definiera la situación de estos niños y niñas, retornándolos a su pueblo como una supuesta medida al derecho a su integridad –como sujeto colectivo–, contravenía la decisión jurisdiccional de los jefes de banda *nukak maku*, (entregarlos a la sociedad vecina) para proteger a estos niños, sin opción de vida dentro de sus condiciones culturales. Saben los *nukak maku* que esta sociedad vecina, dispone de recursos materiales, que ellos como *nukak maku* no tienen para alimentar, curar o sostener con vida a niños que por ejemplo son

⁵ Éste es un buen ejemplo de cómo existen “salvadores mortales” que creyendo proteger a las mujeres y los niños, orientan salidas que causan impacto sobre la distintividad de estos pueblos.

⁶ Sánchez Botero, Esther. “Investigación ICBF para retornar a los niños *Nukak Maku*”. Esta investigación terminó en una prueba antropológica para demostrar la posibilidad real de vulnerar el derecho a la vida de estos niños, si se cumpliera el fallo.

ciegos, mudos, sin recto o físicamente no pueden andar y por tanto vivir como nómadas.

Tres esposas *wayu* reclaman ante la jurisdicción especial la pensión de su esposo. El juez pregunta por la “esposa-esposa”, y las tres afirman esa condición.

Un indígena *páez* va a la jurisdicción ordinaria para hacer separación de bienes. El juez define el 50% de los bienes para cada uno de los esposos. Enterada la autoridad indígena de esta decisión, por escrito le manifiesta al juez que él no es la autoridad competente y que su decisión no tiene valor. Llama a los esposos para realizar la separación de bienes y no le entrega bienes al esposo, porque fueron logrados por la mujer y el esposo no se ha portado bien.

El Departamento de Seguridad del Estado (DAS) aplica un principio de protección a los menores de edad que deben salir del país. Además del permiso de los padres, éste debe oficializarse por notario público. Las autoridades indígenas de Vichada, solicitaron poder dar el aval ellos como autoridades para que estos niños puedan salir, utilizando un mecanismo interno propio. Nuevamente la legalidad del derecho estatal y la del pueblo *cubeo* se potencian.

Bajo los términos que a continuación se enuncian, se expresan las autoridades de los pueblos indígenas en este caso del Tolima. “En mi calidad de Cabildo Gobernador de la Organización Gonawindúa Tayrona, por el presente escrito me permito solicitarle, se sirva asumir la representación de la O.G.T. ante la Fiscalía, en relación con la investigación que adelanta ese Despacho por el delito de homicidio, en la cual figura como sindicado el indígena Isidro Robles Villafaña. En cumplimiento de lo anterior se hará entrega a ese Despacho del acta y documento donde aparecen las normas y las leyes propias de juzgamiento dentro del territorio indígena, en los cuales las autoridades tradicionales, a través de una resolución en el acta de Cañaveral juzgan y determinan la sanción a imponer al indígena Isidro Robles Villafaña, como responsable del homicidio de Luis Enrique Villafañe Izquierdo (q.e.p.d.). La justicia se aplicará de acuerdo a lo estipulado en dicha acta, como impulso a la jurisdicción especial indígena”.

Con el objeto de proteger el patrimonio arqueológico la autoridad administrativa nacional, responsable de cuidar este patrimonio acuerda con autoridades indígenas, mecanismos de protección a ese

patrimonio y la posibilidad de que estas autoridades utilicen la policía para capturar a infractores.

Las autoridades tradicionales demandan al sistema nacional penitenciario cárcel para un homicida indígena juzgado en la jurisdicción especial. “El señor Director de la cárcel municipal de Ortega, comunicó que Ana Lucía Timote, José Leny y Carlos A Timote, fueron reclusos en ese centro carcelario, por orden del señor Juan de la Rosa Tique, representante legal del Resguardo Indígena Guatavita Tua, así como del Secretario de Gobierno de esa municipalidad y anexó la documentación pertinente” (fls. 30-45).

Las autoridades indígenas impiden sacar maderas de un territorio sin su permiso. Acuerdan con la Corporación regional amazónica estatal, apoyarse mutuamente. El territorio está ubicado en el municipio de Puerto Nariño, en el trapecio amazónico. Su ámbito tradicional está hoy cruzado por fronteras internacionales y municipales, como quiera que su territorio está ubicado en la jurisdicción de dos municipios. Se encuentra superpuesto parcialmente con un área de reserva forestal y un Parque Nacional Natural. Gran parte está titulada como resguardo indígena desde el año de 1993, el cual no se haya delimitado con el casco urbano, pues el INCORA dejó esta labor sin adelantar. El resto del territorio está constituido por áreas comunales sin titular a quienes las instituciones del Estado pretenden dar el carácter de tierras baldías de la nación. Allí habitan aproximadamente 5.200 personas, de 20 comunidades indígenas rurales y una ubicada en el casco urbano. Casi el 100% de la población rural del municipio es indígena, el cual constituye un 78% de la población total del municipio. El 22% restante está ubicado en el caso urbano, cuya población indígena constituye el 75% de sus habitantes. Podría afirmarse entonces, que no es el territorio indígena el que está ubicado en el municipio, por el contrario, es el municipio el que está ubicado en el territorio indígena.

El indígena Leonardo Lozano Gutiérrez, del Resguardo de Castilla Angostura, municipio de Coyaima, fue detenido, por la Fiscalía seccional 44, de Purificación, sindicado del delito, de acceso carnal violento, y acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Tanto el sindicado, como los afectados y la madre de los menores, son miembros de la comunidad antes mencionada. Frente a estos hechos, el gobernador del cabildo, señor Efraín Prada, solicitó al fiscal, la

entrega del detenido, para ser juzgado por su comunidad, a lo que el fiscal, se negó.

Las autoridades también demandan apoyo para el cumplimiento de sus decisiones a las instituciones del Estado, pero también pueden renunciar a ese poder dado que cualquier decisión acarrea problemas mayores. Responde esta posibilidad a que el Art. 246 plantea que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales como lo establece la Constitución, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-349 de 1996, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, entre otras, reafirma que las autoridades indígenas investidas del poder jurisdiccional, pueden renunciar al mismo y trasladar el conflicto para que sea investigado conforme a las normas del ordenamiento jurídico nacional. Y a pesar de las críticas que los estudiosos del tema han formulado a tal entendimiento de la preceptiva constitucional, bajo la estimativa de ser violatoria de la garantía del juez natural y por consiguiente del debido proceso, no se puede desconocer que encuentra respaldo en la misma redacción de la norma, la cual legitima el ejercicio potestativo de dicho poder con la locución “Las autoridades de los pueblos indígenas *podrán* ejercer funciones jurisdiccionales...” Esta concesión muy particular no puede ser arbitraria, sino que habrá de justificarse.

Las autoridades de los pueblos indígenas pueden demandar de la fuerza pública apoyo para el cumplimiento de sus funciones. “El gobernador de la comunidad de Guatavita-Tua emitió orden de captura⁷ contra los indígenas detenidos para que se hiciera efectiva por parte del DAS”.

En la primera cláusula del Contrato Interinstitucional Celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y el Cabildo Indígena urbano CHIBCARIWAK, para la atención de los indígenas residentes en la ciudad de Medellín, del 1 de abril de 1998, se dice que: “la Fiscalía seccional de Medellín se compromete a prestar la atención jurídica necesaria a los indígenas adscritos al Cabildo indígena CHIBCARIWAK, referentes a los procesos penales que se llevan actualmente o en los que se pueda ver envuelto algún miembro de la comunidad indígena y a atender los problemas de familia que se

⁷ Esta estrategia y su concepto son apropiaciones por parte del pueblo –uno de los muchos en Colombia– que precisamente se vio bastante afectado por el Derecho Positivo.

puedan presentar entre ellos mismos”. La Fiscalía reconoce el carácter étnico y especial del Cabildo CHIBCARIWAK, sus integrantes y su autoridad máxima, cuando se dice: “las diligencias que se lleven a cabo en cumplimiento del objeto del contrato se celebrarán con la presencia del señor Gobernador, quien velará porque se le respeten los derechos humanos a los indígenas como etnia cultural (...)”.

Por irregularidades en el manejo de las transferencias de ingresos corrientes de la nación por parte de Alcalde indígena, es sancionado y encarcelado por la jurisdicción ordinaria.

Los mínimos jurídicos establecidos por la Corte Constitucional son obligatorios para todos los colombianos sin distinción de etnia, raza o cultura⁸. Las autoridades indígenas entendiendo este mensaje de manera contundente plantean cambios. Casos que muestran a las autoridades internas indígenas indagando la modificación de una creencia y costumbre sagrada, frente a la posibilidad de encuentro o no con una maravillosa deidad. Esa práctica que violaba el derecho a la vida se empieza a reprimir hasta desanimar su observancia. Se da la incorporación de una ley estatal, de un principio y un procedimiento diferente dentro del derecho propio, lo que hace que como cuerpo normativo se transforme en un nuevo referente cultural, mediante su apropiación lo que permite que pueda coexistir con normas tradicionales. El origen de este cambio es endógeno o es impuesto.

Los indígenas de la frontera con Venezuela tienen la doble nacionalidad, lo cual los configura como sujetos binacionales *wayu* ligados a su clan colombiano y venezolano. Niño *wayu* en peligro en Venezuela recibe protección del Defensor de Menores como si fuese colombiano.

Los *wayu* con base en un acuerdo internacional, reciben gasolina de Venezuela a precio muy bajo, como acción afirmativa que ambos estados consideran pertinente y justa. Esta decisión obedeció a negociaciones de las autoridades propias *wayu*.

Los padres de dos niñas, hijas de indígena colombiana y hombre ecuatoriano se disputan el lugar habitacional y el cuidado de las niñas. La autoridad indígena *pasto* reclama a la autoridad del

⁸ Audioteca realizada por Parcomun con apoyo de la Embajada de Holanda. Proyecto realizado por Esther Sánchez Botero, Bogotá 1999.

Defensor de Menores de Ecuador el derecho de la madre a tener sus hijas.

Un magistrado manifiesta rechazo a las consideraciones de una autoridad indígena para examinar bajo otro referente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a la luz de la “convención *páez*” del interés superior del niño. Los principios hegemónicos de un derecho estatal no le permiten espacios para la diversidad cultural y mucho menos para la autonomía. Aproximar a los distintos, a un modelo cultural único lo valora como deseable y lo impone bajo el uso hegemónico del poder. La justificación de fondo es que en un Estado, la “cultura superior” debe marcar la pauta de lo que está bien y de lo que jurídicamente es aceptable. Se presenta gran arrogancia para justificar que el derecho propio de un pueblo determinado es inferior al positivo estatal.

Comentarios críticos a los programas de accesos a la justicia

Es necesario ponderar si los programas de acceso a la justicia contribuyen o no a fortalecer la etnicidad y la cultura de un pueblo indígena. Acceder a la justicia en detrimento de la jurisdicción especial indígena es un contrasentido. Por ejemplo, el fomento a la resolución alternativa de conflictos ha sido duramente criticado por los antropólogos jurídicos norteamericanos. La visión extendida de la Universidad de Harvard, no debería considerarse como un programa a “transferir” a los pueblos indígenas. El programa de Casas de Justicia para el acceso a la justicia de los pueblos y comunidades indígenas al abrirles una oficina en estas edificaciones y en el marco de su institucionalidad, se debe replantear. Es necesario ponderar el impacto que en concreto en un pueblo determinado puede acarrear este modelo.

Desde 1991 se ha venido trabajando en una ley de coordinación. Actualmente existe una propuesta de ley preparada por un indígena de la región andina y para ser sustentada por el ex magistrado Carlos Gaviria en el senado. Esta ley refleja la visión, experiencia y problemáticos de los indígenas de la región andina, pero en absoluto de los pueblos amazónicos, costeros y de la Sierra Nevada. También existe, en proceso de estudio, una ley en el Consejo de la Judicatura que ha implicado un proceso de consulta con recursos BID. Frente a

ambas propuestas hemos sido críticos, como también las organizaciones indígenas.

Para cerrar

Las reflexiones y los casos que se han presentado, como pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos y en relación con el derecho estatal, juegan dos realidades distintas respecto al pluralismo jurídico legal: autoridades indígenas que autónomamente actúan y aplican principios y procedimientos y casos que no se resuelven internamente y salen a la jurisdicción ordinaria. Los casos que salen, ya sea para control, o porque es la jurisdicción ordinaria la competente para actuar siempre han de ser examinados constitucionalmente.

Es claro que el modelo constitucional mantiene el espíritu del centralismo legal desde el cual se avalan o invalidan principios y procedimientos determinados, tachándolos de ser o no jurídicamente aceptables, dado que las normas estatales disponen de preeminencia en caso de conflicto. Efectivamente, el Art. 246 CP establece que esos principios y procedimientos de los pueblos indígenas no deben ser contrarios a la Constitución y a la ley. Lo que no siempre resulta claro es, sí ciertos hechos son o no contrarios a la Constitución y a la ley, porque los contenidos de las acciones provenientes de culturas distintas, no son invariablemente inteligibles para un extraño a estos códigos. En la sentencia T-349 de 1996 la Corte declaró que la referencia a la “Constitución y la ley” como restricciones sobre la jurisdicción indígena no debe entenderse en el sentido de que todas las normas constitucionales y legales deben ser aplicables, pues esto reduciría el reconocimiento de la diversidad cultural a mera retórica.

Cuando se acepta un caso en una determinada instancia de la jurisdicción ordinaria, es porque existen o, se cree que existen, ciertos supuestos válidos que ameritan una actuación externa. En el proceso de interacción, se presentan tres manejos distintos dentro de la unión temporal de sistemas normativos diferenciados: no hay sujeción a la ley estatal, al considerar la igualdad con que debería ser tratado el derecho propio, pero sí hay interacción con la jurisdicción ordinaria. Hay sujeción impuesta a la jurisdicción ordinaria, pese a la defensa del derecho propio, y, finalmente, no hay sujeción, ni se tiene en cuenta la jurisdicción nacional porque no se conoce propiamente de su existencia.

Como tendencia positiva y en contraria a lo que sucede cotidianamente a los indígenas respecto de su vida e integridad como pueblos, cada día de manera más cualitativa se respetan esos otros jueces de la república, indígenas decididos a proteger su existencia cultural alterna, realizando su propio derecho.

Bibliografía

Benítez, Hernán Darío. “Jurisdicción especial indígena: Implicaciones de su consagración institucional”. Ponencia, Seminario sobre Jurisdicción Indígena. Popayán, 1997.

Cárcova, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Ed. Trotta. Madrid, 1998.

Constitución política de Colombia 1991, Ediciones Emfasar. Bogotá, 1994.

Gros, Cristian. “Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia”. En *Revista Análisis Político*. N° 19. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1993.

Hoekema, André J. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. En *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El Otro Derecho*. 26-27 Ilsa Dupligráficas, 2002.

Sánchez, Botero Esther. *La jurisdicción especial indígena*. Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional. Bogotá, 2000.

.... *Protección a niños y niñas indígenas de Colombia*. ICBF Quebecor. Bogotá, 2000.

.... *Justicia y Pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas Sociales. Unibiblos. Bogotá, 1998.

.... “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: El caso colombiano”. *América Indígena*, Volumen LVIII Número 1-2, Enero-Junio 1998.

.... “Melicio Cayapú Dagua, está preso mi Sargento. Estado de normas, Estado de rupturas”. En *Antropología Jurídica. Normas*

formales: costumbres legales en Colombia. Esther Sánchez (editor-compilador). Sociedad Antropológica de Colombia-Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos. Bogotá. 1992.

.... “Peritaje antropológico. Una forma de conocimiento. El otro derecho”. En *Sociología Jurídica y Ciencias Políticas N° 2*, ILSA Bibliográficas. Santa Fé de Bogotá. 1992.

.... “Costumbre, cultura y ley nacional”. En *Grupos étnicos. Derecho y cultura. Cuadernos del Jaguar*. Editorial Presencia. Bogotá. 1987.

.... “Un nuevo concordato para los indígenas de hoy. Política colombiana”. *Revista de la Contraloría General de la República de Colombia*. Volumen III No 2- 1993.

.... *Manual para la Construcción de Entendimiento intercultural*. IC BF. Bogotá, 1993.

Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. 1993.

Walsh, Catherine. “La problemática de la interculturalidad y el campo educativo”. Ponencia presentada en el Congreso de la OEI, Universidad Andina Simón Bolívar “Multiculturalismo, identidad y educación”, 2002. Quito.

La costumbre jurídica de los pueblos mayas

John Schwank Durán*

Realidad nacional. Existencia del derecho consuetudinario maya, garífuna y xinca

Desde las primeras relaciones sobre la conquista de Guatemala¹, se hace mención de sistemas propios de los pueblos indígenas para ordenar su vida en sociedad y resolver conflictos. El conocimiento de ello también persiste en las relaciones históricas de diversos autores². La vigencia de la costumbre jurídica de los pueblos mayas permitió incluir, entre las ordenanzas y Leyes de Indias emitidas para el buen gobierno de los territorios conquistados, recomendaciones sobre aceptar esas costumbres. También en los reclamos de autonomía que se hacen a la Corona española (Memorial de Sololá, Memorial de Totonicapán) se insiste en la existencia permanente de mecanismos propios de cada pueblo para resolver sus conflictos.

Los relatos de viajes, de moda en los siglos dieciocho y diecinueve, como los de Thomas Gage y John L. Stephens, también identifican actos donde se hace evidente la práctica jurídica de los pueblos mayas. Stephens relata haber presenciado en Santo Tomás Chichicastenango, en 1842, cómo se sancionó a un trasgresor –no dice por qué– con “una arroba de golpes” (¿25 golpes?), ejecutándose una sentencia del alcalde indígena.

Guatemala es un país multiétnico, pluricultural y plurilingüe. El reconocimiento *a priori* de esa realidad nacional, lleva a la necesidad de encontrar y conocer esas prácticas popularmente aceptadas que, de una manera u otra, permiten la convivencia social. Además de

* Guatemalteco. Abogado y notario. Ex magistrado del Tribunal de Apelaciones. Docente e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

¹ Díaz del Castillo, Alvarado.

² Fuentes y Guzmán, Remesal, Vásquez, Marure, Milla y otros.

mestizos y los pueblos *mayas*, conviven en el territorio nacional los *garífunas* y *xincas*³.

Para beneficio del lector conviene hacer un paréntesis. ¿Quiénes son los *mayas*, los *garífunas* y los *xincas*? Empezando por lo más fácil de explicar, los *garífunas* son de origen afrocaribeño y se asentaron desde el siglo XIX en Nicaragua, Honduras, Belice y Guatemala. En este último país, ocupan el municipio de Livingston y otras zonas del departamento de Izabal y hablan el idioma derivado de la zona del Caribe de donde provienen. Los *xincas* son pobladores no originarios del área *maya* pero que cuando sucede la conquista, ya ocupan territorio de lo que ahora son los departamentos de Santa Rosa y Jutiapa y parte del occidente de El Salvador. Se advierte al lector, asimismo, que en este trabajo no se hace referencia a la costumbre jurídica de los *garífunas* y *xincas*, por no contarse con suficiente información sobre ellas⁴.

Los mayas desarrollaron la cultura del mismo nombre y ocuparon la región de Mesoamérica, territorio que ahora forman Guatemala, Belice y, parcialmente México, Honduras y El Salvador. Mesoamérica está limitada al occidente por una línea imaginaria que cruza el istmo de Tehuantepec desde el Pacífico al Golfo de México; al oriente por el Mar Caribe, El Salvador y Copán y su área de influencia, en Honduras; al norte por el Golfo de México; y al sur por el Océano Pacífico. Las ciudades *mayas* existen desde cerca de 2000 años a.C. y son abandonadas entre los siglos XII y XIV d.C. La tradición señala, en el *Pop Wuj* y los Memoriales de Totonicapán, de Sololá y otros, que de algún lugar del oriente mexicano, los ascendientes de los mayas originales emigran al altiplano guatemalteco y allí lograron la domesticación del maíz, base principal de su alimentación. Como mayas se autodefinen actualmente 22 grupos de pobladores de Guatemala, siendo los más numerosos los *maya* hablantes de *K'iché*, *Kaqchikel*, *Q'eqchí*, *Poqomam* y *Mam*.

³ Los *maya* hablantes representan en Guatemala un 45% de la población total. Durante el conflicto armado que duró 30 años, los *mayas* constituyeron el 93% de las víctimas y, asimismo, un terremoto en 1976 afectó, principalmente, las áreas montañosas habitadas por ellos.

⁴ El autor no conoce investigaciones *xincas* y sólo una *garífuna*: Mario Gerardo Ellington Lambe. "Derecho consuetudinario garífuna sobre la posesión y el uso de las playas en el perímetro del Municipio de Livingston, Departamento de Izabal". Tesis universitaria, Guatemala, 1998. Sin editor.

Durante la historia nacional, la población *maya* ha sido tratada de maneras distintas identificándose, para explicar el desarrollo histórico, cinco períodos:

- 1- Desde la conquista española a la formación del Estado liberal en 1871;
- 2- A partir de la revolución liberal a 1944;
- 3- De la Revolución de Octubre hasta finales de la década de 1950;
- 4- De finales de la década citada antes, hasta el fin de dictaduras militares (1984); y
- 5- A partir de 1985 a la fecha; año en que entra en vigor la nueva la Constitución que señala que el Estado reconoce, respeta y promueve (las) formas de vida, costumbres, tradiciones, idiomas y formas de organización social, de las comunidades indígenas.

La primera etapa la constituye la conquista española. Son múltiples los decretos, autos y ordenanzas emitidas por el Reino español y, en especial, los dictados durante las visitas de los oidores a las provincias –y en la de Guatemala tenemos muchos ejemplos de ello–, tratando de destruir sus costumbres, desde prohibir el uso de nombres indígenas, realizar bailes populares y consumir bebidas embriagantes ante sus dioses, hasta imponer castigos corporales y económicos por no observarse normas de conducta y de cultura, incluso prácticas religiosas impuestas por la corona, que no sólo eran desconocidas sino que, además, contrariaban la costumbre local. El indígena era sometido a la esclavitud o la servidumbre para trabajar en la mita y en los obrajes de azúcar, añil y grana y como cargadores de toda clase de productos, exigiéndoles trabajo gratuito a cambio de no pagar tributos o el diezmo.

El siglo XIX es testigo del interés europeo por las culturas milenarias precedentes. Son varias las expediciones científicas interesadas en la botánica y la zoología, y se inicia la investigación científica de los vestigios de la cultura *maya* y, por falta de interés

local, se permite que códices, dinteles, estelas y piezas cerámicas sean llevados a bibliotecas y museos extranjeros⁵.

A partir de la revolución liberal de 1871 y dentro del programa económico de sus líderes, el indígena es considerado como un elemento más del sistema de producción. Para mejorar el desarrollo económico, se introduce la siembra masiva de café, grano originario de Asia, asegurándose el éxito del programa cafetalero con la expropiación de tierra comunal a los indígenas y a las distintas órdenes católicas, tierras que se ponían a disposición de sembradores de café, generalmente allegados a funcionarios públicos. Para asegurar la mano de obra, se forzó a los indígenas a laborar bajo condiciones tales que los constituían en siervos del cafetalero, a través de leyes que prohibían la supuesta vagancia, siendo el patrón quién debía certificar que alguien no era vago, porque trabajaba para él. Más adelante, y también a cambio de tributos, los gobiernos liberales establecieron la “Boleta de Vialidad”, documento que debía portar todo trabajador para demostrar, por asientos en ella, que había participado en trabajos viales, en forma gratuita.

En 1944, una revolución popular destituye a las autoridades pseudo liberales y deroga las leyes de vagancia y de vialidad, emitiéndose la Constitución en 1945, primer instrumento que recoge los derechos de los trabajadores, entre otros, la libertad de escoger donde trabajar, un salario mínimo, indemnización por despido injustificado, horario determinado de trabajo, el derecho a sindicalizarse y a la huelga, y el de acudir a tribunales laborales. Sin embargo, no se reconoce la multiétnicidad ni pluriculturalidad de la nación, y el indígena es respetado por su cultura milenaria y como objeto de estudio antropológico, intensificándose también la investigación arqueológica. Siguiéndose enunciados del Instituto Indigenista Americano, recién creado en la década de 1940, en 1956 se celebra en Guatemala un seminario que pretende establecer medios para que los indígenas sean asimilados a los ladinos⁶, actividad que concluye con la decisión de mantener, en forma permanente el Seminario de Integración Social de Guatemala, que recoge y divulga estudios especializados.

⁵ Carlos Enrique Zea Flores. *Rescate, Salvamento y Recuperación Arqueológica*. Editorial Cultura; Guatemala, 1998, pp. 11 y siguientes.

⁶ En Guatemala se llama *ladino* al mestizo o criollo. Sobre el tema, ver: “¿Por qué es indispensable el indigenismo?”, *Revista del Instituto Indigenista Nacional* (sustituto del Seminario de Integración Social de Guatemala), sin editor, 1969.

El nombre mismo de la institución permanente que se crea, reconoce una acción *asimilista*, de moda en ese entonces, que pretende castellanizar a los indígenas, para facilitar su integración a la sociedad urbana, no indígena, y que tenga acceso a los bienes y servicios de la sociedad ladina. Posteriormente, sustituyendo al Seminario y ampliando su horizonte, se crea el Instituto Indigenista Nacional, que continúa con la publicación de estudios antropológicos y sociológicos. En la actualidad la responsabilidad de investigar y divulgar las distintas culturas nacionales, compete al Ministerio de Cultura y Deportes, con quien compiten diversas organizaciones no gubernamentales, como la Defensoría *Maya* e institutos adscritos a algunas de las universidades del país.

A pesar de haber sido sojuzgado e ignorado, quinientos años después, el orgulloso silencio del indígena ha triunfado al usar normas recogidas por la tradición; y el derecho indígena, que pertenece a la esfera del deber ser, ha sobrevivido la dura conquista que con sus repartimientos, reducciones, tributos, obrajes y otras formas de control social, incluyendo la imposición de un nuevo sistema religioso, quiso terminar con el ordenamiento jurídico ancestral. Asimismo ha resistido la política de aculturación perseguida por el Estado. Por ello se considera que la Constitución Política de la República presenta un nuevo panorama. Ya en el artículo 66 de la Constitución Política se hace referencia a “costumbres, tradiciones y organización social” y varios expertos, señalan que su contenido son las normas que rigen a los pueblos según sus tradiciones y su cosmovisión.

El idioma, como parte de la cultura, es también reconocido, indicando el artículo 76 constitucional lo siguiente: “Sistema educativo y enseñanza bilingüe. La administración del sistema educativo deberá ser descentralizada y regionalizada. En las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena, la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe”.

La Ley de Educación Nacional, Decreto 12-91 del Congreso, desarrolla, en los siguientes artículos, la norma constitucional:

Artículo 1. Principios. La Educación en Guatemala se fundamenta en los siguientes principios:... f) Se define y se realiza en un entorno multilingüe, multiétnico y pluricultural en función de las comunidades que la conforman; (...) *Artículo 39. Derechos de los educandos.* Son derechos de los educandos: a) El respeto a sus

valores culturales y derechos inherentes a su calidad de ser humano (...) *Capítulo VI. Educación bilingüe: Artículo 56. Definición.* La Educación Bilingüe responde a las características, necesidades e intereses del país, en lugares conformados por diversos grupos étnicos y lingüísticos y se lleva a cabo a través de programas en los subsistemas de educación escolar y educación extraescolar o paralela. (...) *Artículo 57. Finalidades de la Educación Bilingüe.* La Educación Bilingüe se realiza para afirmar y fortalecer la identidad y los valores culturales de las comunidades lingüísticas. (...) *Artículo 58. Preeminencia.* La Educación en las lenguas vernáculas en las zonas de población indígena, será preeminente en cualesquiera de los niveles y áreas de estudio.

El uso de la costumbre como conjunto de normas y reglas de observancia aceptada por el conglomerado social, en la pluriculturalidad guatemalteca, ha mantenido tal importancia que no es posible que se explique el comportamiento del individuo y sus instituciones, sin recurrir a esas prácticas de observancia general que regulan obligadamente todo el quehacer social, desde el parto de un niño o niña y su bautizo, al entierro del anciano, pasando por las normas que regulan el matrimonio o unión de los pobladores, la distribución y uso de la tierra, hasta la selección de autoridades locales: principales y cabezas de *capules*, con facultad de imponer sanciones y de modificar la conducta de quienes no actúen conforme esas mismas normas. Sin embargo el legislador ha ignorado la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, dentro del territorio nacional. Las normas jurídicas se siguen creando conforme patrones que no coinciden con las prácticas aceptadas y ello lleva a un divorcio entre el Derecho consuetudinario y el vigente escrito, aunque no siempre positivo.

En Guatemala, antes de que se ratificara y aprobara el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo e ignorando otros pactos y tratados incorporados al sistema nacional, se consideró la costumbre sólo como fuente complementaria del Derecho. Una reforma, en el año de 1993, a la Ley del Organismo Judicial, permite el uso de la costumbre en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Habría que agregar, por así disponerlo el Convenio 169 de la OIT, al que adelante se hace referencia, que no viole los derechos humanos; y a que las penas no sean crueles, infamantes o inusitadas, como lo indica el artículo XXVI de la

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en Bogotá, 1848.

Es importante medir las limitantes: “que no sea contraria a la moral o al orden público”; que “no viole los derechos humanos”; y que las “penas no sean crueles, infamantes e inusitadas”; a ese respecto Marroquín⁷ ilustra esta situación con un ejemplo:

... si las partes acuerdan como reparación del daño por un delito de hurto, que el imputado laborará en la finca del agraviado por un mes sin salario para pagar el costo de lo apropiado y los perjuicios, el juez no debe rechazar el acuerdo por cuanto no está prevista esta forma de sanción en la ley, sino establecer si contradice o no los preceptos que sobre este tema destaca la Constitución Política de la República, o si viola un derecho humano, o si quebranta un principio general del derecho, o es inequitativo. En el evento de que las partes lleguen al acuerdo, que el trabajo lo realizaría un hijo del imputado, consideramos que el juez lo debe rechazar, ya que estaría violando el principio general del derecho, que la responsabilidad penal es personal.

Dentro del ámbito de la multietnicidad y el plurilingüismo, los administradores de justicia, que por disposición constitucional ejercen en forma monopólica dicha facultad, deberían reconocer que sólo es una minoría de la población, la que hace uso del sistema ordinario, pues el resto de los pobladores, por no querer usar ese sistema o por desconocimiento de la ley, sus postulados, requisitos y formalidades, utilizan otros mecanismos de justicia. Haciendo más patético lo anterior, se suman las distancias que, en algunos casos, habría que recorrer para acceder a un juzgado, las barreras idiomáticas, así como la desconfianza natural del indígena a los aparatos administrativos y sus prejuicios y lenguaje técnico, sólo comprendido por los juristas, que maneja el personal de los tribunales en el marco de tecnicismo y racismo jurídico que prevalece en Guatemala. Todo ello hace que la justicia no funcione igual para todos los ciudadanos o que funcione con serias deficiencias.

⁷ Otto Marroquín Guerra. “Nivel de Aplicación del Convenio 169 en el Actual Sistema de Justicia, Principalmente los Juzgados Locales”, publicado en la página web del Organismo Judicial (ver “Gacetas”).

En forma paralela al monopolio de jurisdicción, que se aplica y conoce en los tribunales de justicia, la población rural guatemalteca, predominantemente indígena, ha tenido y tiene sus propios mecanismos de justicia, resolviendo sus diferencias y problemas mediante prácticas que han funcionado siempre. Esa normatividad oral, gratuita, esencialmente conciliatoria, es utilizada por las comunidades indígenas de Guatemala a través de los cuerpos integrados por principales, ancianos, cofrades, alcaldes, regidores y funcionarios de las comunidades escogidos por consenso, como autoridades locales.

La Corte Suprema de Justicia en el “Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos”⁸, destaca lo que califica como valores *mayas*, la conciliación, el reparo del daño causado, la compensación y el restablecimiento del equilibrio y la armonía. Igualmente valora el carácter no violento de estas culturas y como en su búsqueda del equilibrio, poseen un sistema sancionador que difiere en su concepción básica de aquel en el sistema oficial:

La resolución de conflictos en los *mayas* es eminentemente conciliador y compensador, persigue como constante la restauración de la armonía comunitaria, razón por la cual las sanciones no siempre tienen el carácter penal como en el sistema oficial; el reparo, la restitución, las detenciones preventivas y servicios a la comunidad, son las sanciones más frecuentes, las más fuertes y que se aplican muy de vez en cuando son, los golpes y la expulsión de la comunidad...

Una diferencia importante entre los dos sistemas es que mientras en el sistema oficial las multas son para el Estado, en los *mayas* estas van para el ofendido.

Aplicación del derecho de los pueblos mayas

Derivado de las normas constitucionales, de convenios internacionales y los pactos políticos, se ha planteado la necesidad de aceptarse la aplicación del derecho consuetudinario. Para lograrlo es

⁸ “Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos”, presentada y discutida en la ciudad de México los días 18 y 19 de mayo de 2001, en fase preparatoria de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos. Documento no editado, p. 29.

importante la actitud que el legislador ordinario y el Organismo Judicial deben asumir para respetar los derechos humanos de quienes, dentro de una población pluricultural, multiétnica y multilingüe, hacen uso o son sometidos a la jurisdicción ordinaria. En especial, al organismo judicial corresponde aceptar que la virtud de la tolerancia debe prevalecer, para permitir que coexistan, como corolario de una pluriculturalidad, varios sistemas jurídicos paralelos. Estos sistemas paralelos representan un medio alternativo de administración de justicia que, dentro del paralelismo jurídico, puede dar a los pueblos mayas seguridad jurídica, para el desarrollo económico y social de su territorio, utilizando sus propias normas.

Por esa falta de apoyo político, no se ha incluido, entre las normas constitucionales, el expreso reconocimiento a la existencia y validez del derecho de los pueblos mayas, ni se ha emitido la ley coordinadora recomendada, tanto en los Acuerdos de Paz como por la Comisión para el Mejoramiento de la Administración de Justicia⁹; pero a pesar de ello hay que reconocer que, a la fecha, con habilidad, el organismo judicial ha procurado incursionar en el derecho de los pueblos *mayas*, por medio de los Centros de Mediación que funcionan en los distintos poblados del país. Pero el esfuerzo del organismo judicial no ha quedado allí, ya que ha logrado reformas legales, sobre todo en materia penal, las cuales, como adelante se señalan, permiten aplicar usos y costumbres locales.

La ausencia de ley coordinadora no impide la interrelación entre el sistema ordinario de justicia y el de los derechos de los Pueblos *mayas*. Hay campos o espacios donde los dos derechos, consuetudinario y el formal, no forzosamente chocan, sino que se interrelacionan de manera tal que aquél toma del formal, lo que le conviene. Asimismo, en algunas oportunidades, los que aplican las normas o usos locales para resolver conflictos, pueden encontrar conveniente recurrir al ordenamiento jurídico vigente, porque desea inhibirse de conocer de un problema o, incluso, usando la denuncia al sistema formal, como una forma de castigo al trasgresor de la norma social. Por ello, conocer los mecanismos locales utilizados tradicionalmente para dirimir conflictos, se vuelve una necesidad en Guatemala, ya que ignorar la existencia del derecho consuetudinario

⁹ Creada en el “Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática”, suscrito en México D. F., el 19 de septiembre de 1996.

y su oposición total o parcial al vigente, no sólo origina conflictos indeseables, sino provoca la pérdida de credibilidad del sistema democrático, que opera por la delegación de la soberanía en funcionarios seleccionados libremente.

Hay que aceptar no sólo la existencia de un derecho consuetudinario –que aun falta por conocerse bien– sino su colisión con el derecho formal, que hace que éste último pierda o limite su positividad. Ese derecho consuetudinario guatemalteco es una realidad de la vida misma, transmitido oralmente y que se manifiesta y aplica en los pueblos de Guatemala. Es un derecho cuyas decisiones se dictan por personas no especializadas, pero muy respetadas por la comunidad.

Concepto y características del derecho de los pueblos *mayas*

Es oportuno advertir que no hay unidad de criterio en cuanto a cómo definirlo. El experto guatemalteco Rolando López Godínez lo llama *Normatividad de las comunidades naturales*. Algunos investigadores han preferido llamarlo *Normatividad jurídica indígena*. Notas publicadas en medios de comunicación social locales lo han denominado “la ley de mi pueblo”, “el poder de la costumbre” o simplemente “normas heredadas de nuestros antepasados”. En países que siguen el sistema del *common law*, para diferenciarlo del derecho propio, le han denominado *customary law* o ley de la costumbre. La Universidad Rafael Landívar de Guatemala se refiere a la “normatividad jurídica *maya*”; ASIES, en sus informes sobre el tema, le denominó “derecho consuetudinario”¹⁰. En trabajos publicados por la Dirección General de Investigación de la nacional y autónoma Universidad de San Carlos, se ha preferido el término “costumbre jurídica comunal”. Por ahora, otros prefieren diferenciarlo llamándolo “costumbre jurídica *maya*” o “derecho de los pueblos *mayas*”, como hace el autor.

El derecho consuetudinario presupone un conjunto de normas de observancia general, que regulan los intereses públicos y privados de la colectividad. Es uniforme y permanente en el tiempo y se transmite por tradición oral. A esos caracteres, para completar el

¹⁰ Guisela Mayén, John Schwank, Julio Taracena y Danilo Palma. “*Estudio Etnográfico sobre Derecho Consuetudinario*”. Editor ASIES, Guatemala, 1994.

concepto que de la costumbre jurídica *maya* se tiene en Guatemala, cabría agregar que aquellos que respetan su tradición. Enumeremos sus bondades:

Es local. En el mismo pueblo están las partes y quién resolverá el conflicto.

Es oral. Se actúa en el idioma de los interesados y se respeta su cosmovisión.

Es gratuito. Quiénes juzgan no cobran. No hay técnicos ni peritos pagados.

Es barato. No exige de personas o equipos para registrar lo actuado, ni de locales.

No hay costo en su administración.

Es rápido. Casi siempre en sólo una audiencia, todo es conocido y resuelto.

Hay inmediatez. El acusador, el acusado y los juzgadores están siempre presentes.

Es conciliador. Sólo por excepción es sancionador y, esa sanción, generalmente, tiene más peso moral que económico.

Es consensual. Busca que la parte ofendida convenga una solución con el ofensor.

Es flexible. Se resuelve según quieren los que intervienen.

Es preventivo. Se difunde el resultado, para que otros no cometan la falta.

Evita problemas. Hay sanción para quién constantemente levante pleitos.

Es unificador. La comunidad, la víctima y el ofensor, se reconcilian.

Es directo: Las sanciones económicas benefician a la víctima, no al juzgador.

Es voluntario. Se someten a él por respeto. Es un Derecho sin espada.

Sanción: No es vengativa; no necesita cárceles, que sólo “endurecen el corazón”. Se da preferencia a la reparación del daño y al perdón.

Es indudable que la costumbre jurídica de cada pueblo es el mejor instrumento para que la convivencia sea pacífica, pues respetando la tradición jurídica se logra la armonía, el acatamiento de las palabras de los ancianos y la cohesión de la comunidad. En cuanto a su contenido, hay consenso que no es simplemente un derecho viejo versus el nuevo o derecho no escrito versus el escrito; o de un derecho particular frente a un derecho común, sino que se trata de una práctica reiterada, transmitida oralmente, que se reconoce como obligatoria, utilizada para definir y resolver conflictos.

Esa normatividad es aplicada por los pueblos indígenas mayas, a través de los principales, ancianos, cofrades, alcaldes, alcaldes auxiliares, regidores, ancianos, sacerdotes o funcionarios que las comunidades o sus pobladores escogen por consenso. El derecho *maya* está contenido en normas de observancia obligatoria, no codificadas, transmitidas de generación en generación en forma oral, respetándose la cosmovisión que es parte de la tradición; y lo actuado no se registra por escrito, quedando sólo en la memoria colectiva del pueblo. Mantiene la armonía, el respeto a la autoridad, la convivencia y cohesión social. Nazario Ixcamparic dice:

... la justicia impartida en las comunidades de origen *Maya* se caracteriza por ser simple, efectiva, directa, pública, oral, en sus propios idiomas, de solución prudente, razonada e inmediata, porque su filosofía es el bienestar del pueblo *Maya*, a diferencia de la administración de justicia del Estado, se caracteriza por ser lenta, cara, recargada, inadecuada, se imparte en español cuando ésta es aplicada a personas que pertenecen a la sociedad *Maya*; la consecuencia que se deriva de esta situación es que el sujeto sometido a un proceso o parte de un juicio no entiende lo que está sucediéndole, el efecto que produce es la ignorancia de la ley penal en el medio indígena guatemalteco¹¹.

En conferencia dictada por Manuel Salazar Tetzagüic, ahora (2005) Ministro de Cultura, éste señaló la tradición que se refleja en el derecho consuetudinario *maya* descansa en valores que, en *Kaqchiquel* se denomina *tin K'ulub'ej, tiqa k'ulub'ej*: tomo consejo, tomar consejo. Al aceptar el consejo se fortalece la organización social del pueblo *maya*, existiendo por ello los *popol winaq* –las

¹¹ Nazario Ixcamparic, “La justicia de ancianos *mayas* supera la justicia institucional”. Suplemento de *El Regional*, vocero *K'iché Ajtzijonel*, No. 18 del 4 al 17 de octubre de 1996

personas del consejo– y respetándose la práctica del *Tan tib'an popol tziji* –celebrar consejos con y por la comunidad–¹².

En el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, suscrito en México D. F. el 31 de marzo de 1995, por el Gobierno de Guatemala y la URNG¹³, se concluye:

... La identidad de los pueblos (indígenas) es un conjunto de elementos que los definen y, a su vez, los hace reconocerse como tal. Tratándose de la identidad *maya*, que ha demostrado una capacidad de resistencia secular a la asimilación, son elementos fundamentales: (...) c) Una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura. Esta cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de la producción material y escrita y por medio de la tradición oral, en la que la mujer ha jugado un papel determinante; d) Una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento *maya*, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes, y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales; y e) La autoidentificación.

Lo mencionado *ut supra*, ayuda para identificar el contenido de la cosmovisión y cultura que informa el derecho de los pueblos *mayas*, pobladores que participan activamente para resolver los problemas de su comunidad, respetando principalmente la tierra, como antes se dijo, y todo lo natural. Es significativo que el único gran bosque que ha sobrevivido del pinabete guatemalteco, en vía de extinción, es el manejado por las comunidades indígenas de los 48 cantones del departamento de Totonicapán.

Otro aspecto importante es el del uso de idioma propio. El Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas –punto IV, inciso E, numeral 4–, además de tener reconocimientos similares a los del Convenio 169, obliga al Estado a procesar a los indiciados

¹² Manuel Salazar Tetzagüic. “Valores mayas”. En fotocopia. Proyecto movilizador de apoyo a la educación *maya*. Guatemala, 1997.

¹³ Movimientos guerrilleros agrupados bajo el nombre de Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.

indígenas en su propio idioma, lo cual aún no se cumple. También el Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, establece el acceso a la justicia en el idioma del interesado, reconociéndose que Guatemala es una sociedad pluricultural y plurilingüe.

Oportunamente la Comisión que, como se dijo, se estableció por los Acuerdos de Paz, recomendó que se oficialicen cuatro idiomas, además del español: *K'iche'*, *Kaqchikel*, *Q'eqchi* y *Mam*, modificándose así el artículo 143 de la Constitución Política. Aún no se ha oficializado el uso de los cuatro idiomas además del español, y el compromiso de facilitar el acceso a la justicia en el idioma del interesado sólo se está cumpliendo parcialmente por el Organismo Judicial y, en mayor grado, por el Instituto de la Defensa Pública Penal que provee de defensor público, a través de la Defensoría *Maya*, que conoce el idioma del defendido, obteniéndose una fluida comunicación, que protege, sólo en esos casos, los derechos del procesado.

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho internacional

Es indudable que la atención del juzgador al derecho internacional es más que una tarea una obligación. Es evidente, por el acápite, la intención de presentar al lector algunos de los tratados, convenios y pactos que Guatemala ha suscrito y ratificado, incorporándolos a la normativa jurídica nacional, y ello se hace por la convicción de que dichos documentos internacionales sirven de fundamento no sólo a alguna normativa local que se ha inspirado en ellos, sino a la práctica de la costumbre. Es importante agregar que el Código Procesal Penal reconoce el uso del derecho internacional al señalar: “Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les impongan la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos humanos”¹⁴. Cabe agregar que la Constitución Política, da preeminencia a dichos tratados, sobre la ley ordinaria.

Convenio 169. Aunque no es la primera norma en el tiempo, sí es la que vino a actualizar el tema del derecho propio de los pueblos,

¹⁴ Código Procesal Penal, artículo 16.

reconociendo el derecho consuetudinario en sus artículos 8.1 y 8.2 cuando establece que:

... al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, se deberá considerar sus costumbres o su derecho consuetudinario (...)
Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Cuando se aprueba por la Organización Internacional del Trabajo el Convenio 169, en Guatemala se conocen opiniones a favor y en contra de la aprobación y ratificación del mismo. Preocupaba a los opositores, en especial, la referencia al derecho de los pueblos indígenas a la tierra que tradicionalmente han poseído y el reconocimiento del derecho consuetudinario de dichos pueblos. A pesar de la oposición existente, el Convenio fue aprobado mediante Decreto Legislativo 9-96 el 9 de marzo de 1996, y ese mismo año, el 10 de abril fue ratificado y el 24 de mayo se depositó en la OIT.

Previo a su aprobación y ratificación, se obtuvo opinión favorable de la Corte de Constitucional, y ésta, en expediente N. 199-95, del 18 de mayo de 1995¹⁵, señaló: "... la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del orden constitucional".

Concluyendo, la Corte que el Convenio 169 de la OIT: "... no contraviene la Constitución, ya que no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental sino que, al contrario, trata aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria".

También ha sido tema de discusión si el permitir que los pueblos mayas utilicen su propio derecho, no se está favoreciendo, sólo a una

¹⁵ Gaceta Jurisprudencial N. 37, Opiniones Consultivas, Corte de Constitucionalidad, expediente N. 199-95, 18 de mayo de 1995, p. 9.

parte de los ciudadanos, violando “el principio de igualdad ante la ley”¹⁶. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha mantenido el principio aristotélico de igualdad entre iguales. La Corte de Constitucionalidad –el 6 de julio de 1988, caso 120 88–, señaló que no se viola el principio de igualdad al “... clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso...”. El criterio lo reiteró, más ampliamente, en “Opinión Consultiva sobre el Convenio 169 de la OIT”, y en otras sentencias, señalando que sería discriminatorio tratar como iguales a quienes no lo son.

Otras normas internacionales de observancia obligatoria. El estado guatemalteco como país signatario de pactos y convenios internacionales, está igualmente obligado a respetar, proteger y promover aquellas expresiones culturales que constituyen parte de la identidad de los pueblos indígenas. Entre las normas están:

- 1- *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (Nueva York, 1965). Por él, Guatemala debe prohibir y eliminar cualquier forma de discriminación por motivos de raza, color u origen étnico y a garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales. La discriminación puede ser activa: si se impide al individuo el ejercicio de sus derechos; o pasiva: si no se implementan los mecanismos necesarios para que la persona disfrute de un derecho. En Guatemala se ha desarrollado el control de la discriminación activa, tipificando la misma como delito, pero es poca la acción estatal para terminar con la pasiva.
- 2- *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. (Adoptado por Naciones Unidas en 1966, aprobado por Decreto 69-87 del Congreso y declarada la adhesión el 6 de abril de 1988). Obliga al Estado a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna. Entre esos derechos está el de la educación y el procurar el desarrollo económico, social y cultural, de los pueblos.
- 3- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado por Guatemala el 5 de mayo de 1992, artículo 27, señala: “En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas,

¹⁶ II. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en Bogotá, 1948.

no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros, de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

- 4- *Declaración sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. ONU, Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1982, vigente en Guatemala desde el 18 de diciembre de 1992, en su Artículo 1.1 indica: “Los Estados protegerán la existencia y la identidad étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de su territorio respectivo y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”. Y en su artículo 2.1 señala: “Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a disfrutar su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público”.
- 5- *Reglas mínimas de las medidas no privativas de la libertad –Reglas de Tokio–* emitidas en Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990. En sus principios generales establece: “Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. 1.2 Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, específicamente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”.
- 6- *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, ratificada por Guatemala. En relación a golpes y chicotazos, como pena, tan criticado por los que no conocen el derecho de los pueblos *mayas*, explica porqué éstos, siendo sanciones legítimas que, no causando dolores o sufrimientos graves, pueden aplicarse: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el termino tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves ya sean físicos o mentales (...) No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas...”.

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho penal y procesal penal

Fuera de las concepciones jurídicas del derecho consuetudinario *maya*, *garífuna* o *xinca*, que descansan primordialmente en que el hombre, en cada uno de sus pueblos, acepte voluntariamente dichas normas, encontramos la existencia paralela de un derecho emanado del Estado, que pretende ser positivo y único, y que en muchas ocasiones, colisiona con la norma consuetudinaria. Es opinión generalizada entre los estudiosos del tema, que la costumbre impacta más frente al derecho penal positivo, pues es en el campo de la acción antisocial o delictiva, donde es mayor el enfrentamiento de normas consuetudinarias y normas penales contenidas en el derecho vigente.

En efecto, donde el poder de imperio del Estado quiere hacerse más evidente es en el mantenimiento de la paz social, fin que procura obtener toda normatividad que legislador crea en materia penal. El Código Penal, con sus tipificaciones delictuales y el Código Procesal Penal, con sus normas procesales, son el andamiaje fundamental que utiliza el Estado para construir el orden y la tranquilidad en la sociedad, y cuando la costumbre no acepta o respeta las tipificaciones delictuales del Código Penal o no acepta o respeta los procedimientos para encontrar al culpable y sancionarlo, que el Código Procesal Penal contiene, surge un enfrentamiento entre el derecho emanado del legislador ordinario y la costumbre aceptada por la comunidad.

Habida cuenta de lo señalado, es importante reiterar que en la aplicación de las normas tipificadoras de conducta antisocial y el procedimiento para sancionar al infractor, es donde el distanciamiento o choque entre el derecho consuetudinario y el estatal vigente, pero no positivo, puede ser mayor y provocar violaciones evidentes de los derechos humanos, por lo que se hace necesario acortar la distancia que existe entre los dos derechos o, en el mejor de los casos, deslindar juiciosamente su campo de aplicación, evitándose la doble sanción, como adelante se señala, o evitándose la sanción por el Estado de un acto o conducta que la comunidad no considera antisocial.

Ahora bien, para algunos estudiosos del tema, los campos de aplicación de cada uno de estos sistemas jurídicos y sus puntos de contacto o de distanciamiento o de choque, provocan la necesidad de establecer una categoría de normas protectoras del indiciado que sea

indígena, pues sólo así puede asegurarse la protección de sus derechos humanos, que le resultan propios por tratarse de una minoría, sociológicamente hablando. Lo indicado obligó a los signatarios de los Acuerdos de Paz, en especial los acuerdos sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas y el del fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, a señalar algunas normas que deben incorporarse a la legislación local o a la práctica judicial.

Ya el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, con vigencia plena en Guatemala desde el 7 de junio de 1997, señala en su artículo 8° que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, el juzgador deberá tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Se agrega, y Guatemala así lo aceptó en los artículos 66 y 67 de la Constitución Política, que dichos pueblos deben tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias; agregando el Convenio que los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse en los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo el Convenio indica que el juzgador no debe imponer una pena mayor que la que la comunidad, por un hecho delictivo, impondría al infractor indígena.

El artículo 10 del Convenio pide que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, debe tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, y deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos de encarcelamiento. Nótese que de esta norma se deriva la necesidad de dar un tratamiento penal distinto a un procesado indígena de quién no lo es, pues el juzgador debe tomar en consideración las características socio económicas y culturales y el derecho consuetudinario del indiciado, incorporando al proceso ordinario la institución conocida como el Dictamen Cultural.

También el Gobierno se comprometió a desarrollar una política que permitiera crear juzgados especializados, para atender los asuntos agrarios, pero a la fecha estos tribunales no han sido creados. La existencia de varios problemas de tierras ocupadas por terceros, algunos resueltos con violencia, puede ser que decida al Organismo Judicial a interesarse en estos tribunales técnicos y especializados.

La administración de justicia *maya* está presente. Hay que estudiarla y aceptarla y de alguna manera, identificar lo que los ancianos han resuelto. Esto último no sólo para que el juez conozca que un hecho ha sido ya juzgado y resuelto, evitándose imponer una doble sanción o condena por el mismo hecho, sino que, además, para que el juzgador imponga en su caso la pena que, al infractor, le impondría su comunidad. Como antes se señaló, la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, fuera de recomendar el reconocimiento constitucional de la forma tradicional de resolver conflictos de los pueblos indígenas, sugiere que, cómo ya antes se señaló, una ley de coordinación resuelva como hermanar los sistemas legales existentes.

Hay quiénes consideran que esa ley coordinadora es indispensable, ya que el artículo 70 constitucional establece que una ley específica regulará todo lo relativo a la sección tercera constitucional, que se denomina “Comunidades indígenas”. Otros expertos sostienen que no es necesaria la regulación por una ley específica por las siguientes razones: a) porque Guatemala cuenta con base legal y constitucional suficiente para promover un desarrollo del derecho indígena dentro de los márgenes del Convenio 169 de la OIT, siempre que se respeten los límites fijados en dicho Convenio; b) que debido al grado de desconocimiento que existe sobre este tema, existe alto riesgo que una ley se convierta en una camisa de fuerza que tergiverse gravemente las posibilidades que el desarrollo de un sistema jurídico indígena podría tener; y c) existen otras vías, tales como el uso de recursos que obliguen a los altos tribunales de justicia a pronunciarse sobre temas en los cuales es necesaria una luz jurisprudencial que resulte del análisis concreto del caso concreto.

Tanto el Convenio 169 de la OIT, que ya forma parte de la legislación interna conforme el Decreto 9-96 del Congreso, como lo convenido en los Acuerdos de Paz, requieren que los Tribunales de la República apliquen la acción jurisdiccional, a lo que allí se ha reconocido como parte integral del derecho de los pueblos que habitan Guatemala. Es indudable que esa adecuación no sólo requiere de una revisión legislativa que se ha llevado a cabo paulatinamente, sobre todo en relación a temas del Derecho Procesal Penal.

Como antes se dijo, el organismo judicial ha hecho un esfuerzo especial para reformular todo un mecanismo de administración de

justicia, saturado por un sistema único de derecho, a efecto de que el paralelismo jurídico, producto de la multiculturalidad del país, se integre al sistema múltiple de justicia y así se permita que se cumpla con lo establecido en los pactos políticos señalados. El esfuerzo de las autoridades ha descansado en dos ejes: lograr reformas legales que permiten a los jueces, en especial a los que están al frente de los tribunales comunitarios, aplicar la ley y permitir que la sentencia se cumpla conforme la costumbre del lugar, generalmente con trabajo comunitario.

El derecho de los pueblos *maya*. Su presencia actual

El nuevo orden mundial establecido por medio del reconocimiento universal de los derechos humanos, que contiene las garantías mínimas que hay que observar en la solución jurisdiccional de conflictos, es también aplicable a las normas que utilicen las comunidades *mayas*, y así lo reconoce expresamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT. Las comunidades indígenas deben evitar el conflicto entre sus normas y los derechos humanos. Por ello, los que aplican la norma tradicional deben informarse sobre la existencia y vigencia de esos derechos universales, para observarlos y para que la norma no sea perjudicada.

La Comisión de Fortalecimiento de la Justicia –creada conforme los Acuerdos de Paz– señaló en su informe final: “La ausencia de reconocimiento y consideración de estas formas de ‘justicia tradicional’, alternativa a la oficial, ha correspondido en Guatemala a una carencia mayor del sistema de justicia, consistente en su falta de correspondencia con el carácter multicultural y pluriétnico del país”.

Concluyendo: “... que la Constitución Política de la República debe incluir una norma que reconozca la existencia de principios, criterios y procedimientos que los pueblos indígenas desarrollan para resolver los conflictos entre los miembros de su comunidad, así como la validez de sus decisiones ...”.

Ese derecho consuetudinario guatemalteco es una realidad de la vida misma, transmitida oralmente y que se manifiesta y ejecuta en los pueblos de Guatemala. Es un derecho informal, ágil, cuyas resoluciones se imparten por no especializados que merecen el respeto de la comunidad. Es deseable que los juristas lo sistematicen,

le creen doctrina y encuentran la jurisprudencia; pero no es seguro que lo mencionado sea posible, pues el derecho consuetudinario es asistemático, aunque siempre se inspire en valores superiores y en principios que permiten mantener la convivencia pacífica entre los pobladores que lo utilizan. A lo más que puede acercar este trabajo es a señalar, como se hace adelante, varios casos que ejemplifican la aplicación del derecho consuetudinario.

El Convenio 169 fue aprobado mediante Decreto Legislativo 9-96 el 9 de marzo de 1996, y a partir de ese hecho, se inician acciones estatales encaminadas a facilitar la solución de conflictos por medios alternos. Asimismo facilita la aplicación de la costumbre, como método para resolver conflictos, incluyéndose el derecho de los pueblos *mayas* dentro de esa categoría, no estando como igual del derecho oficial, pero tampoco supeditado a éste. Entre las reformas introducidas al Código Procesal Penal, por medio del Decreto 79-97 del Congreso, sobresalen:

Artículo 24 Ter. Acciones públicas dependientes de instancia particular. Para su persecución por el órgano acusador del Estado dependerán de instancia particular, salvo cuando mediaren razones de interés público, los delitos siguientes:

- 1) Lesiones leves o culposas y contagio venéreo;
- 2) Negación de asistencia económica e incumplimiento de deberes de asistencia;
- 3) Amenazas, allanamiento de morada;
- 4) Estupro. Incesto, abusos deshonestos y violación, cuando la víctima fuere mayor de dieciocho años; si la víctima fuere menor de edad, la acción será pública;
- 5) Hurto, alzamiento de bienes y defraudación en consumos, cuando su valor no excediere diez veces el salario mínimo más bajo para el campo al momento de la comisión del delito, excepto que el agraviado sea el Estado, caso en que la acción será pública;
- 6) Estafa que no sea mediante cheque sin provisión de fondos, o cuando el ofendido sea el Estado, en cuyo caso la acción será pública;
- 7) Apropiación y retención indebida;

- 8) Los delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso;
- 9) Alteración de linderos;
- 10) Usura y negociaciones usurarias.

También se aumentan los actos perseguibles sólo por acción privada:

Artículo 24 Quáter. Acción privada. Serán perseguibles, sólo por acción privada, los delitos siguientes:

- 1) Los relativos al honor;
- 2) Daños;
- 3) Los relativos al derecho de autor, la propiedad Industrial y delitos informáticos¹⁷;
- 4) Violación y revelación de secretos;
- 5) Estafa mediante cheque.

En todos los casos anteriores, se procederá únicamente por acusación de la víctima conforme al procedimiento especial regulado en este Código (...) En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, se procederá como lo señala el párrafo tercero del Artículo anterior.

Las reformas al proceso penal incluyen la mediación, como medio alternativo para resolver conflictos, y el organismo judicial ha incentivado debidamente estos centros que funcionan en los 22 departamentos de la República y en algunos municipios del altiplano indígena. Los resultados han sido positivos y no han desplazado, como se temía, a los principales, sacerdotes y ancianos *mayas*, que siguen actuando conforme sus propias costumbres.

Juzgados de paz comunitarios. El Decreto 79-97 del Congreso de la República, estableció que en cinco municipios donde no hubiere Juez de Paz, se nombrará en materia penal, a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua¹⁸ predominante de la región y en español. La competencia de esos jueces comunitarios se limita a: aplicar el criterio de oportunidad, en los casos y formas que la ley permite; celebrar

¹⁷ Incisos de la a) a la f) fueron derogados por Decretos 56-2000 y 57-2000.

¹⁸ Nótese el término: lengua. Debió decir “idioma”.

audiencias de conciliación y aprobar acuerdos en delitos de acción privada y pública dependientes de instancia particular, y otras funciones establecidas en la siguiente base operativa de los juzgados comunitarios:

Artículo 552 Bis. Juzgado de paz comunitarios. En cinco municipios de la República en donde no hubiere juzgados de paz y en el plazo de tres meses, la Corte Suprema de Justicia nombrará como jueces de paz en materia penal a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua¹⁹ predominante de la región y en español. Para la designación de los Jueces comunitarios, la Corte Suprema de Justicia realizará consultas con las diferentes autoridades comunitarias.

Los jueces de paz comunitarios tendrán competencia para:

- a) Aplicar el criterio de oportunidad (...)
- b) Podrán celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia particular.
- c) Recibirán la primera declaración del imputado, dictarán las medidas de coerción personal que correspondan y remitirán el expediente al juzgado de primera instancia competente poniendo a su disposición al detenido si lo hubiere, cuando se trate de delitos graves o cuando no proceda el criterio de oportunidad o fracase la conciliación.
- d) Si no hubiere delegación del Ministerio Público, ordenará el levantamiento de cadáveres, documentando la diligencia en acta en la cual se consignent las circunstancias.

Dichos jueces resolverán por mayoría, previa de liberación y ejercerán su competencia en la circunscripción territorial del Municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y **resolverán con arreglo a los usos y costumbres**, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ello fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes.

La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, mediación y contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

¹⁹ Nótese el uso del término “lengua” siendo el correcto: idioma.

Concluido un año (...) de los juzgados de paz comunitarios, (...) se implementará este tipo de Juzgados en los municipios del país, donde no hubiere juzgados de paz”²⁰.

No se trata realmente de un reconocimiento al derecho de los pueblos *mayas*, pues reduce a los principales, sacerdotes y ancianos a jueces menores sustitutos dentro del esquema de la justicia ordinaria, aplicando leyes estatales, formando expedientes escritos - no se dice si en idioma indígena o si en español-, etc. Incluso hay una contradicción intrínseca cuando se establece que resolverán con arreglos a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del derecho cuando ello fuere posible, pero se agrega que los fallos no podrán violar... las leyes.

La práctica constante de acudir, que continúa en las comunidades *mayas*, a personas respetadas, para que sean éstas las que impartan justicia, ha estado y está sustituyendo al juez ordinario, descargándole trabajo al organismo judicial. Esa realidad ha permitido que en el Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, se haga mención a la necesidad de una apertura a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y corresponde al organismo judicial, aceptar como mecanismo alterno, la práctica jurídica existente de los pueblos *mayas*, *garífuna* y *xinca*.

También, debido a la reforma del artículo 552 Bis. del Código Procesal Penal, en cinco municipios donde la población de ascendencia *maya* es mayoritaria, se han establecido cinco Juzgados de paz comunitarios, experimentales. Éstos los integran la Corte Suprema de Justicia con tres jueces no técnicos, vecinos del lugar, escogidos dentro de personas recomendadas por las organizaciones locales, debiendo los juzgadores conocer el idioma local y el español, pudiendo aplicarse, al dictar sentencia, los usos y costumbres de la comunidad. Su eficiencia es discutida y falta una completa evaluación para saber si aplican o simplemente dicen complementar su fallo conforme el derecho consuetudinario, o si sólo sustituyen a las autoridades reconocidas por la población. Véase una sentencia dictada por uno de éstos tribunales de paz

²⁰ Desde que se crearon 5 tribunales, no se han vuelto a establecer otros, pero sí se han creado Juzgados de Paz en casi todos los 333 municipios del país, que pueden operar conforme señala este artículo 552 Bis.

comunitarios, donde es notoria la presencia del derecho oficial y sólo en la sustitución de la pena se refleja un componente del derecho consuetudinario: la restitución del tejido social por servir a la comunidad. Falta que el condenado pida perdón y que sea perdonado, exigencias comunales que casi nunca se reflejan en las sentencias de tribunales:

San Andrés Semetabaj, Sololá (Vega, 2004)²¹:

Caso: Insultos y agresión. Causa 144-03: falta (insultos y riña)

Sentencia (10/9/03) escrita en español, y contiene:

Descripción hechos de inicio de juicio y desarrollo del mismo, describiendo pruebas.

Cita de leyes: Constitucionales, Código Penal y Procesal Penal y Convenio 169.

Pena:

- arresto 20 días, conmutables por Q 5.00 por día (sanción a faltas del C. Penal);
- no se fijan responsabilidades civiles (Código Penal); y
- se permite retribuir el daño, preparando almuerzo escolar en la escuela pública, durante 3 días.

Cosa juzgada y el peritaje cultural. Estas dos instituciones jurídicas no escapan de participar en problemas que surgen al colisionar las culturas jurídicas de los pobladores urbanos y ladinos, con aquellos que tienen un idioma, cultura y cosmovisión distinta y que son, en mayoría, pobladores rurales.

El principio de cosa juzgada se instituye para proteger a la persona de una doble o múltiple persecución penal por varios y distintos juzgadores, garantizando así el principio de que nadie puede ser juzgado ni condenado por el mismo hecho, más de una vez. Por ello, si la autoridad que conoció un caso aplicando el

²¹ Astrid Vega Girón. "El acceso a la justicia de las comunidades indígenas". Tesis universitaria. Sin editor, Guatemala, 2004.

derecho de los pueblos *mayas* de acuerdo a la costumbre, otra autoridad, sea *maya* o juzgador oficial, no puede ya conocer del mismo asunto, extremo que puede probarse por los medios establecidos en el Código Procesal Penal. Debería incluirse entre esos medios, la simple declaración de quién, juzgando, resolvió el conflicto, lo cual también podría probarse por testigos idóneos. Por ello, el Juez del sistema estatal de justicia debe abstenerse de actuar.

Peritaje cultural. Es nuevamente la Defensoría *Maya* la que convence a juzgadores ordinarios y a los ciudadanos que integran los tribunales comunitarios, para que obtengan opiniones sobre la cultura y costumbre del lugar. El siguiente es el primer caso conocido en Guatemala donde se ha presentado un peritaje cultural:

Caso: Indígena *k'iché* capturado (9/2002) por fabricación clandestina de *cusha* (aguardiente destilada) para ofrendarla a Maximón. Santiago Atitlán, Sololá.

Circunstancias especiales: El Juez lo deja libre bajo condición de presentarse los viernes. La intervención de Defensoría Indígena propone a Juez que participen autoridades mayas locales, lo cual se acepta.

Peritaje cultural: (3/2003). La comunidad propone la intervención de un cofrade experto en el culto a Maximón, que dictamina que es necesario que devotos y cofrades hagan oferta de *cusha* para celebrar el culto, tal como lo hizo el detenido.

Resolución: El Juez resuelve dejar libre al detenido y ordena que el licor confiscado, sea entregado a la cofradía. Se basa en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, con vigencia plena en Guatemala desde el 7 de junio de 1997, que señala en su Artículo 8° que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, el juzgador deberá tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; y en los artículos 66 y 67 de la Constitución Política, agregando que los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse en los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo, el Convenio indica que el juzgador no debe imponer una pena mayor que la que la comunidad, por un hecho delictivo, impondría al infractor indígena.

Cosa juzgada. Es interesante notar que en un caso resuelto por los ancianos de una comunidad de pobladores de ascendencia *maya* se sancionó a una persona que participó en el robo y destrucción de un vehículo, y posteriormente el Tribunal de Primera Instancia condenó a la misma persona, por el mismo delito; sin embargo, por sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, bajo el principio del *non bis in ídem*. Este es un paso importante pues implica un reconocimiento del más alto tribunal del país de la vigencia del derecho consuetudinario. Se presenta en forma esquemática el caso, que demuestra lo que no debe hacerse y, como se dijo, hubo necesidad de corregir:

Caso: Robo de vehículo en marzo, 2002. Comunidad de Payajxit y Pemesebal, Totonicapán.

Circunstancias especiales: Autoridades indígenas instan a uno de los culpables a que revele nombre de cómplices y pida perdón. Éste ofrece vender terrenos (su herencia) para pagar al ofendido, y en las oficinas de la Defensoría Indígena *Wajxaqib' Noj*, se presenta el ofensor ante el ofendido y autoridades tradicionales, y pide perdón e indica quiénes son los otros implicados, quiénes llegan a otras reuniones, todos acompañados de sus padres. Con excepción de uno (Félix), confiesan y piden perdón.

Penas: No se documenta por escrito, pero la TV nacional lo filmó: Nueve azotes (número sagrado), con ramas de ciprés. Se entregan a los culpables a la PNC.

Sentencia de Juzgado de Instancia de Quiché: Con excepción de Francisco Velásquez López, que confesó y fue condenado, los otros fueron liberados.

Sentencia de Casación: del 7 de octubre de 2004: Francisco Velásquez López interpone Casación, y la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia CASA el fallo y dicta sentencia, absolviendo a Velásquez, pues el Juez no observó la preeminencia del Convenio 169 OIT, y porque Velásquez ya había sido castigando (**no bis in ídem**).

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho civil

Etnia *Mam*: Asunto civil sobre propiedad de inmueble. Juan y Andrés pretendían ser dueños de una misma parcela de terreno. Para buscar una solución, acudieron ante los Principales, y al explicar sus pretensiones cada uno presentó un documento: Juan uno que le había dejado su abuelo y Andrés otro que le había entregado su difunto padre. Examinados los documentos, los principales le dieron preferencia al de Andrés, por lo que a él se le entregó la posesión del inmueble, conformándose Juan.

Comentario: Nótese que conforme el artículo 977 del Código Civil vigente, ambos documentos son nulos, por carecer de las formalidades esenciales de un testamento. Se conocen también casos donde son los principales o autoridades municipales las que algunas veces resuelven sobre quién hereda los bienes de sus padres, dándose preferencia al hijo que se haga cargo del cuidado del progenitor sobreviviente, no observándose ni las normas sustantivas del Código Civil, ni las adjetivas del Código Procesal Civil y Mercantil.

Conforme la legislación del siglo pasado, se ordenó la creación de un registro inmobiliario a cuyas normas es probable que muchos propietarios indígenas se acogieran, sin embargo, como el sistema de transferencia de la propiedad de la tierra que el sistema indígena utiliza es distinto del civil y notarial vigente, ya sea por venta o por herencia, han aparecido propietarios que no cuentan con documentos registrables. Cuando esos documentos quieren crearse, porque así lo exige un nuevo comprador o porque se desea hipotecar el inmueble, ignorándose si éste estuvo o no inscrito en el registro inmobiliario, se inician diligencias de titulación supletoria, que al concluir con el registro nuevo del inmueble, puede ser que haya resultado en duplicar la inscripción original. Ello podría evitarse si de alguna manera se reconociera la autoridad de principales o ancianos, que podrían testimoniar sobre el nuevo propietario, continuando con una información sistemática y veraz que podría incluso asistir al registro oficial. La nueva Ley de Registro de Información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso, aunque sólo se trate de un registro predial, si

no se observan mecanismos de registros que reconozcan las prácticas de los *mayas*, *garífunas* y *xincas*, entre algunos años estará desactualizado y su eficacia se perderá.

Además hay que recordar que muchas instituciones civiles y familiares, se implementan por medio de arreglos logrados conforme la costumbre local. Entre esos asuntos hay que incluir: nombres y apellidos, la pedida de la novia, la unión o matrimonio, filiación, alimentos, separación, a cargo de cuál hijo quedan los padres ancianos, etcétera.

El derecho de los pueblos *mayas*, *xincas* y *garífunas*, es una ciencia que tiene aún mucho que enseñar.

Derecho consuetudinario: algo más que una alternativa para resolver conflictos

Es necesario hacer referencia, aunque sea somera, al derecho consuetudinario indígena o *maya*, como un medio alternativo de resolver conflictos. Recordemos la función jurisdiccional encargada antes de la vigencia de la Constitución de 1985, a los Alcaldes municipales, quiénes impartían una justicia directa incluso a través de alcaldes auxiliares indígenas, no siempre formal pero sí conciliadora. Al retirarse de la autoridad electa local esa función, entre otras razones por ser ella propia del órgano jurisdiccional ordinario, se perdió la oportunidad de que los alcaldes indígenas buscaran una solución a los conflictos que surgen entre particulares, pero recientes modificaciones del Código Municipal permiten la existencia y función de los alcaldes indígenas, como auxiliares encargados de mantener el orden dentro de la comunidad.

De parte del organismo judicial y para sustituir la función de los alcaldes como jueces menores, se han inaugurado juzgados de paz en casi todos los municipios del país, y se ha procurado escoger jueces que conocen el idioma y las costumbres locales. Sin embargo, los juzgados de paz no sustituyen el derecho consuetudinario y se produce un divorcio entre el juzgador y la comunidad a su cargo, dificultándose la aplicación de la justicia formal u ordinaria. Para paliar algunos de los problemas, el organismo judicial ha establecido cinco centros de administración de justicia (CAJ), donde se concentran junto al juzgador, el Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal. Esta última institución es la que procura

asegurarse de la presencia de traductores y quien contrata, según el caso, a los peritos culturales. También funcionan en éstos centros de mediación cuyos resultados son positivos y que obligan a su reconocimiento por el órgano jurisdiccional que conocía del conflicto mediado. Es pertinente señalar que si bien es laudable la función mediadora impulsada por el organismo judicial como una forma de desjudicialización de conflictos, ello no sustituye la función legítima de dirimir conflictos de los ancianos del lugar, pues éstos buscan, más que sancionar al infractor, su reinserción al grupo social que resultó lesionado por la mala acción y la reparación del daño causado, lo cual se logra cuando el culpable pide perdón y es perdonado.

El autor considera que es necesario insistir en que la solución propuesta por las reformas al Código Procesal Penal, contenidas en el Decreto 79 97 del Congreso (Art. 552 bis), no es un reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario *maya*, *garífuna* y *xinca*, sino una manera de utilizar a las autoridades locales, respetadas por el pueblo, como instrumentos convenientes a un organismo judicial que no está presente en todo el país. Al otorgarse a los sacerdotes, cofrades o ancianos, ciertas facultades que corresponden a un juez menor, si bien se reconoce ya la existencia e importancia de aquellos, se reduce su calidad de autoridades superiores de un pueblo, a la de auxiliares menores del organismo judicial mencionado.

Las alcaldías indígenas

No puede terminar este trabajo sin mencionarse las alcaldías indígenas, institución excelente que ha sido perjudicada por disposiciones legales que prefieren la selección de funcionarios por métodos generalmente aceptados en otras culturas, donde la elección de autoridades se hace por mayorías absolutas, simples o calificadas, en tanto que la costumbre de los pueblos en Guatemala prefiere la selección de la autoridad por consenso.

Un caso concreto que prueba la eficacia de la alcaldía indígena, se refiere al alcalde municipal de San Juan Atitlán del Departamento de Huehuetenango. Por lo general, la elección de la autoridad máxima municipal recae en un indígena y forman parte de la corporación municipal miembros de la cofradía: los principales de la costumbre, que es un consejo de ancianos integrado por cinco

personas, algunos no saben leer, pero su experiencia es valiosa, y son electos en noviembre de cada año. Al asumir sus funciones se identifica el acto como Día de la Entrega de la Flor. Para la elección de los 5 mayores, se toma en cuenta su honorabilidad y responsabilidad, asumen también la responsabilidad de nombrar alcaldes auxiliares, alguaciles, policías municipales y guarda-bosques.

La mayor parte de los problemas que surgen en la comunidad son atendidos y resueltos por el alcalde municipal, con la intervención de los cinco mayores y los concejales. La alcaldía indígena, ya sea titular o auxiliar en un municipio con población mayoritaria *maya*, asume función coordinadora entre las autoridades locales y las regionales o centrales, respetarlas y rescatarlas, es un deber cívico.

Hay que destacar la función que se ha concedido al síndico municipal para intervenir en asuntos penales, especialmente para promover y documentar una conciliación y para solicitar, como consecuencia de ello, la aplicación del criterio de oportunidad y desjudicializar, así el caso –artículos 25.25 bis, 25 ter, 25 quáter–, del Código Procesal Penal.

Punto final

El futuro es prometedor, pero falta mucho por hacer. En cuanto a enseñanza de idiomas *mayas*, hay que reconocer que se ha incrementado su implementación, buscando reducir la deserción en las escuelas públicas, producida cuando niños y niñas pequeñas han tenido que enfrentarse, en el sistema monolingüe, al español que no se habla en sus hogares.

Es alentadora la actuación de varios tribunales, como consta en los casos que se han expuesto. Pero sobre todo con agradable sorpresa hay que reconocer que el pronunciamiento en sentencia de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, aplicando el principio: *non bis in ídem*, abre nuevas perspectivas para el derecho de los pueblos *mayas*.

¿Es necesaria una ley coordinadora? En principio no, pero sí podría servir para afianzar el reconocimiento al derecho de los pueblos *mayas*, resolviendo los límites territoriales²² y límites de

²² En cuanto límite territorial, la mayoría de los antropólogos y sociólogos están de acuerdo en que la referencia a territorio es la que corresponde a la división política por municipios.

competencia. Como se dijo, las autoridades *mayas* generalmente no aceptan intervenir en “hechos de sangre” o en accidentes de tránsito, y si ello se confirma en una investigación seria, ya habría base para empezar a regular el deslinde entre lo que las autoridades *mayas* pueden o no pueden hacer.

No puede cerrarse este documento sin hacer referencia a castigos que se aplican dando golpes al sancionado, sin insistir en que conforme la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, crea la excepción al decir: “... No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas...”.

Bibliografía²³

Figueroa Sarti, Raúl. *Código Procesal Penal. Concordado y anotado con jurisprudencia constitucional*. Guatemala, 7ª. edición, 2001.

León, Juan et al. *EELA TATINE' Construyendo el pluralismo jurídico*. Guatemala, Editor Defensoría Maya, 2001.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y otros. *Administración de justicia y pueblos indígenas*. Guatemala, 2001.

López Godínez, Rolando et al. *La costumbre jurídica comunal de la etnia Kaqchikel*. Dirección General de Investigaciones, Universidad de San Carlos. Guatemala, 1996.

Solórzano León, Justo Vinicio. “El peritaje cultural, hacia una jurisdicción multiétnica, pluricultural y multilingüe”. Tesis universitaria. Guatemala, 2007.

Palma Ramos, Danilo et al. *El sistema jurídico maya. Una aproximación*. Guatemala, 1998.

Tuyuc, Rosalina et al. *SUB'B'ANIK. Administración de justicia maya*. Guatemala, Editor Defensoría Maya, 2001.

²³ Sólo se incluye la no citada debidamente en el cuerpo del trabajo o en las notas al pie de página.

Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad*

María Teresa Sierra**

Diferentes estudios han destacado un hecho notable en las dinámicas políticas y legales de nuestros países en América Latina durante las últimas décadas: un cambio importante en la concepción del Estado y del proyecto nacional al pasar de una concepción liberal monista a una visión multicultural y plural del Estado y de la nación. El proceso ha sido producto de varios factores entre los cuales destacan: la presión de las organizaciones indígenas, la vigencia de un nuevo marco jurídico internacional que reconoce derechos indígenas, pero también un nuevo contexto de globalización económica y política marcado por el neoliberalismo y la fuerte presencia de organismos multilaterales y donantes internacionales incidiendo en la reforma y modernización de los Estados. Lo que pareciera ser a simple vista un acto de justicia histórica para resarcir siglos de exclusión y colonialismo, debe situarse en el marco de las políticas globales promotoras de nuevas formas de institucionalización que no necesariamente garantizan un reconocimiento pleno de la diversidad y una relación más igualitaria entre el Estado y los pueblos indígenas¹.

Con respecto a la impartición de justicia, un rasgo distintivo de este nuevo contexto globalizador son las reformas legales para promover la modernización de los sistemas de justicia en América

* El artículo desarrolla las ideas presentadas durante el Curso Taller sobre *Ombudsman* y acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en San José, Costa Rica, del 17 al 19 de agosto del 2005.

** Profesora, Investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, CIESAS.

¹ Ver Sieder, Rachel (ed.). *Multiculturalism in Latin America, Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave, London, 2002; Assies, Willem. "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina" en Assies, Willem, Gemma Van der Haar y André Hoekema. *El reto de la diversidad*. México: Colegio de Michoacán, 1999.

Latina con el fin de consolidar el llamado “estado de derecho” y la democracia. De acuerdo a diferentes autores, se ha buscado con esto simplificar el acceso a la justicia, desburocratizarla, pero sobre todo dar garantía jurídica a los convenios y trámites económicos, hecho clave en las transacciones del capital transnacional². Es también en este contexto que deben situarse las reformas legales para reconocer derechos indígenas y el carácter multicultural de la nación. De esta manera, los cambios legales en el aparato judicial apuntan a fortalecer la mediación, la solución alternativa de conflictos y la conciliación como procedimientos e instancias que buscan involucrar a la sociedad civil en el manejo de los conflictos, agilizar los trámites legales y reconstruir el tejido social, lo que sin duda en sociedades tan burocratizadas como las nuestras y con fuertes déficit de seguridad jurídica y de acceso a la justicia, es visto con buenos ojos por la mayoría de la población. Dentro de dichos cambios se insertan también las reformas dirigidas a reconocer espacios a la justicia indígena; tal es por ejemplo el sentido de las reformas que se han llevado a cabo recientemente en México, así como sucede en otros países como Colombia, Guatemala, Ecuador, etc. Es de notar el papel central que están jugando organismos como AID y el BID en la promoción de dichas reformas, lo que sin duda revela los diferentes intereses en juego en la apuesta de la democratización de la justicia. Por esto mismo resulta importante preguntarse, retomando a Santos³, sobre el sentido de las reformas judiciales para reconocer pluralismo jurídico y el carácter multicultural del Estado: si apuntan a la regulación o a la emancipación social. Es decir si las reformas subordinan a los pueblos a las lógicas institucionales del Estado o bien están permitiendo que los pueblos indígenas renegocien espacios de poder para reconstituirse en cuanto tales y para acceder a una relación más equitativa y de respeto con el Estado y la sociedad nacional.

No se trata de desconocer los importantes avances que se han dado en la materia del reconocimiento de la diversidad cultural y de

² Santos, Boaventura de Sousa y Mauricio Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia/Universidad de Coimbra, 2001; Sieder Rachel. “Recognising Indigenous Law and the Politics of State Formation in Mesoamerica” in Sieder, R. *Multiculturalism in Latin America, Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave, London, 2002.

³ Santos, Boaventura de Souza. *Towards a New Common Sense*, London, Routledge, 1995.

los derechos indígenas, y el hecho mismo que el Estado haya transformado su carácter asimilacionista, sino de situar en un horizonte crítico los alcances de dichos reconocimientos, entendiendo que éstos son partes de un proceso, y advertir lo que puede ser una nueva fase de un multiculturalismo permitido, parafraseando a Charles Hale⁴. En lo siguiente me propongo reflexionar sobre los alcances y límites de las reformas legales sobre acceso a la justicia para los pueblos indígenas y su impacto para pensar el derecho indígena en el caso mexicano, considerando tres aspectos.

1. El sentido de las reformas referidas a la justicia indígena y los términos en que se plantea la coordinación entre la jurisdicción estatal y la indígena.
2. La recepción del derecho indígena en el derecho nacional, destacando la importancia que le atribuyen los jueces en el tratamiento de casos que involucran a miembros de comunidades indígenas.
3. La perspectiva de la interlegalidad para comprender las prácticas de justicia y las políticas de reconocimiento de derechos indígenas.

Me interesa destacar que en el caso mexicano, como otros casos en América Latina, las reformas que se han implementado para reconocer la justicia indígena y en general derechos indígenas, se han desarrollado dentro de la concepción de un pluralismo jurídico aditivo que no ofrece alternativas reales para la práctica de una justicia indígena plena que permita el ejercicio de derechos de jurisdicción. Tal limitación es parte de una política de Estado neoindigenista, que estructural e ideológicamente no pretende

⁴ Charles Hale ha sido uno de los principales autores que han elaborado una visión crítica de las políticas de reconocimiento insistiendo en la necesidad de mirar los marcos históricos y estructurales en los que dichas políticas se desarrollan en la fase actual del neoliberalismo que fomenta la descentralización e impulsa ciertos márgenes de autonomía y derechos colectivos. En esta misma dirección se refiere al “indio permitido” y al multiculturalismo neoliberal para destacar el hecho que el reconocimiento de derechos culturales no contradicen la lógica cultural del capitalismo neoliberal; dicha lógica justifica nuevas formas de poder y normatividad, de autorregulación y participación local, que contribuyen a legitimar el nuevo orden social; Hale, Charles. “Rethinking Indigenous Politics in the Era of the Indio” en *NACLA Report*, sept.-oct. 2004, 16-21; Hale, Charles. “Does Multiculturalism Menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala” en *Journal of Latin American Studies*, 34, 2002, 485-52.

construir una nueva relación con los pueblos indígenas ni comprometerse con transformar el orden cultural y político instituido⁵. Este espacio, sin embargo, ha posibilitado alternativas nada desdeñables aprovechadas por las comunidades y organizaciones indígenas para redefinir sus sistemas normativos y usar las instancias del Estado para exigir derechos. Los espacios son limitados y su aprovechamiento depende de la fuerza que tengan las organizaciones indígenas para apropiarse de ellas y en la medida de lo posible redefinir sus relaciones de poder, en lo cual el recurso a las instancias internacionales de derechos humanos ha jugado un papel fundamental. Sostengo de esta manera que el hecho de reconocer los límites en que se gestan las políticas de reconocimiento no debe impedir reconocer también las estrategias que los indígenas desarrollan desde su posición subalterna para moverse en los intersticios del poder o bien para ir más allá de ellos. Lo importante sin duda es no perder la mira de las demandas indígenas y los límites que las enmarcan. Es en este contexto que resulta pertinente reconocer la perspectiva de la interlegalidad como el referente que permite dar cuenta de los órdenes jurídicos que convergen en los nuevos espacios institucionales abiertos por el Estado y la manera en que estos marcan las nuevas prácticas de la justicia indígena.

Reformas legales en materia de justicia indígena y las propuestas de coordinación. ¿Hacia un pluralismo jurídico aditivo o igualitario?

La reciente reforma mexicana (agosto 2001) para reconocer derechos indígenas ha sido ampliamente cuestionada por el movimiento indígena y sectores de la sociedad civil organizada como una reforma limitada que reconoce derechos que no permite ejercer. Si bien el capítulo segundo —donde se concentran la mayor parte de los cambios legales en materia indígena— establece de entrada el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y a ejercer su autonomía en el marco de sus comunidades, se pasa a las legislaciones estatales la definición del alcance de dicha autonomía, lo que significa subordinarla a las negociaciones e intereses regionales y partidarios; no reconoce a las comunidades

⁵ Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El estado y los indígenas en tiempos del PAN: Neoindigenismo, legalidad, identidad*. México, CIESAS-Miguel Ángel Porrúa, 2004.

indígenas como sujetos de derecho público sino como entidades de interés público, lo que les quita la posibilidad de ejercer poder político y las deja bajo la tutela del Estado; tampoco reconoce derechos territoriales y los derechos sobre la tierra se subordinan a los derechos de terceros ya establecidos, es decir a la propiedad privada, entre otros aspectos. De esta manera, la reforma en lugar de garantizar derechos los minimiza subordinándolos a los preceptos constitucionales y la unidad nacional, y delinea además una serie de políticas que no rompen con el asistencialismo de Estado⁶. No consigue en los hechos plantear una nueva relación con los pueblos indígenas basada en el respeto, la diferencia cultural y la libre determinación de los pueblos, tal como se había establecido en los Acuerdos de San Andrés (1996), firmados por el gobierno mexicano y el EZLN.

Dichos lineamientos constitucionales delimitan también el alcance de las reformas en materia de justicia, que se reducen a reconocer los sistemas normativos internos de las comunidades indígenas y a establecer ciertas garantías para acceder a la justicia del Estado, como el reconocer costumbres y especificidades culturales en el proceso judicial así como el derecho a intérpretes y defensores. En general se trata de una reforma que se sitúa en los marcos de un pluralismo jurídico aditivo⁷ en donde los sistemas jurídicos indígenas son subordinados a la jurisdicción estatal, con pocos márgenes para ejercer una real autonomía. Los límites de dichas reformas en materia de justicia se hacen aún más evidentes si se les compara con las propuestas y reformas sobre el tema desarrolladas en otros países como es el caso de Colombia, Ecuador y Bolivia⁸.

Este reconocimiento limitado de un pluralismo jurídico puede verse claramente en los cambios legales que se han dado

⁶ Para un desarrollo crítico de los límites y alcances de la Reforma constitucional al artículo 2 de la constitución mexicana, ver Gómez, Magdalena. "La Constitucionalidad pendiente. La hora indígena en la Corte" en Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El Estado y los indígenas...*, 175-205; y López Bárcenas, Francisco. "La lucha por la autonomía indígena en México: un reto al pluralismo", en Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El Estado y los indígenas...* 207-231.

⁷ Hoekema, André. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", en *América Indígena* vol. LVIII n. 1-2, ene.-jun. 1998, 261-300.

⁸ Ver el documento elaborado por Willem Assies, donde hace una revisión de diferentes reformas constitucionales en América Latina y en México; Assies, Willem. "Reforma jurídica en Michoacán y pluralismo jurídico" documento en www.alertanet.org

recientemente a nivel de las legislaciones estatales. Una revisión de las reformas legales en materia de justicia indígena en estados con mayor población indígena en México revela lo siguiente:

- 1) Según puede verse en el cuadro anexo (cuadro 1) no todos los estados han realizado cambios legales a sus marcos constitucionales. Algunos estados como Hidalgo (1991), Chiapas (1994), Oaxaca (1995), Campeche (1996) y Quintana Roo (1998), entre otros, reformaron sus constituciones antes del 2001 (nota) pero no han adecuado sus marcos legales a la nueva ley, aunque Oaxaca rebasa en varios puntos lo dispuesto en la reforma constitucional nacional, y Quintana Roo tiene propuestas innovadoras en materia de justicia. Otros estados como San Luis Potosí (2003) y Puebla (2004), modificaron sus constituciones después del 2001. San Luis Potosí cuenta con una ley reglamentaria sobre derechos indígenas (2003), lo mismo que el estado de Oaxaca (1998), y se tuvo la astucia de tomar a la reforma nacional como piso para elaborar algunas propuestas que la rebasan; como el hecho de considerar a las comunidades indígenas como entidades de derecho público y no solamente como entidades de interés público. La reforma es reciente como para valorar los alcances de dicha ley.
- 2) Hasta ahora sólo una de ellas contempla una ley referente específicamente a la justicia indígena (Quintana Roo, 1998), mientras está por discutirse una iniciativa de ley sobre la materia en el estado de SLP⁹. Ambos casos constituyen en el papel aportes importantes para delimitar las jurisdicciones indígenas, sus competencias y alcances, si bien no rebasan la lógica de ser una justicia auxiliar a la del Estado.
- 3) La mayor parte de las reformas reconocen a la justicia indígena o bien como medio alternativo a la justicia del Estado (justicia alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria) (Puebla, Quintana Roo, SLP.), o bien definen explícitamente su subordinación a la justicia estatal (Campeche) o su calidad de auxiliar (Chiapas y Campeche). Se reconocen ámbitos jurisdiccionales a las autoridades indígenas en el espacio de sus comunidades, y en algunos casos en ámbitos municipales. Algunas instituyen nuevas

⁹ Agradezco ampliamente a Agustín Ávila el haberme facilitado documentos de fundamentación sobre las reformas en materia indígena en San Luis Potosí, como la iniciativa de ley que está por discutirse en dicho estado.

figuras como los jueces de paz y conciliación indígena (en Chiapas), que deben hablar la lengua indígena y ser abogados¹⁰; (Q.R.) o bien se instituyen los juzgados indígenas y el juez indígena municipal (Puebla), insertos en la jurisdicción del estado, como parte del sistema de jueces menores municipales.

En la mayoría de los casos, las reformas sobre justicia indígena son parte de reformas al poder judicial para fomentar la mediación y la resolución alternativa de conflictos, y no son vistas como espacios autónomos de jurisdicción indígena, lo que significa que deben subordinarse a las lógicas jurídicas del Estado. En este sentido, se plantea uno de los temas más complicados que implica el reconocimiento de derechos indígenas: la problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena, y del llamado pluralismo jurídico. A diferencia de lo que se ha realizado en otros países, como sucede en Colombia, y se intenta en Ecuador, en el caso mexicano prevalece la tendencia de reducir y controlar los alcances de la justicia indígena, reproduciendo una visión colonialista que considera como “peligroso” el que dichas competencias puedan ampliarse ante el temor que se justifiquen con ello violaciones a los derechos humanos. Dicho temor revela las ideologías hegemónicas del universalismo liberal que prevalece en una buena parte de la clase política mexicana y que les impide reconocer en sus alcances la diferencia cultural y plantear alternativas reales para su ejercicio en el ámbito de la justicia. En el fondo lo que prevalecen son visiones esencialistas de las culturas indígenas, que son vistas como entidades inmutables en donde la tradición es sinónimo de arcaísmo y violación de derechos humanos, sin contemplar que estas sociedades son dinámicas y han debido transformarse por su misma relación con la sociedad nacional, lo cual ha impactado también sus sistemas normativos, sin que esto signifique dejar de lado su diferencia cultural¹¹. El tema de los derechos humanos es justo uno de los referentes que marcan hoy en día las discusiones en el espacio mismo de las sociedades indígenas

¹⁰ Un análisis y comparación de esta propuesta de esta ley, con la justicia indígena zinacanteca lo elabora Collier, “Dos modelos de justicia indígena en Chiapas, México: una comparación de la visión zinacanteca y la del Estado” en De León, Lourdes (coord.). *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, 2001.

¹¹ Merry, Sally. “Human Rights Law and the Demonization of Culture”, en *POLAR: Political and Anthropological Rev.* 26 (1), 5577.

y por tanto revela la necesidad de adecuarse a las nuevas realidades y exigencias jurídicas nacionales e internacionales. Pero al parecer, para los altos magistrados no existen hoy en día garantías para que las sociedades indígenas ejerzan plenamente su justicia.

Hasta ahora lo que prevalece como punto central en la delimitación de la justicia indígena es *la exigencia de constitucionalidad* que se impone para su reconocimiento, con lo cual se pretende solucionar la problemática de la coordinación con la justicia del Estado. En el caso mexicano, ésta se ha definido en términos de compatibilización y convalidación (Oaxaca) o de validación (San Luis Potosí, Puebla) de las decisiones de las autoridades indígenas siempre que no contravengan la constitución federal, los derechos humanos y los derechos de las mujeres. Es decir, las autoridades indígenas no son en última instancia autónomas para juzgar. En torno a dicha problemática algunos autores, como Yuri Escalante¹², se preguntan ¿la cláusula de constitucionalidad exigida a la impartición de justicia indígena representa el establecimiento del pluralismo jurídico? Dicha cláusula significa que las decisiones de las autoridades indígenas deben someterse a revisión y validación en términos de ley. De acuerdo a Escalante tales cláusulas en lugar de fortalecer el reconocimiento de derechos terminan imponiendo obligaciones, lo que lleva más al establecimiento de un asimilacionismo legalizado que a un pluralismo jurídico.

Tal planteamiento significa exigir a los sistemas jurídicos indígenas que se sometan a la concepción jurídica definida de antemano por el orden establecido, sin que esto lleve a modificar dicho orden constitucional. “Nuestro orden legal parece haber quedado a medio camino. No impide que los indígenas ejerzan facultades jurisdiccionales, constituyan juzgados y colectivamente dispongan del control social con procedimientos y características propias. Pero sólo en la forma y no en los principios generales del derecho los cuales permanecen inmutables. Es decir los pueblos pueden ejercer derechos siempre y cuando sean iguales a los nuestros, a los de la sociedad dominante”¹³.

¹² Escalante, Yuri (2004). “Pluralismo jurídico o asimilacionismo legalizado”, ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Latinoamericana de Pluralismo Jurídico (RELAJU), en Quito, Ecuador, 17-20 de agosto del 2004.

¹³ Escalante, *Ibíd.*: 6.

Finalmente la exigencia de compatibilidad, ya sea a través de homologación o de validación, significa que en última instancia las decisiones de las autoridades indígenas pueden ser revisadas; la decisión final no queda en manos de los pueblos. De esta manera finalmente no son cosa juzgada hasta que no estén legitimadas por el Estado, poco importa que esta revisión suceda pocas veces o se exija únicamente cuando haya impugnación, o cuando los poderes regionales o estatales consideran que se tocan sus intereses. Sin duda estamos aquí ante uno de los grandes temas que convoca el debate en torno al pluralismo jurídico y las políticas de reconocimiento debido a la necesidad manifiesta de los estados nacionales de mantener su hegemonía jurídica en contextos globalizados: los mecanismos para garantizar el reconocimiento de las jurisdicciones indígenas y definir al mismo tiempo sus límites y las pautas de coordinación entre el orden jurídico estatal y el indígena. La Corte Constitucional colombiana ha resuelto parcialmente este dilema considerando que la propia constitución no puede imponerse a los pueblos indígenas pues ella misma declaraba la pluralidad normativa, por lo que sólo consideró como límite un *corpus* de derechos humanos mínimos¹⁴. Aún así incluso en este caso los órganos revisores son tribunales externos a las comunidades y son los que finalmente tienen la última palabra.

En suma, la problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena constituye uno de los grandes retos que enfrentan los estados para reconocer la justicia indígena. Como pudo verse, en el caso mexicano, si bien se han abierto algunos espacios para construir una justicia multicultural, las experiencias son limitadas y se encuentran enmarcadas por la exigencia de constitucionalidad basada en el modelo del monismo jurídico, lo que significa que la diferencia cultural debe ajustarse a este modelo y no que la justicia se abra al reconocimiento de la pluralidad y los derechos indígenas. Tales marcos en los que se han dado las reformas a la justicia indígena en México no deben desligarse de la reforma estructural del Estado y del proceso de modernización del aparato judicial. Son efectivamente las respuestas desde el Estado al proceso de globalización legal, para responder a las exigencias de nuevo orden económico neoliberal, y en esto sin duda los legisladores

¹⁴ Sánchez, Esther. *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia y UNIJUS, Bogotá, 1998.

mexicanos han sido bastante hábiles para reconocer derechos y abrir espacios a la diferencia cultural, pero siempre cuidando que estos no trastoquen el orden jurídico y económico instituido. Son parte efectivamente de reformas multiculturales neoliberales.

A pesar de todo es innegable que se han dado algunos avances por el simple hecho de reconocer legitimidad a los sistemas normativos indígenas y a las autoridades indígenas, y reconocer legalmente a la diferencia cultural como garantía de acceso a la justicia. La posibilidad de apropiarse de estos espacios y facultades legales aún en sus límites depende también del interés y fuerza de las propias autoridades y organizaciones indígenas. Tal es por ejemplo el caso del Juzgado Indígena de Cuetzalan, en la Sierra Norte de Puebla, donde se observa un proceso innovador de transacción y negociación del derecho indígena a partir de instancias creadas por el Estado para fortalecer una justicia indígena en espacios municipales¹⁵. El establecimiento del juzgado indígena en una región con una fuerte historia organizativa y participativa, ha propiciado la revitalización de una justicia indígena tradicionalmente reducida al ámbito de las comunidades, y el que sean las organizaciones y autoridades indígenas quienes han conseguido apropiarse de estas nuevas instancias para implantarles su propio sello. A pesar de los ámbitos reducidos de jurisdicción observamos en Cuetzalan un proceso activo de apropiación de los espacios abiertos por el Estado, al mismo tiempo que las autoridades judiciales estatales consiguen relegitimarse por “su compromiso histórico con los indígenas poblanos”, como se deduce de los discursos oficiales al inaugurar las instalaciones nuevas del juzgado indígena. Habrá que ver el sentido en que este espacio consigue realmente ser apropiado por las autoridades indígenas y avanzar en sus prácticas de justicia, o bien si

¹⁵ Por disposición del Tribunal Superior de Justicia del estado de Puebla, se crea en junio del 2002, el primer Juzgado Indígena municipal en la cabecera municipal de Cuetzalan, Puebla. Si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce a los juzgados indígenas como parte de la estructura del poder judicial (dic. 2002), no define sus funciones, y en otros documentos legales, como los Acuerdos del Pleno, el Juzgado Indígena es definido como Juzgado Menor de acuerdo a la ley de (1987), o bien en el nombramiento oficial de los jueces indígenas se les reconoce como Jueces Municipales. Tal hecho resaltado por Adriana Terven (quien ha desarrollado la primera investigación sobre el juzgado indígena de Cuetzalan), revela la indefinición en la que hoy en día funciona el juzgado indígena a pesar del reconocimiento oficial que se le ha dado (cfr. Terven, Adriana. “Revitalización de la costumbre jurídica en el Juzgado Indígena de Cuetzalan. Retos desde el Estado”, tesis de maestría en Antropología Social, CIESAS, 2005.

se convierte en un instrumento más de la vitrina estatal para justificar los nuevos discursos de reconocimiento sin cambiar de fondo las prácticas judiciales. Ello sin duda dependerá de la fuerza de las mismas organizaciones indígenas involucradas en el proceso y del sentido que puedan darle al juzgado¹⁶.

Otros casos sin embargo, muestran que los marcos legales estatales resultan insuficientes para responder a las demandas de justicia de los pueblos indígenas, e incluso han sido rebasados. Se están construyendo así alternativas que potencian una justicia indígena autónoma y eficaz con capacidad para garantizar la paz social y la no violencia en espacios donde el Estado ha sido incapaz de hacerlo. Tal es lo que sucede con el Consejo de Autoridades Regionales de la Costa Montaña en el estado de Guerrero que han logrado construir un sistema de vigilancia y de justicia comunitaria de carácter regional con gran impacto, que sin embargo el Estado considera fuera de la ley, porque justamente van más allá de los marcos legales que reducen la justicia indígena a ser una justicia auxiliar y acotada¹⁷. Por su parte, el estado de Guerrero, hasta la fecha, no ha realizado ninguna reforma para reconocer derechos indígenas ni se han gestado los puentes para generar alternativas viables de coordinación y respeto ante las autoridades indígenas y sus propuestas de justicia.

En suma, si bien es indudable que en los últimos años el marco legal se ha abierto a reconocer el derecho indígena y a la diferencia cultural en el espacio de la justicia, esto es sólo el inicio de un camino por recorrer, cuyos senderos apenas se están delineando. A diferencia de lo que sucede en otros países, como revela Assies¹⁸, la

¹⁶ Sierra, M. Teresa. "The revival of Indigenous Justice in Mexico: Challenge for Human Rights and the State" en *POLAR* 28 (1), mayo 2005, 52-72; Terven, Adriana. "Revitalización de la costumbre jurídica..."

¹⁷ Un análisis sobre la experiencia de justicia de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias en comparación con la justicia aplicada por el Juzgado Indígena Municipal de Cuetzlan se encuentra en Sierra, M. Teresa. "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", ponencia presentada en las Jornadas "Estado, violencia y ciudadanía en América Latina", Universidad Libre de Berlín, del 23 al 25 de junio del 2005. Para un análisis de las prácticas de justicia de la policía comunitaria de Guerrero, ver Sandoval, Abigail. "No es lo mismo la teoría que la práctica: El ejercicio de la justicia comunitaria desde la cotidianidad de los mixtecos de Buena Vista", tesis de maestría en Antropología Social, CIESAS, 2005. Ver también Tlachinollan. "Diez años de derechos humanos en la Montaña de Guerrero". Informe Anual. Ms., 2004.

¹⁸ *Ibíd.*

justicia indígena en México es vista como justicia subordinada, aditiva, o auxiliar a la justicia del Estado. La justicia indígena debe ser reconocida como justicia real y no como justicia entre particulares, y mucho menos como una justicia subordinada. El acceso a la jurisdicción del Estado sigue siendo un pendiente más, como lo veremos a continuación.

Recepción del derecho indígena en el derecho nacional en el campo de la justicia o la lucha contra el monismo jurídico y la ideología de la igualdad legal

Mucho se ha hablado de los cambios legales y su incidencia en el campo de la justicia. Sin embargo es poco lo que se sabe sobre el impacto de dichos cambios en las prácticas mismas de la justicia tal como son aplicadas por sus operadores. ¿Hasta qué punto los magistrados y jueces están realmente aplicando las nuevas leyes que obligan a contemplar la diferencia cultural y los sistemas normativos indígenas? ¿Se trata solamente de aplicar las leyes o de construir nuevos paradigmas para una justicia multicultural? Investigaciones recientes sobre la práctica de la justicia en regiones indígenas confirman lo que se ha venido afirmando desde hace tiempo: la impunidad, la discriminación y la indefensión legal de los indígenas cuando se enfrentan a la ley. No es mi interés en este texto profundizar sobre estas prácticas, lo que hemos mostrado en otros escritos¹⁹, sino señalar otra cara de la moneda que revela las ideologías legales de los operadores de la justicia, que hasta la fecha no están consiguiendo poner en práctica la exigencia constitucional de reconocer la diferencia cultural cuando se trata de juzgar a indígenas. En lo siguiente avanzo algunas reflexiones sobre dicha problemática, para lo cual me baso principalmente en una investigación realizada recientemente en por Héctor Ortiz sobre las tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y me refiero asimismo a los resultados de peritajes antropológicos realizados por el equipo de trabajo de antropología jurídica de la actual CDI²⁰.

¹⁹ Sierra, M. Teresa (ed.). *Haciendo justicia. Interlegalidad derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS-Miguel Angel Porrúa ed., México, 2004; Morales, Heber. "Defensoría y derecho indígena en el Distrito Judicial de Zacapoaxtla, Puebla", tesis de licenciatura en Antropología Social, México, ENAH, 2005.

²⁰ Agradezco ampliamente a Héctor Ortiz por permitirme revisar su trabajo sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia realizado en 2005 (Ortiz,

Ideologías legales, culturas jurídicas y diferencia cultural. Derecho indígena ante la justicia

El trabajo de Héctor Ortiz analiza las tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de la Justicia referidas a pueblos indígenas, en los últimos años, así como el razonamiento judicial aplicado a distintos temas en materia de derechos indígenas. Lo interesante de este trabajo es que no sólo aborda los casos para analizar en qué sentido y cómo se consideran o no las disposiciones legales sobre derechos indígenas sino también reconstruye las interpretaciones legales de los jueces para justificar sus decisiones judiciales. Sobre todo cuestiona la visión de la “interpretación correcta” como enunciado único del aparato judicial:

“Nuestro punto de partida es considerar que al enunciado normativo (al texto de la ley), no le corresponde unívocamente un solo significado que por lo mismo pueda ser designado como el significado ‘correcto’. Lo que encontramos es una serie de interpretaciones posibles del enunciado normativo a partir de las cuales se define la norma”²¹. Es decir, detrás del argumento judicial decisorio hay toda una construcción de posibles interpretaciones y no una única verdad legal.

La revisión de la jurisprudencia de la Suprema Corte, tratándose de los más altos magistrados del país, confirma lo que hemos visto a niveles menores de la práctica judicial: el peso que tiene la ideología de la igualdad legal como dogma jurídico en la valoración de los procesos judiciales, lo que impide abrirse a considerar en sus propios términos la diferencia cultural²². Tal situación se debe al carácter subsidiario que tiene la diferencia cultural en procesos que

Héctor. “Lineamientos para el peritaje cultural”, ms.), trabajo que ofrece material y reflexiones sumamente interesantes sobre la práctica de los magistrados y sus intentos por tratar con la diferencia cultural. Agradezco asimismo a Yuri Escalante también por permitirme revisar peritajes realizados por lo que fue la subdirección de antropología jurídica del INI, hoy en día de la CDI, que revelan también información sustanciosa para reflexionar sobre los peritajes antropológicos.

²¹ Ortiz, Héctor, *Ibíd.*, 103.

²² Tal peso de las ideologías jurídicas positivistas las hemos podido constatar como práctica de jueces y ministerios públicos en una investigación colectiva sobre defensa y acceso a la justicia de indígenas en la Sierra Norte de Puebla, como parte del proyecto Justicia e Interlegalidad en la Sierra Norte de Puebla. Cfr. Morales, Heber. “Defensoría jurídica y derechos indígenas en el distrito judicial de Zacapoaxtla, Puebla”, tesis de licenciatura en Antropología Social, ENAH, México, 2005.

involucran a indígenas, pero también y en gran medida al desconocimiento y poca disposición de los jueces para abrirse a considerar la diferencia cultural cuestionando las estructuras arraigadas del monismo jurídico en el que se han formado. Lo que señalaba Rodolfo Stavenhagen desde 1988²³, al insistir que detrás de las violaciones a los derechos humanos de los indígenas se encontraba el desconocimiento del derecho consuetudinario indígena por los operadores de la justicia, a más de 15 años sigue siendo una realidad, a pesar de que ahora existen nuevas leyes dirigidas a reconocer dicho derecho. De esta manera prevalecen concepciones de una cultura jurídica que inferiorizan la diferencia cultural la cual suele ser vista como campo de violación de los derechos humanos y de las normas constitucionales. No se rompen las visiones del otro y su cultura como atrasados y faltos de civilización, y se prefiere recurrir a argumentos de inimputabilidad legal por atraso cultural que realmente valoran las pruebas, reconociendo la vigencia de otras lógicas culturales que inciden en la comisión de los delitos²⁴.

El trabajo de Ortiz sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte revela que una cantidad importante de casos han llegado a la máxima autoridad judicial para solicitar revisión del procedimiento. Algunos de ellos incluyen ya argumentaciones que consideran la nueva legislación en materia indígena del 2001, y de alguna manera se observan intentos por considerarla en la construcción de las tesis jurisprudenciales. No obstante no se suele entrar al fondo de las controversias para comprender si un delito, sin dejar de serlo puede ser justiciable en una jurisdicción diferente. Tal es por ejemplo uno de los casos analizados por Ortiz que involucra un asunto de lesiones en donde una migrante mazateca viviendo en la ciudad reclama protección de la justicia federal por una sentencia dictada en su contra por el delito de lesiones. El magistrado Silva Meza en su argumentación busca valorar entre otros aspectos: “Si los preceptos legales tildados de inconstitucionales regulan o no conductas que deban ser resueltas conforme a los propios sistemas normativos de pueblos y comunidades indígenas o si por el contrario son conductas

²³ Stavenhagen, Rodolfo. *Derechos indígenas y derechos humanos en América Latina*, IIDH/Colegio de México, 1988.

²⁴ Magdalena Gómez apuntaba ya esta apreciación en un trabajo realizado en el marco del Programa de Defensoría Indígena del INI, cfr. Gómez, Magdalena. “La defensoría jurídica de presos indígenas” en Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (comps.). *Entre la ley la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, México, III-IIDH, 1990, 371-388.

atribuibles a todas las personas imputables incluidos los indígenas”²⁵.

Es finalmente esto último lo que guía su resolución al considerar que el delito de lesiones al poner en peligro la vida no puede sujetarse a las regulaciones de los sistemas normativos. Como señala Ortiz: “el argumento del juzgador es impecablemente monocultural” (...) de esta manera al mencionar que “el delito de lesiones (...) es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas (...) no hace la distinción que un delito sin dejar de serlo, puede ser justiciable en una jurisdicción diferente... menos reconoce... que si se tomaran en cuenta los usos y costumbres la sanción pudiera ser diferente”²⁶.

Razonamientos de ese tipo impiden realmente considerar la posibilidad de aceptar que lo que se considera un delito como lesiones pudiera juzgarse desde la perspectiva de la cultura donde se cometen, y no tanto el que dicho delito sea parte de los usos y las costumbres.

Muchos otros casos son analizados con profundidad por Ortiz, para lo cual remito a su excelente trabajo; me interesa solamente destacar las dificultades y obstáculos que enfrentan los indígenas para hacer valer sus derechos de diferencia cultural al acceder a la jurisdicción del Estado, lo cual va más allá de la buena o mala voluntad que pudieran tener los juzgadores. Se trata de un hecho estructural que tiene que ver con las visiones hegemónicas desde donde se construyen las argumentaciones, exigiendo que otras lógicas culturales se adapten a las lógicas normales y universales del derecho. Finalmente no se niega la diferencia pero se la tamiza por el filtro de los valores propios del legislador, quien por otra parte confirma su verdad jurídica. La racionalidad jurídica aparentemente neutral se impone así sobre cualquier otra valoración que pudiera cuestionarla.

A pesar de considerar los resquicios legales o nuevas leyes que reconocen derechos de diferencia cultural aplicados al caso concreto se termina generalmente apelando al discurso de la normalidad legal para calificar al sujeto involucrado, imponiendo sobre él valoraciones sobre sus acciones sin realmente considerar los

²⁵ En Ortiz, Héctor. “Lineamientos para el peritaje...”, 20.

²⁶ Ortiz, Héctor, *Ibíd.*, 21.

contextos de producción de los delitos. Salvo algunas excepciones, en la mayoría de los casos que llegaron a la Suprema Corte el argumento valorando el derecho indígena para alcanzar la inimputabilidad o la disminución de la pena fue rechazado o descalificado desde una perspectiva discriminatoria que termina priorizando el grado de civilización, educación (escolar), integración o aislamiento del indígena y su capacidad de actuar racionalmente de acuerdo a las normas y límites previstos por la ley, sin considerar los contextos ni los aspectos culturales que pudieron estar involucrados en la comisión del delito, y menos aún las causas estructurales. Se observa además que los derechos colectivos no son contemplados como referentes para el análisis de los casos, los cuales en su mayoría son individualizados como casos particulares de un sujeto indígena que comete una infracción o un delito.

Ante la dificultad real de hacer valer la diferencia cultural, Ortiz concluye que el gran reto de los antropólogos al desarrollar un peritaje cultural es el de desarrollar argumentos más conceptuales que permitan discutir con el juzgador y no sólo ofrecer elementos descriptivos de la diferencia cultural. De esta manera se podría discutir la propia argumentación judicial.

Estas mismas limitaciones se repiten de manera recurrente en la práctica de los jueces de Primera Instancia y los magistrados de Tribunales de Circuito, cuando revisan procesos o amparos donde se interpone el recurso a peritajes culturales²⁷. La experiencia acumulada de los antropólogos jurídicos y su compromiso por aportar las pruebas documentales para justificar la incidencia de determinadas prácticas culturales en la comisión de conductas consideradas delictivas (acusaciones por delitos contra la salud, asuntos vinculados con brujería, acusación de abusos de autoridad, etc.), dan cuenta de una cantidad de asuntos cada vez más documentados que resulta imposible valorar judicialmente sin contemplar el contexto y las creencias vinculadas a la comisión de

²⁷ Para una reflexión sobre el peritaje antropológico y su aplicación en México ver el trabajo de Escalante, Yuri. *La experiencia del peritaje antropológico*, México, INI, 2002; y Ortiz, Héctor. "La diferencia cultural en el ámbito penal. El dictamen pericial antropológico", tesis de licenciatura en Etnología, México, ENAH, 2000. Ver también el trabajo pionero de Esther Sánchez en Colombia, "Justicia y Pueblos indígenas...".

los delitos²⁸. Aún así, a pesar de amplios y fundamentados peritajes, lo más que se ha conseguido es reducir algunas penas. En lo se ha tenido algún éxito es en las pruebas lingüísticas para demostrar generalmente el manejo limitado del español o la falta de traductor o intérprete durante el proceso judicial, lo que no significa que el argumento cultural sea la base de la resolución judicial²⁹.

En suma, cambios en la legislación están obligando a jueces y magistrados a confrontar sus ideologías jurídicas para considerar la diferencia cultural en la ley lo que implica cuestionar las culturas jurídicas hegemónicas en las que han sido formados. Hasta ahora este proceso no ha significado grandes transformaciones ni obliga a los jueces a abrirse a reconocer otras lógicas culturales que pueden incidir en la comisión de los delitos y en su valoración. Si en el discurso público se reconoce la importancia de los cambios legales y se les considera una aportación al reconocimiento de la multiculturalidad, las prácticas revelan la dificultad real para tomar en serio la argumentación basada en la diferencia. Priva el discurso de la igualdad legal, incluso si se habla de respetar los usos y costumbres y los sistemas normativos internos, ya que se considera que en última instancia están marcados por los límites constitucionales y los derechos humanos, lo que se toma como dogma jurídico y no como referente de valoración.

²⁸ Lo siguiente es un extracto de una resolución judicial por homicidio involucrando brujería en donde se desarrolló un peritaje cultural por parte de Ana Hilda Ramírez (sept. 1996), miembro de la subdirección de Antropología Jurídica del INI, que sin embargo no fue considerado para reducir la pena. La cita revela el lenguaje “críptico” y contradictorio de la argumentación judicial que si bien reconoce la obligación del Estado de reconocer la diferencia cultural al mismo tiempo sujeta su valoración a la idea suprema de la igualdad jurídica en la ley: “Establecido lo anterior y no obstante la obligación que tiene el Estado de preservarles y respetar su lengua materna, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social de los pueblos que se autoidentifican, no se viola su derecho a la diferencia cultural, porque la ley es aplicable a todos los individuos, independientemente de su género, raza, lengua o religión, cuando el sujeto viola una norma jurídica de carácter obligatoria abstracta y que está sancionada por el poder público...” Resolución a la apelación del proceso 627/97, Supremo Tribunal de Justicia de S.L.P.: 45

²⁹ Sobre peritajes lingüísticos ver de León, Lourdes. “Mixtecos y analfabetas: poder y resistencia en la corte norteamericana” en *Dimensión Antropológica*, año 6 (15), enero/abril, 1999, 113-130., y Pardo, Teresa. “El peritaje lingüístico como herramienta jurídica de defensa”, en *Diario de Campo*, Suplemento 3, Sept. México, INAH-CONACULTA: 1999.

Hacia modelos alternativos del reconocimiento judicial de la diferencia cultural y el derecho indígena. Retos desde la interlegalidad

Sin duda, los cambios legales y la reforma del Estado aún en sus limitaciones están generando transformaciones en las dinámicas del campo jurídico y en las maneras de pensar el derecho indígena y la diversidad, en lo cual ha incidido también el nuevo contexto internacional de defensa y promoción de los derechos indígenas. Autores como Boaventura de Souza Santos³⁰, advierten sobre el papel de la globalización del derecho en su doble vertiente: la globalización desde arriba, impuesta desde los centros de poder transnacional y nacional, y la globalización desde abajo, o contra-hegemónica, que busca confrontar o redefinir el sentido de los cambios legales. De esta manera se busca resaltar las fuerzas involucradas en los procesos de reforma jurídica y su impacto en los espacios locales, lo que ha agudizado la relación y el traslape de diferentes órdenes legales vigentes en un mismo campo social. Es en este proceso que cobra mayor fuerza una perspectiva desde la interlegalidad para dar cuenta de la vigencia de una constelación de legalidades en las sociedades contemporáneas, incluidas las indígenas, los cuales operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales³¹. De esta manera las visiones tradicionales del pluralismo jurídico, basadas en un dualismo jurídico que separa el derecho indígena del derecho del Estado, resultan insuficientes para pensar la relación de los sistemas jurídicos y sus mutuas determinaciones. En este apartado me interesa señalar algunos elementos desde la interlegalidad que ayudan a comprender los procesos de renovación y actualización de la justicia y del derecho indígena, en los nuevos contextos institucionales de reconocimiento constitucional abiertos por el Estado, y las respuestas gestadas desde las organizaciones indígenas a dichos procesos.

Tradicionalmente en el estudio del pluralismo jurídico se ha tendido a construir a los sistemas jurídicos, el derecho estatal y el derecho indígena, como sistemas opuestos y excluyentes, lo que ha

³⁰ Santos, Boaventura de Souza. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y de la emancipación*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999.

³¹ Santos, *Ibíd.*

impedido analizar cómo dichos sistemas no solamente se oponen y entran en conflicto sino que también se construyen y se influyen mutuamente, en el marco de relaciones de poder³². Desde una visión antropológica, interesada en documentar al derecho en acción³³, ha surgido el interés de comprender cómo dichos sistemas jurídicos son actualizados, interpretados y negociados desde las miradas y prácticas de los actores sociales, individuales y colectivos, en determinados contextos y campos legales. El concepto de interlegalidad permite justamente abordar dichos traslapes e intersecciones jurídicas, y en ese sentido ofrece una perspectiva diferente para analizar el pluralismo jurídico y el derecho indígena. De acuerdo a Santos, la interlegalidad es la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico, permite comprender como diferentes órdenes legales gestados desde distintos espacios y tiempos son activados por los sujetos sociales de acuerdo a diferentes contextos e intereses³⁴. Dichos traslapes son especialmente sugerentes para mostrar el sentido en que el colonialismo y la globalización han incidido en la conformación del derecho indígena y en las mismas políticas de acceso a la justicia, por lo que no es posible pensar en sistemas jurídicos indígenas como sobrevivencias de un pasado indígena, o reproductores solamente de “usos y costumbres”. Tal planteamiento no implica sin embargo que con esto se niega la especificidad de los sistemas jurídicos y de las lógicas culturales que los definen, lo que pretende es comprender como dichos sistemas y lógicas jurídicas se han producido en una relación histórica de tensión y conflicto con las lógicas propias del derecho occidental, lo que las ha marcado. Por eso lo que reconocemos hoy en día como derecho indígena es el resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, y en gran medida ha sido moldeado por las relaciones de dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes: del colonizador,

³² Merry, Sally. “Legal Pluralism”, *Law & Society Rev.*, 2: 869-896.

³³ Nader, Laura. *The Life of the Law. Anthropological projects*. University of California Press, 2002.

³⁴ Boaventura de Santos Souza desarrolla la concepción del derecho como mapas legales interactuando en distintos espacios y tiempos en un mismo campo social, lo cual ofrece una mirada muy sugerente para comprender la conjunción de legalidades y su activación por los actores sociales, especialmente en el contexto contemporáneo donde los sistemas jurídicos internacionales inciden directamente en las prácticas legales locales y nacionales. Santos, Boaventura de Souza. “Law: A Map of Misreading: Towards a Postmodern Conception of Law” en *Journal of Law and Society*, vol. 14, n. 3: 279-302, 1987.

primero, del derecho estatal nacional, posteriormente, y hoy en día del derecho internacional. Además el propio derecho internacional ha proporcionado el lenguaje desde donde definir y legitimar el derecho indígena, así como foros centrales para su defensa ante los estados. Pero también, al igual que todo sistema de derecho los sistemas jurídicos indígenas no sólo se han transformado sino que se encuentran insertos en relaciones de poder y son ellos mismos cristalizaciones de jerarquías y poderes.

La perspectiva de la interlegalidad ha inspirado una serie de trabajos de investigación para documentar la práctica de la justicia en regiones indígenas, pero también para discutir las nuevas políticas de reconocimiento multicultural y de acceso a la justicia³⁵.

¿Cuáles son las implicaciones para pensar la justicia y el derecho indígena desde la perspectiva de la interlegalidad?

Un estudio colectivo sobre la justicia y el conflicto cultural en diferentes regiones indígenas de México nos permitieron documentar las prácticas de la justicia y los usos del derecho en el ámbito de las comunidades y en las instancias judiciales municipales y distritales del Estado³⁶. Históricamente, la justicia indígena ha sido una justicia subordinada, limitada generalmente a los asuntos de baja cuantía y al espacio reducido de las pequeñas comunidades, sin ser considerada por el Estado como justicia indígena con su derecho propio. En muchos casos ha sido más bien una justicia auxiliar e integrada a la estructura judicial del Estado, si bien en otros, por condiciones particulares consiguió reproducirse una justicia más

³⁵ Sierra, María Teresa. "Customary Law and Indigenous Rights in among the Nahuas of the Sierra Norte de Puebla", *Law & Society Rev.*, vol. (29), n. 2: 227-257; Sierra, M. Teresa. *Haciendo justicia...*; Chenaut, Victoria. "Honor, disputas y usos del derecho entre los totonacas del Distrito Judicial de Papantla Veracruz", tesis de doctorado en Ciencias Sociales, Zamora, Mich., COLMICH., 1999; Orellana, René. *Interlegalidad y campos jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes jurídicos semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*, Universitat van Amsterdam, 2004; Garza Caligaris, Anna María. *Género, interlegalidad, y conflicto en San Pedro Chenalhó*, UNICACH/PROIMMSE-UNAM, 2002; Sieder, Rachel. *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*, Guatemala, FLACSO, 1996.

³⁶ La investigación se realizó en cinco regiones indígenas de México: con población Nahuá en la Sierra Norte de Puebla (María Teresa Sierra e Ivette Vallejo), Totonacos de la región de Papantla, Veracruz (Victoria Chenaut), Zinacantecos de los Altos de Chiapas (Jane Collier), Mixes de Totontepec, Oaxaca (Elisa Cruz), Mixtecos de Metlatónoc, Guerrero (Maribel Nicasio), y Triquis, Mazahuas y Otomíes de la ciudad de México (Rebecca Igreja), ver Sierra, María Teresa (ed.). *Haciendo justicia: Interlegalidad...*

autónoma. Según pudimos observar en el estudio mencionado, la fuerza de las jurisdicciones indígenas ha variado según los contextos y las historias de relación, subordinación y conflicto de las comunidades indígenas con el Estado, de ahí que no se pueda hablar de un sólo modelo de justicia indígena. Así, por ejemplo, la justicia entre los zinacantecos en Chiapas ha gozado históricamente de una real autonomía debido a la legitimidad de las autoridades tradicionales y a su fuerza para negociar con las instituciones y funcionarios estatales manteniéndolos fuera de su jurisdicción; en oposición a esto se encuentra el caso de una gran parte de comunidades indígenas del centro del país, como la región *nahua* de la Sierra Norte de Puebla, las comunidades *otomíes* del Mezquital, los *totonacas* de Papantla, donde los ámbitos de jurisdicción han estado históricamente subordinados ante el Estado con espacios mínimos para ejercer una justicia propia. Mientras en el caso de Guerrero un estado débil, con fuerte impunidad y violencia social así como una pobreza extrema ha fragilizado las instancias comunitarias propiciando experiencias de justicia diferenciada que van de la justicia a mano propia a modelos renovados de una justicia indígena alternativa. En estos contextos, con más o menos fuerza el Estado ha penetrado los espacios de la justicia indígena, limitando las competencias, interviniendo y poniendo límites, e incorporándolos a una cultura jurídica y estructura judicial que ha obligado a los pueblos a generar estrategias diferenciadas para mantener y reproducir sus instituciones y formas de gobierno. Esto sin embargo no impidió la vigencia de una justicia indígena, con autonomía relativa para juzgar ciertos asuntos, con base en normas y autoridades propias, si bien las jurisdicciones han debido responder a las presiones y modelos jurídicos del sistema dominante. La oficialización de acuerdos, la exigencia de informes, actas, sellos, la elaboración de reglamentos internos, el uso del discurso legal para garantizar acuerdos internos (de herencia, tierras, etc.) pero también la decisión de pasar asuntos a la jurisdicción del Estado por su gravedad, así como su intervención para cuestionar decisiones de las autoridades indígenas e imponer su ley, ha sido una constante histórica en la vida de las comunidades que han sabido también usar la ley a su beneficio e incluso para resistir ante el Estado. De esta manera, la justicia indígena ha debido renovarse y atender a nuevas problemáticas y realidades, lo que en ocasiones ha significado su fragilidad y pérdida de legitimidad, como puede observarse en varias regiones del país, donde la autoridad tradicional no tiene más que

una vigencia simbólica; o bien según sucede en otras regiones, la justicia indígena ha conseguido renovarse aprovechando las nuevas coyunturas de reconocimiento y apertura de instancias multiculturales.

Las reformas legales en materia indígena, a pesar de sus limitaciones apuntarían en principio a abrir alternativas al asimilacionismo jurídico, potenciar una justicia indígena y legitimarla ante el Estado y sus instituciones. Según hemos señalado los cambios son recientes y se dan dentro del marco de un multiculturalismo restringido, por lo que difícilmente podrán garantizar el ejercicio de verdaderas jurisdicciones indígenas. Aún así, habrá que esperar un tiempo para averiguar su impacto real en términos de fortalecer o no las instancias indígenas y a sus autoridades. En este contexto, lo que sí puede observarse, al menos en algunas regiones, es un proceso de discusión y renovación en torno a la justicia indígena, dentro y fuera de los marcos legales establecidos por el Estado. Dicho proceso está abriendo el espacio para definir desde nuevos lentes el derecho indígena, sus alcances y potencialidades en lo cual nuevos lenguajes de derechos provenientes de la legislación nacional e internacional juegan un papel fundamental: por ejemplo, el concepto mismo de derechos, de derechos humanos, derechos de las mujeres, derechos ambientales y de propiedad intelectual, así como los mismos derechos de autonomía. El sentido que adquieren estos nuevos discursos y su apropiación por los actores indígenas revela nuevamente que no estamos ante sistemas jurídicos auto-contenidos ni sociedades cerradas, sino por el contrario se trata de sociedades con gran capacidad de innovación para potenciar sus formas de gobierno y organización, como sucede con el juzgado indígena de Cuetzalan, antes mencionado. O bien ante sociedades que están incluso yendo más allá de los márgenes establecidos por el Estado ante lo limitado de las reformas legales, como lo muestran hoy en día las Juntas de Buen Gobierno zapatistas, en Chiapas, y la experiencia de justicia y seguridad pública de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias en la Costa Montaña de Guerrero³⁷. Ambos casos dan cuenta de una gran creatividad social para desarrollar modelos

³⁷ Sobre las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas, ver el trabajo de Cerda, Alejandro. “Desafíos del espacio público en los municipios autónomos zapatistas” en *Rev. Memoria* 177, nov. 2003 y en torno a la justicia practicada por la policía comunitaria de Guerrero y el debate sobre los derechos humanos, ver Sierra M. Teresa. “La renovación de la justicia indígena...” y Sandoval, Abigail. “No es lo mismo la teoría que la práctica...”.

propios de justicia y gobierno en donde lo colectivo se enfrenta al reto de redefinir tradiciones arraigadas y dar lugar a las voces subordinadas considerando el discurso de los derechos humanos para avanzar en propuestas de justicia más acordes con las necesidades y realidades de los pueblos. Dichas experiencias se encuentran reinventando la justicia indígena desde modelos culturales propios, abiertos y dinámicos, y con gran legitimidad social lo que les está permitiendo enfrentar la violencia, la impunidad, y dar salida a la conflictividad local, y en este sentido contribuyen a la paz social y a construir un Estado de derecho plural y más justo. Sin duda los procesos se dan en el marco de contradicciones internas, como toda sociedad, por lo que no hay que idealizarlos, no obstante su misma permanencia da cuenta de su vitalidad, lo que significa también retos para el Estado.

**Políticas de reconocimiento y reformas legales.
Retos, alternativas y miradas críticas. A manera
de conclusiones**

A lo largo del texto he querido mostrar algunos aspectos que marcan las políticas de reconocimiento y sus límites para reconocer la justicia y el derecho indígena. A los primeros momentos de entusiasmo que marcaron las reformas en materia indígena en México y en otros países de América Latina le han seguido una serie de análisis críticos que revelan las limitaciones en las que se insertan dichos cambios, que finalmente apuntan a redefinir los pactos de la hegemonía estatal, bajo un nuevo contexto de globalización y transnacionalismo neoliberal. El multiculturalismo como política de Estado no resulta ser una fase que por sí misma resuelva la problemática de la discriminación y exclusión de los pueblos indígenas. Si bien ha propiciado nuevos lenguajes de reconocimiento que cuestionan la visión liberal asimilacionista y apuntan a legitimar la diversidad cultural, esto no necesariamente va en el sentido de fortalecer una nueva relación del Estado y los pueblos indígenas. A pesar de todo, es también importante mirar las respuestas de los actores sociales a dichas políticas y mostrar que aún en sus límites observamos procesos de apropiación y renovación de la justicia indígena, así como nuevos foros para reclamar los derechos a niveles nacionales e internacionales. Por esto mismo resulta también importante cuestionar visiones arraigadas en torno al pluralismo

jurídico y el derecho indígena, como entes aislados y auto-contenidos, para documentar la manera en que los sistemas jurídicos y las instancias de la justicia indígena están abriendo nuevas opciones para pensar la diferencia cultural y los derechos colectivos. Por ello la perspectiva de la interlegalidad ofrece una mirada más enriquecedora para analizar dichos procesos.

¿En qué sentido la interlegalidad nos ofrece nuevas perspectivas para pensar los retos de las políticas de reconocimiento y el pluralismo jurídico?

La perspectiva de la interlegalidad no pretende sustituir el concepto de pluralismo jurídico sino más bien enriquecerlo añadiendo una visión de proceso social, de cambio y de poder, lo que resulta necesario para pensar en las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos indígenas. En este sentido es posible hacer las siguientes reflexiones:

- a) Para evitar caer en fundamentalismos culturales y orientalizar³⁸ a las culturas indígenas, considerándolas como entes fuera de la historia y del poder, es necesario entender que las sociedades indígenas como toda sociedad son dinámicas y cambiantes. Defender la diferencia cultural no significa pensar a las culturas como entes cerradas, atemporales y consensuales, y justificar con ello la imposibilidad de diálogos culturales. Los diálogos deben plantearse en ambas direcciones para que no solamente las sociedades indígenas se adecuen a las exigencias de la sociedad mayor, sino también las sociedades nacionales cuestionen modelos excluyentes y homogenizantes sobre la ley y la cultura. Una apuesta central desde esta perspectiva es la de cuestionar las ideologías legales dominantes basadas en el positivismo jurídico desde las cuales se ha tendido a esencializar e inferiorizar a las culturas indígenas para evitar comprenderlas en sus propias lógicas culturales y de poder.
- b) Desde su condición subordinada los pueblos indígenas han aprendido a ampliar su repertorio cultural y legal plural, a moverse entre distintas lógicas y racionalidades y a construir

³⁸ El concepto de orientalismo es propuesto por Edward Said para referirse a la manera en que Occidente construye al Otro, no occidental, como sociedades suspendidas en el tiempo, fuera de la historia y del poder, para justificar los fines de la dominación colonial, y la inferiorización de dichas sociedades. Cfr. Said, Edward. *Orientalism*, New York, Vintage Books.

nuevos conocimientos que les permiten articular mundos de vida diferentes, tal como lo revela la historia colonial y la historia contemporánea de los pueblos indígenas³⁹. Esta capacidad puede ser utilizada a su beneficio si la incorporación de nuevos lenguajes o el recurso a instancias del Estado no significa debilitar sus propios espacios de decisión y autonomía en tanto pueblos. De acuerdo a Catherine Walsh: “Más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión pone en juego la diferencia no sólo colonial sino cultural para negociar la unidad en la diversidad”⁴⁰.

- c) Varios autores advierten sobre los diferentes sentidos que puede tomar la nueva constitucionalidad multicultural: si con ella se apunta a transformar las relaciones de poder excluyentes y dominantes en la que han estado insertos los pueblos indígenas; o si se construye la multiculturalidad desde la lógica estatal, reproduciendo su propia institucionalidad. Es por ello importante destacar el papel del capitalismo neoliberal en el impulso de políticas multiculturales y descentralizadoras y su incidencia en limitar los alcances del reconocimiento⁴¹.

En suma, la nueva legislación multicultural si bien contribuye a empoderar a los pueblos indígenas también puede ser un dispositivo en la tecnología del poder y la domesticación, como lo apunta Walsh. No hay nada inherentemente progresista o emancipador en el

³⁹ Borah, Woodrow. “The Spanish and the Indian Law: New Spain” in G. Collier, R. Rosaldo & J. Wirth (Eds.). *The Inca and the Aztec States 1400-1800*. Academic Press, New York, 1982.

⁴⁰ Catherine Walsh desarrolla un argumento crítico sobre políticas de reconocimiento, interculturalidad y justicia que coinciden en gran medida con los planteamientos que desarrollo en este texto sobre la interlegalidad y la justicia. Retomo aquí algunas de sus ideas. Walsh, Catherine. “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, www.uasb.edu.ec/padh.

⁴¹ Hale, Charles. “Does multiculturalism menace?...”, 2002; Assies, Willem. Gemma Van der Haar y André Hoekema. *El reto de la diversidad...* (op cit); Speed, Shannon y María Teresa Sierra (coords.) “Critical Studies on Human Rights and Multiculturalism in Latin America”, *Número Especial de la Revista. PÓLAR (Political and Legal Anthropological rev.)*, AAA, University of California Press. Vol. 28 (1) mayo 2005; Sieder, Rachel. “Impulsando las demandas indígenas a través de la ley: Reflexiones sobre el proceso de paz en Guatemala” en Pitarch, Pedro y Julián López García (eds.). *Los derechos humanos en tierras mayas*, Universidad Complutense, Madrid, 2001, 55-82; Van Cott, Donna. *The friendly liquidation of the Past: The politics of diversity in Latin America*. Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2000.

pluralismo legal, tampoco implica igualdad; no se trata de desconocer los avances en las políticas de reconocimiento sino de advertir las posibles trampas de la institucionalidad indígena si estas no apuntan también a transformar los sistemas de la desigualdad social. Una interpretación desde la interlegalidad interesada en dar cuenta de las prácticas jurídicas debe entonces apostar a construir visiones no cerradas de los sistemas jurídicos indígenas y del Estado, a pensar en sus necesarias conexiones contemplando también las relaciones de poder en las que se insertan. De esta manera, pensar la interlegalidad implica apostar a construir diálogos interculturales en donde los sistemas jurídicos puedan enriquecerse mutuamente y transformarse, para permitir cambios en los órdenes sociales en su conjunto y el que las sociedad indígenas tengan la posibilidad de definir los límites y alcances de sus jurisdicciones; lo que también significa considerar sus vínculos con la sociedad nacional y la necesidad de garantizar salidas a las propias controversias internas y a las voces minorizadas. El diálogo intercultural en ese sentido pretende ir más allá de los esquemas limitados del pluralismo jurídico aditivo para definir alternativas que fortalezcan los gobiernos indígenas y su justicia, sin cerrar la posibilidad de tener acceso a la jurisdicción del Estado y a la jurisdicción internacional en aras de defender sus derechos como pueblos.

Anexo 1

Reconocimientos legales en términos de justicia indígena y acceso a la jurisdicción del estado en México⁴²

Campeche	Figura Juzgados de Conciliación: (Ley Orgánica Poder Judicial 1997) / jueces y suplentes propuestos por el gobernados. NO obligatoriedad, competencia limitada a asuntos de menor cuantía, no asuntos mercantiles o de divorcio. Subordinados a rendir informe c/3 meses a los juzgados de Primera instancia. / Subordinación a las autoridades jurisdiccionales Edo.
Chiapas	Códigos Procedimientos Civiles y Penales y Ley Orgánica Poder Judicial: figura de juzgados de Paz y de conciliación. Las autoridades tradicionales como auxiliares de la administración de justicia. Sólo jurisdicción cuando las partes son indígenas. Aplicación usos y costumbres salvaguardando garantías individuales y d.h. Requisitos de ser lic. En derecho para ser Juez de Paz y Conciliación. Creación de una Sala Indígena en el Supremo Tribunal de Chiapas, como Segunda Instancia de juicios de los Juzgados de Paz y Conciliación
Oaxaca	Reconocimiento de sistemas normativos internos de pueblos y comunidades indígenas, y legislación reglamentaria de formas de homologación y convalidación. Reconocimiento adaptación sistemas normativos con el tiempo y circunstancias. Validez formas internas siempre que no contravengan la Constitución del estado ni vulneren d.h. La ley establece que las decisiones autoridades indígenas serán compatibilizadas y convalidadas cuando se sometan a su consideración siempre que no contravenga la Const. de la Rep.
Quintana Roo	Único que cuenta con una ley de justicia indígena. Se considera a la justicia indígena como alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria, y al fuero de los jueces de orden común. Se establece un sistema de supervisión, capacitación y orientación de los jueces tradicionales. Se creará un Consejo de la Judicatura Indígena que incluye a representantes de los jueces tradicionales.
Puebla	Se reconocen los Procedimientos de la justicia indígena, como medios alternativos a la jurisdicción ordinaria, para garantizar el acceso a la jurisdicción del estado. Aplicación de los sistemas normativos entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, sólo límite respeto a los

⁴² Cuadro elaborado a partir de información tomada de Assies, Willem, "Reforma jurídica en Michoacán y pluralismo jurídico" y de indagaciones propias. En dicho trabajo, Assies hace un balance comparativo de reformas en materia de justicia indígena a nivel de Ecuador, Bolivia, Colombia y México.

	<p>derechos fundamentales de la Constitución, los tratados y los derechos de las mujeres y niños. Procedimientos no sujetos a formalidades, preferentemente orales, y de desahogo expedito. Las autoridades deben dejar constancia por escrito en su lengua o la que se convenga. Definición de las medidas de apremio a ciertos límites. Someterse a la jurisdicción indígena significa reconocer y validar los sistemas normativos y las autoridades, así como sus resoluciones. Derecho del demandado a no someterse a la justicia indígena. Reconocimiento de acuerdos como cosa juzgada. La validación de los procedimientos ante jueces ordinarios sólo en caso de inconformidad. La validación la hará el Juez Civil del Distrito Judicial. La validación será para verificar si se respetaron los derechos y principios que limitan al medio alterno pero para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Se crean también Juzgados Indígenas municipales (cuyo estatuto se equipara al de los jueces Menores Mixtos (de lo Civil y penal) municipal y juzgados de paz). Hay ambigüedad en su resolución; se crean junto con otras instancias alternativas como las de mediación, las comisiones de d.h., peritos legales. Atender asuntos que intervengan indígenas, deben conocer el idioma materno. Creación de lista de intérpretes, y reconocimiento de magistrados especializados en materia indígena.</p>
San Luis Potosí	<p>Se establece una Iniciativa de Ley sobre Administración de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado de San Luis Potosí, (sep. 2004): reconoce a las autoridades comunitarias y al Juez Auxiliar como figuras centrales de la administración de justicia. La ley establece que: la justicia indígena es alternativa a la jurisdicción ordinaria. Si una de las partes no es indígena la sujeción a dicha ley depende de la voluntad de los involucrados; se dota de jurisdicción y competencia a los jueces auxiliares quienes actuarán como mediadores o árbitros con base en sus usos y costumbres; los procedimientos vigentes en las comunidades con base en sus sistemas normativos sólo serán limitados por las garantías individuales. Se establece que el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, capacitará, supervisará y orientará a los jueces auxiliares; se reconoce que si las partes solucionan la controversia será sentencia ejecutoria; los jueces auxiliares tendrán competencia para conocer y resolver competencias en materia civil, familiar y penal. No conocerán de delitos considerados graves en el Código Penal, se definen los alcances de las multas y medidas de apremio.</p> <p>Única reforma que reconoce a las comunidades indígenas como sujeto de derecho público (lo que no hace la reforma federal), y reconoce derechos a las mujeres como acceder a cargos de representación y beneficios para el desarrollo productivo. La validación de las decisiones de las autoridades indígenas se hará con referencia las garantías individuales y considerando la normatividad vigente en el estado y respeten los derechos de las mujeres. Sello del juez indígena validado por la asamblea.</p>

**Acceso a la justicia de los pueblos
indígenas: sentencias de la
Corte Interamericana de
Derechos Humanos**

Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: el Caso Yatama contra Nicaragua*

Lorena González Volio**

Introducción

Los derechos que involucra el caso YATAMA juzgado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Nicaragua, son los de participación política, acceso a una protección judicial efectiva e igualdad ante la ley de los habitantes indígenas de las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y Sur de Nicaragua y, en particular, a los candidatos del partido político regional indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka, “YATAMA”.

Este caso es de trascendental importancia para el desarrollo de la jurisprudencia en materia de derecho internacional de derechos humanos por varias razones que a continuación paso a reseñar.

En primer lugar se trata de la primera Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre los derechos políticos en una sociedad democrática, derecho reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 23, que ha permitido crear jurisprudencia en temas fundamentales como los contenidos de los derechos políticos, organización de los partidos políticos, los requisitos para ejercitar el derecho a ser elegido y los recursos contra decisiones de los organismos electorales.

* Investigación presentada en la Mesa de Discusión sobre la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, co-organizada por el Programa de Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana, Ciudad de México y la Academia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, American University, Washington College of Law en diciembre de 2005

** Oficial del Programa *Ombudsman* y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Profesora de Derecho Internacional de Derechos Humanos I y II Universidad de La Salle. Este artículo es responsabilidad de la autora y no compromete una posición institucional.

Por tratarse de un caso que involucra la participación de comunidades indígenas de la costa Caribe de Nicaragua, ha permitido a la Corte desarrollar jurisprudencia sobre el derecho de los pueblos indígenas de preservar el derecho a su identidad cultural y el derecho de participar en la vida pública.

Es en esta sentencia que, por primera vez en un caso contencioso, la Corte hace un reconocimiento del carácter de *jus cogens*¹ atribuido al principio básico de igualdad y no-discriminación, el cual ya había desarrollado en la opinión consultiva No. 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Durante la tramitación del caso, tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional, intervino la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua, órgano constitucional encargado de la protección y promoción de los derechos humanos.

Contexto del caso: los hechos

De la Costa Atlántica o Caribe de Nicaragua y la organización indígena YATAMA

Nicaragua es una nación multiétnica, multicultural y multilingüe. En ella se encuentran diferentes comunidades indígenas y étnicas, que habitan en la Región del Pacífico y Centro Norte, así como en la Costa Caribe.

En la Costa Atlántica o del Caribe habitan diferentes comunidades étnicas e indígenas multilingües, como los mestizos, *miskitos*, *sumos*, *ramas*, creoles y *garífunas*. Poseen identidad cultural, mantienen rasgos y valores de su cultura tradicional, así como modos de tenencia y uso comunal y de organización social propias. El veintiocho por ciento de la población se identifica con alguna de las comunidades indígenas.

La organización indígena Yapti Tasba Nanih Aslatakanka (en adelante “YATAMA”), que significa “la organización de los Pueblos de la Madre Tierra” o la “organización de los hijos de la madre tierra”, se originó en la década de 1970. Actualmente, numerosas

¹ El concepto de *ius cogens* significa un valor reconocido como obligatorio por el derecho internacional, pese a no ser una regla incorporada a un tratado formalmente aprobado por los Estados.

comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica o Caribe nicaragüense se consideran representadas por YATAMA, primordialmente los miembros del pueblo indígena *miskito*.

YATAMA se formó con el propósito de “defender el derecho histórico de los pueblos indígenas y comunidades étnicas sobre sus territorios tradicionales y promover el autogobierno, así como impulsar el desarrollo económico, social y cultural forjando así la democracia comunitaria en el marco de la democracia, la paz y la unidad de estado/nación nicaragüense”. YATAMA tiene una forma organizativa propia heredada de sus ancestros, denominada “democracia comunitaria”, la cual se basa en asambleas de comunidades y barrios, territoriales en los territorios indígenas o étnicos, y regionales en la Región Autónoma del Atlántico Norte (en adelante RAAN), la Región Autónoma del Atlántico Sur (en adelante RAAS) y Jinotega.

Participación de YATAMA en elecciones en Nicaragua

YATAMA participó en las contiendas electorales en 1990 y 1996. La ley electoral de esa época permitía la participación política de cualquier organización que reuniera un mínimo de cinco por ciento de ciudadanos incluidos en el padrón electoral de la respectiva circunscripción electoral, o inscritos en los Catálogos de Electores de la última elección. Las asociaciones de suscripción popular podían presentar candidatos para alcaldes, vicealcaldes y concejales municipales en todo el país y para miembros de los Consejos de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica.

El 24 de enero del 2000 se publicó en la Gaceta Oficial de Nicaragua una nueva Ley Electoral (Ley No. 331), aproximadamente 9 meses antes de la fecha de las siguientes elecciones municipales. Esta nueva Ley no contempló la figura de las asociaciones de suscripción popular para que participaran en las elecciones, que se recogía en las leyes electorales de 1990 y 1996, sino que sólo se permitía la participación en los procesos electorales a través de la figura jurídica de partidos políticos, forma de organización que no es propia de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica.

Con grandes esfuerzos, los miembros de YATAMA llenaron los requisitos para transformarse en partido Político Regional y el

Consejo Supremo Electoral emitió una Resolución mediante la cual otorgó a YATAMA personalidad jurídica como partido político regional. En dicha Resolución, el Consejo Supremo resolvió que “a partir de [dicha] fecha [YATAMA] podr[í]a gozar de los derechos y prerrogativas que le otorga[ba] la Constitución Política, la Ley Electoral y demás leyes de la República”².

El 15 de julio del 2000, el representante legal de YATAMA presentó ante el Consejo Electoral Regional de la RAAN, las hojas de inscripciones de los candidatos de Waspán, Río Coco, Puerto Cabezas, Prinzapolka, Rosita y Bonanza, una copia de personería jurídica y emblema de la organización, así como un listado de candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales de Puerto Cabezas, Waspán, Prinzapolka, Rosita y Bonanza.

Para la participación en la RAAS los representantes del Partido de los Pueblos Costeños (PPC), del partido YATAMA y del Partido Indígena Multiétnico (PIM) constituyeron una alianza electoral. Los tres partidos políticos que integraban la alianza PIM/YATAMA/PPC poseían personalidad jurídica otorgada por el Consejo Supremo Electoral. Acordaron que conservarían su “identidad política y personalidad jurídica propias”, por lo cual, en el caso de que uno de los partidos se retirara de dicha alianza, ésta “continuar[ía] con los que qued[ara]n”³.

Por desacuerdos entre los distintos partidos, finalmente YATAMA y PPC, presentaron sus listas de candidatos, el 15 de julio de 2000. La Alianza del PPC y YATAMA (denominada Alianza PPC), a través de su representante legal, “presentó candidatos a alcaldes, vicealcaldes y concejales”⁴ de los municipios de Bluefields, Corn Island, Kukra Hill, Laguna de Perlas, La Desembocadura del Río Grande, Tortuguero y La Cruz de Río Grande ante el Consejo Electoral Regional con sede en Bluefields.

El 15 de agosto de 2000, un mes después de que venciera el plazo establecido en el calendario electoral para que los partidos políticos presentaran la lista de candidatos, el Consejo Supremo Electoral

² Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

³ Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

⁴ Cfr. resolución emitida por el Consejo Supremo Electoral el 15 de agosto de 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 15.2, folios 599). Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

emitió una resolución, que excluyó a YATAMA de las elecciones de 5 de noviembre de 2000, tanto en la RAAN, como en la RAAS, sin otorgarles la oportunidad de que procedieran a subsanar los defectos de sus requisitos o a sustituir a los candidatos, de conformidad con los artículos 83 y 84 de la Ley Electoral No. 331 de 2000 (*supra* párr. 124.25). En su Resolución, el Consejo Electoral resolvió⁵:

a) en cuanto a la participación de YATAMA en la Región Autónoma del Atlántico Sur, “[n]o ha lugar a la solicitud de YATAMA de registrar como candidatos de ese partido a los presentados por la Alianza YATAMA/PPC en la Región Autónoma del Atlántico Sur” (*supra* párr. 124.48). En este sentido, consideró “que YATAMA e[ra] un partido legalmente constituido y en pleno uso de los derechos que establec[ía] la Ley Electoral y que como tal[,] p[odía] participar en las elecciones de noviembre de 2000, ya sea en alianzas o individualmente, siempre y cuando cumpl[ier]a con la Ley Electoral y Términos establecidos en el Calendario Electoral. Asimismo, señaló que “como consecuencia [de que el PPC] no cumplió con el porcentaje de firmas a que se refiere el artículo 77 numeral 7, [...] el número de municipios en los cuales YATAMA present[ó] candidatos no alcanza[ba] el 80% a que se refiere el artículo 82 párrafo segundo en concordancia con el artículo 80 *in fine* de la Ley Electoral[,] que establec[ía] que los partidos o Alianzas de partidos deb[ían] inscribir candidatos para todas las elecciones y cargos a que se refer[ía] el artículo 1 de [dicha] Ley, así como el párrafo primero del artículo 89 de la Constitución Política establece que ‘Las comunidades de la Costa Atlántica son parte indisoluble del pueblo nicaragüense y, como tal, gozan de los mismos derechos y tienen las mismas obligaciones’”; y

b) en cuanto a la participación de YATAMA en la Región Autónoma del Atlántico Norte (RAAN), que “no se registr[arían] los candidatos presentados en el Atlántico Norte por dicha Organización, en vista de que [...] no llena[ba] el tiempo requerido consignado en la Ley Electoral”.

⁵ Cfr. resolución emitida por el Consejo Supremo Electoral el 15 de agosto de 2000 (expediente de anexos a la demanda, tomo II, anexo 15.2, folio 599). Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Recursos internos presentados

Las presuntas víctimas presentaron diversos recursos o defensas legales, en contra de esa Resolución, entre ellos:

- Recurso de Revisión ante el Consejo Supremo Electoral (No consta en el expediente ante la Corte IDH que el Consejo Supremo Electoral haya emitido algún pronunciamiento sobre este recurso) (18 de agosto de 2000).
- Recurso de Amparo Administrativo ante el Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Atlántico Norte, Sala de lo Civil y Laboral, Puerto Cabezas, solicitando “la suspensión del acto y de sus efectos” (30 de agosto de 2000).
- El Tribunal acordó “suspender de oficio el acto en lo referente a dejar al Partido Regional YATAMA sin registrar a sus candidatos y por ende fuera de la contienda Electoral para autoridades Municipales (11 de octubre de 2000).
- El Consejo Supremo Electoral interpuso un recurso de reposición ante la Sala de lo Civil y Laboral del Tribunal de Apelaciones de la Circunscripción Atlántico Norte, Puerto Cabezas, contra la resolución de esa Sala, debido a que la resolución del Consejo Supremo Electoral era de estricta materia electoral (20 de octubre de 2000).
- El Tribunal rechazó el recurso de reposición interpuesto por el Consejo Supremo Electoral “por [...] notoriamente improcedente”, y dejó “a salvo los derechos que consideren tener los peticionarios para hacerlos valer en la instancia correspondiente” (24 de octubre de 2000).
- Finalmente la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia emitió la sentencia No. 205, en la que declaró “improcedente *In Limine Litis*” el recurso de amparo interpuesto por los representantes de YATAMA, dado que la resolución del Consejo Supremo Electoral de 15 de agosto de 2000 “es una resolución de materia electoral”, y la mencionada Sala “carece[...] de competencia en materia electoral, con base en la parte final del [a]rtículo 173 de la Constitución Política que establece: ‘De las resoluciones del Consejo Supremo en materia electoral no habrá recurso alguno ordinario ni extraordinario’”. Además, dicha Sala señaló que el artículo 1 de la Ley Electoral

dispone en sus “incisos 5 y 6 que los procesos electorales para las elecciones de Alcaldes, Vicealcaldes, Miembros de los Consejos Municipales, no serán objeto de recurso alguno ordinario ni extraordinario” (25 de octubre de 2000).

Cuestiones fundamentales desarrolladas en el Caso Yatama

Derechos de los pueblos indígenas

El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, 1989, define pueblos indígenas como:

1. [...] a) pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Es decir que el concepto de pueblo indígena trae consigo el reconocimiento de derechos colectivos tales como el derecho a su cultura, lengua, a elegir a sus autoridades y a administrar sus asuntos locales, conforme a sus costumbres y tradiciones⁶. El reconocimiento de la diversidad étnica tiene como propósito eliminar la discriminación de que han sido objeto estos pueblos así como también busca garantizar el ejercicio de sus derechos políticos, de conformidad con sus costumbres y tradiciones.

En ese sentido, la Corte determinó por primera vez en un caso contencioso que el principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación⁷ constituye un dato sobresaliente en

⁶ Ver sobre el tema el Convenio N° 157 de la OIT.

⁷ Cfr. Opinión Consultiva n. 18 sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados párr. 184-186. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales reiterando lo que había afirmado en la Opinión Consultiva No. 18, que en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*⁸. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico⁹.

Ese principio posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno; se trata de un principio de derecho imperativo. Por consiguiente, los Estados tienen la obligación de no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias, eliminar las regulaciones de carácter discriminatorio, combatir las prácticas de este carácter y establecer normas y otras medidas que reconozcan y aseguren la efectiva igualdad ante la ley de todas las personas¹⁰. Es discriminatoria una distinción que carezca de justificación objetiva y razonable¹¹.

El principio de que todos los seres humanos son iguales es el fundamento ético y político de una sociedad democrática. La

⁸ La categoría de principios, denominados *jus cogens*, surge en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita en 1969, que establece la existencia de normas imperativas de derecho internacional que no admiten acuerdo en contrario y que sólo pueden ser modificadas por otras normas que tengan el mismo carácter imperativo.

⁹ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 150, párr. 101. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

¹⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 150, párr. 88; Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 44; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, párr. 54. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

¹¹ Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 150, párr. 89; Condición jurídica y derechos humanos del niño, supra nota 156, párr. 46; y Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, supra nota 156, párr. 56. Cfr. también Eur. Court H.R., Case of Willis v. The United Kingdom, Judgment of 11 June 2002, para. 39; Eur. Court H.R., Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands, Judgment of 4th June 2002, para. 46; Eur. Court H.R., Case of Petrovic v. Austria, Judgment of 27th March 1998, Reports 1998-II, para. 30; y ONU, Comité de Derechos Humanos, Joseph Frank Adam c. República checa, (586/1994), dictamen de 25 de julio de 1996, párr. 12.4. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

igualdad como principio requiere que las personas tengan los mismos derechos y las mismas oportunidades de acción y desarrollo, requiere también el respeto a la diferencia de las minorías y el desarrollo de una justicia social distributiva para los colectivos desfavorecidos.

La Convención Americana en su artículo 24 prohíbe la discriminación de derecho o de hecho, no sólo en cuanto a los derechos consagrados en dicho tratado, sino en lo que respecta a todas las leyes que apruebe el Estado y a su aplicación. Es decir, no se limita a reiterar lo dispuesto en el artículo 1.1 de la misma, respecto de la obligación de los Estados de respetar y garantizar, sin discriminación, los derechos reconocidos en dicho tratado, sino que consagra un derecho que también acarrea obligaciones al Estado de respetar y garantizar el principio de igualdad y no discriminación en la salvaguardia de otros derechos y en toda la legislación interna que apruebe.

Sobre los derechos políticos, la Corte determina que los Estados tienen la obligación de garantizarlos. Esto implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación deben ser acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales¹².

Las violaciones a los derechos de los candidatos propuestos por YATAMA son particularmente graves porque existe una estrecha relación entre el derecho a ser elegido y el derecho a votar para elegir representantes. La Corte hizo notar que se afectó a los electores como consecuencia de la violación al derecho a ser elegidos de los candidatos de YATAMA. En el presente caso, la referida exclusión significó que los candidatos propuestos por YATAMA no figuraran entre las opciones al alcance de los electores, lo cual representó

¹² Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, supra nota 150, párr. 89; y Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra nota 156, párr. 46. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

directamente un límite al ejercicio del derecho a votar e incidió negativamente en la más amplia y libre expresión de la voluntad del electorado. Esto supone una consecuencia grave para la democracia. La afectación a los electores devino del incumplimiento del Estado de la obligación general de garantizar el ejercicio del derecho a votar consagrada en el artículo 1.1 de la Convención.

La Corte consideró que YATAMA es una organización que defiende el derecho histórico de los pueblos indígenas y comunidades étnicas sobre sus territorios tradicionales y promueve el autogobierno, así como impulsa el desarrollo económico, social y cultural, a través de una forma organizativa propia heredada de sus ancestros, denominada “democracia comunitaria”, y por lo tanto contribuye a establecer y preservar la identidad cultural de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica. La estructura y fines de YATAMA están ligados a los usos, costumbres y formas de organización de dichas comunidades.

Por ello afirmó que al haber excluido la participación de los candidatos de YATAMA se afectó particularmente a los miembros de las comunidades indígenas y étnicas que estaban representados por dicha organización en las elecciones municipales de noviembre de 2000, al colocarlos en una situación de desigualdad en cuanto a las opciones entre las cuales podían elegir al votar, pues se excluyó de participar como candidatos a aquellas personas que, en principio, merecían su confianza por haber sido elegidas de forma directa en asambleas, de acuerdo a los usos y costumbres de dichas comunidades, para representar los intereses de los miembros de éstas.

Dicha exclusión incidió en la carencia de representación de las necesidades de los miembros de las referidas comunidades en los órganos regionales encargados de adoptar políticas y programas que podrían influir en su desarrollo.

Asimismo, determinó que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es también contrario a los artículos 23 y 24 de la Convención Americana, en la medida en que limita, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos.

La Corte, señaló que los Estados pueden establecer normas mínimas para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichas normas, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.

Respetando la tradición oral y el idioma propio de las comunidades indígenas de la zona atlántica, la Corte que dictó las reparaciones ordenó al Estado dar publicidad en el plazo de un año, a través de una emisora radial de amplia cobertura en la Costa Atlántica, los hechos probados, las violaciones declaradas por la Corte, y los puntos resolutive de la Sentencia, lo cual deberá efectuarse en español, *miskito*, *sumo*, *rama* e inglés.

Derechos políticos

Contenido de los derechos políticos

Desde el punto de vista de los derechos humanos, los derechos políticos contribuyen a la promoción y la consolidación de la democracia y a la creación de un Estado democrático de derecho. La Resolución 2000/47, aprobada por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas el 25 de abril de 2000, sobre “La promoción y consolidación de la democracia”, incluye los principales derechos que necesitan protección y promoción para alcanzar la democracia. Dicha Resolución exhorta a los Estados, entre otras cosas, a “Fortalecer el Estado de Derecho y consolidar la democracia mediante la promoción del pluralismo, la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, el aumento al máximo de la participación de los individuos en la adopción de decisiones y en el desarrollo de instituciones competentes y públicas, incluido un sistema judicial independiente, un sistema legislativo y una administración pública eficaces y responsables y un sistema electoral que garantice elecciones periódicas, libres y justas”.

En el caso del sistema interamericano, la Convención Americana consagra como un derecho fundamental en su artículo 23, los derechos políticos, entendidos como la participación en la dirección de los asuntos públicos, a votar, a ser elegido y a acceder a las funciones públicas.

Para garantizarlos, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación.

En la presente sentencia, la Corte determinó que la participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

El ejercicio de los derechos a ser elegido y a votar, íntimamente ligados entre sí, es la expresión de las dimensiones individual y social de la participación política.

El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán. Por otra parte, el derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección, si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad, protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular, como por nombramiento o designación.

Partidos políticos

La Corte no desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia¹³, pero reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado.

Sobre la participación política por medio de los partidos políticos la Corte estableció que no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político.

La Corte consideró que la participación a través de partidos políticos constituye una restricción indebida al ejercicio de un derecho político, que implica un límite innecesario al derecho a ser elegido, a las que no son necesariamente asimilables todas las hipótesis de agrupaciones para fines políticos que pudieran presentarse en otras sociedades nacionales o sectores de una misma sociedad nacional.

Como indicamos en el apartado sobre Pueblos Indígenas, la Corte señaló que cualquier requisito para la participación política diseñado para partidos políticos, que no pueda ser cumplido por agrupaciones con diferente organización, es contrario a los derechos políticos y de igualdad ante la ley reconocidos por la Convención Americana, ya que pueden limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de los derechos políticos y se convierte en un impedimento para que los ciudadanos participen efectivamente en la dirección de los asuntos públicos.

¹³ Cfr. *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 87, ECHR 2003-II; *Case of Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 32, ECHR 2002-II; y *Eur. Court H.R., Case of Socialist Party and Others v. Turkey*, Judgment of 25 May 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, para. 29. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Requisitos para ejercitar el derecho a ser elegido

La Corte, basada en el artículo 29, inciso (a) de la Convención, que establece que ninguna norma de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, determinó que no se puede limitar el alcance pleno de los derechos políticos de manera que su reglamentación o las decisiones que se adopten en aplicación de ésta se conviertan en un impedimento para que las personas participen efectivamente en la conducción del Estado o se torne ilusoria dicha participación, privando a tales derechos de su contenido esencial.

La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones¹⁴.

Sin embargo, su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática.

La observancia del principio de legalidad exige que el Estado defina de manera precisa, mediante una ley, los requisitos para que los ciudadanos puedan participar en la contienda electoral, y que estipule claramente el procedimiento electoral que antecede a las elecciones¹⁵. Una ley electoral es ambigua si no establece con claridad las consecuencias del incumplimiento de ciertos requisitos tanto para quienes participaban como candidatos en un proceso electoral, ya sea a través de un partido o a través de alianzas de partidos, y señala que las decisiones de los organismos electorales deben ser fundamentadas.

La Corte reiteró su anterior jurisprudencia, en el sentido que las restricciones que se establezcan deben estar previstas en la ley y no ser discriminatorias, basarse en criterios razonables, atender a un propósito útil y oportuno que la torne necesaria para satisfacer un

¹⁴ Cfr. Case of Hirst v. the United Kingdom (no. 2), no. 74025/01, § 36, ECHR-2004. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

¹⁵ El artículo 23, inciso 2, señala que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

interés público imperativo y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se persigue¹⁶.

Con respecto a las limitaciones al derecho a ser elegido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que “[e]l derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios [para presentar su candidatura] deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura”¹⁷.

Recursos contra decisiones de los organismos electorales

Con anterioridad la Corte Interamericana, ha establecido que la Convención garantiza a toda persona el acceso a la justicia para hacer valer sus derechos, y ha señalado el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, derivados del artículo 1 de la Convención¹⁸.

¹⁶ Cfr. Caso Ricardo Canese, *supra* nota 5, párrs. 96 y 133; Caso Herrera Ulloa. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párrs. 121 y 123; y “La colegiación obligatoria de periodistas” (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 46. Asimismo cfr. Eur. Court H.R., Case of Barthold v. Germany, Judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, para. 58; Eur. Court H.R., Case of Sunday Times v. United Kingdom, Judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, parr. 59; ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 27, Libertad de circulación (Art. 12) de 2 de noviembre de 1999, párrs. 14 y 15; y ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 25, Derecho a participar en los asuntos públicos, derecho a votar y derecho al acceso, en condiciones de igualdad a las funciones públicas (Art. 25) de 12 de julio de 1996, párrs. 11, 14, 15 y 16. Citados en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

¹⁷ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 25, *supra* nota 173, párr. 17.

¹⁸ Cfr. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, párrafos 23 y 24. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Además ha establecido que el artículo 8 de la Convención Americana se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos¹⁹.

Esto también es aplicable a las resoluciones de los Organismos Electorales, ya que sus decisiones pueden afectar el goce de derechos políticos. Por lo tanto, en dicho ámbito también se deben observar las garantías mínimas consagradas en el artículo 8.1 de la Convención, en cuanto sean aplicables al procedimiento respectivo.

En los procesos electorales se requiere celeridad y un trámite sencillo que facilite la toma de decisiones en el marco del calendario electoral, ya que pueden incidir directamente en el ejercicio del derecho a la participación política de los ciudadanos.

Derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo consagrado en el artículo 25.1 de la Convención

El artículo 25.1 de la Convención ha establecido, en términos amplios, "... la obligación a cargo de los Estados de ofrecer, a todas las personas sometidas a su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dispone, además, que la garantía allí consagrada se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquéllos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley"²⁰.

Es decir que este artículo consagra que el derecho de acceso a la justicia, se concreta en la obligación positiva del Estado de conceder

¹⁹ Cfr. Caso Ivcher Bronstein. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 102; Caso Baena Ricardo y otros. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 124; Caso del Tribunal Constitucional. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 69; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A No. 9, párr. 27. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

²⁰ Cfr. Caso Tibi, supra nota 135, párr. 130; Caso Cantos. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C No. 97, párr. 52; Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 111; y Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, supra nota 141, párr. 23. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

a todas las personas bajo su jurisdicción un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, no sólo de aquellos contenidos en la Convención, sino también de los reconocidos en la Constitución y en la Ley²¹.

En los términos de dicho artículo, la Corte ha establecido reiteradamente que la existencia de este tipo de garantías “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.

La Corte ha manifestado que los Estados deben asegurar, en su ordenamiento jurídico interno, que toda persona tenga acceso sin restricción alguna, a dicho recurso sencillo y efectivo que la ampare en la determinación de sus derechos, de ahí que el debido proceso legal es un derecho que debe ser garantizado a toda persona²², estableciendo que “...no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y prever lo necesario para remediarla...”²³.

La inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una trasgresión de la misma por el Estado Parte²⁴.

En el caso YATAMA, la Corte estableció que aunque la Constitución de un Estado establezca que las resoluciones de los organismos electorales en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que los organismos no deban estar sometidos a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son

²¹ Cfr. Caso Cantos, Sentencia de Fondo, 28 de Noviembre de 2002, párrafo 52.

²² Cfr. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, párrafo 121. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

²³ Cfr., Opinión Consultiva OC-9/87 de 17 de Septiembre de 2003, párrafo 24. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

²⁴ Cfr. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 146, párr. 113; Caso Ivcher Bronstein, supra nota 141, párr. 136; y Caso del Tribunal Constitucional, supra nota 141, párr. 89. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos.

Hay Estados en la región donde sus normas constitucionales no permiten ningún recurso contra las resoluciones, actos o disposiciones de los Organismos Electorales. Por ejemplo la Constitución de Costa Rica²⁵ establece que las resoluciones del Tribunal Supremo de Elecciones no tienen recurso, salvo la acción de prevaricato²⁶. Por su parte la Constitución de Perú²⁷ establece que no son revisables en sede judicial las resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral²⁸. Otras por su parte sí contemplan el recurso de amparo²⁹ contra las resoluciones de los organismos electorales.

Independientemente de las regulaciones constitucionales o legales que cada Estado haga respecto a si las resoluciones del órgano supremo electoral, son revisables en sede judicial, esas normas no pueden ser interpretadas con base en un criterio literal que consolide poderes absolutos sin control constitucional. Las normas no pueden interpretarse de manera aislada –principio de unidad de la Constitución–, sino que debe darse una interpretación que armonice estas normas el debido proceso que es esencial en una democracia y debe ser respetado por todos, incluso, por los organismos electorales.

²⁵ Constitución Política de la República de Costa Rica. 7 de noviembre de 1949. Artículo 103.

²⁶ Sin embargo, la Sala Constitucional ha determinado que el Tribunal Electoral interpreta la Constitución Política en forma exclusiva y obligatoria en el ejercicio de sus competencias constitucionales y legales en materia electoral, y por tanto, no cabe suponer que esa interpretación pueda ser fiscalizada por otra jurisdicción, así sea la constitucional. Salvo en el caso que el Tribunal Supremo de Elecciones se niegue a conocer y resolver alguna disconformidad planteada, la Sala Constitucional conoce sobre el particular, siempre que se alegue que los actos impugnados lesionan derechos fundamentales. (Sentencia No. 2004-08466, del 4 de agosto de 2004).

²⁷ Constitución Política del Perú. 31 de octubre de 1993. Artículo 143.

²⁸ Actualmente existe en Perú un gran debate jurídico, político y académico, por considerar algunos sectores que hay incompatibilidad entre la norma establecida en el Código Procesal Constitucional, (publicado en mayo del 2004 y que entró en vigencia el 1 de diciembre de ese año) y que introdujo una disposición que permite acudir al proceso de amparo, en forma excepcional, cuando una resolución del JNE viola en forma manifiesta el debido proceso y el artículo 142 de la Constitución, que dispone que no son revisables en sede judicial las resoluciones del JNE.

²⁹ Por ejemplo, Constitución de la República de Guatemala, Decreto 1-85. artículo 134.

Democracia

Derechos políticos en una sociedad democrática

Con anterioridad la Corte ha establecido que “[e]n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros³⁰. Al ponderar la importancia que tienen los derechos políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos³¹.

La Corte ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”³². Los derechos políticos protegidos en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales³³, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político.

³⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, supra nota 156, párr. 92; Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 31; Garantías Judiciales en Estados de Emergencia, supra nota 141, párr. 35; y El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8, párr. 26. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

³¹ Cfr. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 34. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

³² Cfr. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, supra nota 160, párr. 34. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

³³ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta Democrática Interamericana (artículos 2, 3 y 6); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XX); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 21); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5.c); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículo 42); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 7); Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer (artículos I, II y III); Declaración de las Naciones Unidas

Los Ministros de Relaciones Exteriores de las Américas aprobaron el 11 de septiembre de 2001 durante la Asamblea Extraordinaria de la OEA, la Carta Democrática Interamericana, en la cual se señala que: “[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos”³⁴.

Según determinó la Corte en base a los principios de la Carta Democrática Interamericana, los ciudadanos tienen el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos puedan elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán.

Si bien es cierto los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, éstos deben ser razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares deben garantizar, entre otros, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, “[p]romover y fomentar diversas formas de participación fortalece la democracia”, para lo cual se pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 6); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2 y 3); Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párr. 5); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.8, I.18, I.20, II.B. 2.27); Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3); y Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículo 13).

³⁴ “Carta Democrática Interamericana”. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, artículo 3.

sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.

Como establece la Carta Democrática en su artículo primero, “Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla”³⁵. También afirma en su artículo 5º que “El fortalecimiento de los partidos y de otras organizaciones políticas es prioritario para la democracia”.

De manera coincidente con estos principios, la Corte, apoyada en la Convención Americana y en la Carta Democrática Interamericana, estableció que no existe disposición en dichos instrumentos que permita sostener que los ciudadanos sólo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia³⁶, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado.

Por otro lado, y con respecto a las limitaciones al derecho a ser elegido, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas señaló que “[e]l derecho de las personas a presentarse a elecciones no deberá limitarse de forma excesiva mediante el requisito de que los candidatos sean miembros de partidos o pertenezcan a determinados partidos. Toda exigencia de que los candidatos cuenten con un mínimo de partidarios [para presentar su candidatura] deberá ser razonable y no constituir un obstáculo a esa candidatura”³⁷.

³⁵ “Carta Democrática Interamericana”. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001, artículo 1.

³⁶ Cfr. *Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 87, ECHR 2003-II; *Case of Yazar and Others v. Turkey*, nos. 22723/93, 22724/93 and 22725/93, § 32, ECHR 2002-II; y *Eur. Court H.R., Case of Socialist Party and Others v. Turkey*, Judgment of 25 May 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-III, para. 29. Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

³⁷ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 25, Citados en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Esto desarrolla la Convención Americana y la Carta Interamericana, en el sentido de que debe respetarse el derecho de otras organizaciones políticas a participar en los asuntos públicos y a ser elegidos. En este sentido, otorgar las facilidades que sean necesarias a las organizaciones políticas para su participación en el ámbito político nacional, regional o comunal, genera las condiciones para ampliar y consolidar la participación de los ciudadanos en la dirección de los asuntos públicos³⁸.

El papel del *Ombudsman* en el marco del sistema interamericano de protección

El proceso de creación e incorporación de la institución del *Ombudsman* en el ordenamiento jurídico moderno latinoamericano surge en la década de los años noventa³⁹, al iniciarse en América el denominado período de “transición a la democracia” mientras finalizaban en el mundo la guerra fría, el mundo bipolar y la doctrina de la seguridad nacional, que dominaron la región durante prácticamente toda la segunda mitad del siglo XX⁴⁰.

De cierta manera esta institución puede considerarse como uno de los indicadores del cambio, pues hasta entonces los Estados de la región habían carecido de instituciones de control y fiscalización de las actuaciones de sus funcionarios en lo concerniente a los derechos humanos⁴¹.

Puede decirse que este fenómeno de la expansión del *Ombudsman*⁴² surge como respuesta a la debilidad institucional que se daba en algunos Estados, así como a las graves violaciones cometidas durante la dictaduras militares y los conflictos internos

³⁸ Citado en Corte IDH. Caso Yatama. Sentencia de 23 de junio de 2005, Serie C No. 127. Voto del Juez Sergio García-Sayán, párrafo 27.

³⁹ El único *Ombudsman* creado anteriormente fue el de Guatemala en 1985.

⁴⁰ González Volio, Lorena. “The Institution of the Ombudsman. The Latin American Experience”. *Revista IIDH No. 37*. San José, Costa Rica. 2003.

⁴¹ FIO e IIDH, “Informe de la Secretaría Técnica”, período noviembre 2000-septiembre 2001.

⁴² Actualmente existe una institución de esta naturaleza en casi todos los países de la región y, con excepción de Costa Rica, todos tienen respaldo constitucional. Los únicos países que no cuentan con un *Ombudsman* son Uruguay, Brasil y Chile. República Dominicana ya ha aprobado la legislación correspondiente pero aun no ha nombrado el primer defensor.

que golpearon la región latinoamericana en los años 70 y 80, por lo que se le asignó como tarea principal la de proteger los derechos fundamentales. Este nuevo modelo –vinculado a los desarrollos constitucionales de las transiciones democráticas y el fin de regímenes autoritarios– agrega dos elementos fundamentales a los de la figura clásica. Por un lado, se le otorgan funciones explícitas y prioritarias en la defensa de los derechos humanos, sin dejar de tener las competencias globales de control no jurisdiccional de los actos de la Administración Pública y, por otra parte, se le otorga competencia para transferir los expedientes al Ministerio Público a fin de que este pueda iniciar, cuando proceda –o enriquecer en su caso–, los procesos judiciales cuando existen hechos delictuosos que ameritan persecución penal; además, cumple una función de promoción y educación⁴³.

La figura del *Ombudsman* juega un papel importante dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos⁴⁴, por tratarse, como se ha indicado, de la institución constitucional que tiene por mandato la protección y promoción de los derechos humanos. En el *ámbito interno*, sus funciones incluyen reiterar al Estado y a su administración el compromiso y la obligación a aplicar los principios internacionales relativos a la protección internacional de los derechos humanos; promover la aplicación en el ámbito interno de normas de Derecho Internacional de Protección de Derechos Humanos; promover y divulgar los contenidos de los instrumentos que sobre derechos humanos han sido ratificados por su país; fundamentar sus resoluciones e informes en el derecho interno e internacional de derechos humanos; impulsar la readecuación de la legislación interna a los compromisos internos adquiridos; impulsar soluciones y medidas reparadoras, por vía de solución amistosa; promover la ratificación de todos los instrumentos internacionales para la protección de los derechos humanos; contribuir al agotamiento de los recursos internos (presentar recursos de amparo o *habeas corpus*, por ejemplo); y

⁴³ García Laguardia, Jorge Mario y Edgar Alfredo Ballsells Tojo. *Reflexiones sobre el Ombudsman en América Latina y su proceso de nombramiento*. Apartado II: Un nuevo Modelo Americano.

⁴⁴ González Volio, Lorena. “El Sistema interamericano y los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y los derechos de las poblaciones migrantes, las mujeres, los pueblos indígenas y los niños, niñas y adolescentes*. San José, IIDH, 2004.

colaborar en las visitas *in loco* que realice la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Cuando un caso ha trascendido el ámbito interno y llega a los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, las instituciones *Ombudsman* pueden desempeñar funciones también de suma importancia. Por ejemplo, ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) pueden presentar denuncias, comunicaciones o peticiones; demostrar que se agotaron los recursos internos, o en su defecto, que ha sido imposible hacerlo; verificar que los Estados cooperen con la CIDH; determinar los hechos objeto de la denuncia (*fact-finding*); en la etapa de investigación que lleva a cabo la CIDH, introducir las investigaciones que él haya realizado en su país que colaboren en las gestiones que realiza la Comisión; presentar *Amicus curiae*⁴⁵; monitorear, dar seguimiento y exigir del Estado el cumplimiento y ejecución de las decisiones de la CIDH; participar en las audiencias ante la CIDH y presentar informes; colaborar con los relatores especiales brindándoles informes sobre los temas a su cargo; y solicitar medidas cautelares, entre otros.

Ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el *Ombudsman* también tiene acciones por tomar: instar al Estado a solicitar consultas sobre interpretación de la Convención u otros tratados a la Corte; instar al Estado a solicitar opiniones sobre legislación interna acorde al Derecho Internacional; presentar *Amicus curiae* e informes especiales; co-representar a la víctimas, apoyar a la Corte con información sobre legislación interna o sobre las situaciones determinadas; verificar que los Estados cooperen con la Corte IDH; y supervisar el cumplimiento de medidas provisionales y sentencias de la Corte

En el caso YATAMA contra Nicaragua, la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos (PDDH) tuvo un papel fundamental, involucrándose desde un inicio en el proceso de denuncia en los ámbitos internos.

El 24 de agosto del 2000 se abrió el expediente No. 217/00 en la PDDH, ante la denuncia interpuesta por el representante legal de YATAMA. Inmediatamente la PDDH inició diligencias en el ámbito

⁴⁵ El *amicus curie* o amigo de la curia, es un escrito por el que se ayuda a la corte con un tema, sin ser una de las partes del juicio.

interno para el esclarecimiento y resolución de la situación, las cuales incluyeron visitas al Consejo Supremo Electoral (CSE), comunicaciones con el Presidente de dicho órgano y visitas de inspección del libro de Resoluciones del CSE, entre otros. Ante la ausencia de respuesta a estas acciones, la Procuraduría emitió un pronunciamiento en el que, entre otras cosas, se conminaba al Consejo Supremo Electoral a que "... en respuesta al clamor de los ciudadanos y ciudadanas de la Costa Caribe, proceda inmediatamente a suspender el proceso de elecciones municipales de la Región Autónoma del Atlántico Norte, ya que de realizarse las mismas en ese sector geográfico, los habitantes que han sido objetos de exclusiones históricas, hoy resultarían sensiblemente afectados en sus intereses políticos, al quedar sin participación en la elección de autoridades locales"⁴⁶.

Este pronunciamiento público no obtuvo ninguna respuesta por parte de los organismos del Estado involucrados en el conflicto y el proceso electoral continuó su curso, teniendo como resultado la violación de los derechos humanos de la población de la Costa Atlántica de Nicaragua.

En la Resolución del 3 de marzo de 2005, la PDDH declara: "Que el Consejo Supremo Electoral y la Corte Suprema de Justicia del Estado de Nicaragua han vulnerado los derechos civiles y políticos, traducidos en el derecho a la Igualdad ante la Ley, el derecho a no ser sujetos de discriminación, derecho de participación política, a elegir y a ser electos, al respeto de su identidad cultural, así como el derecho a la protección judicial de los candidatos a Alcaldes, Vicealcaldes, concejales y población en general de las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y Sur".

Entre las recomendaciones hechas al Estado en esta Resolución se encontraban la codificación de su legislación para garantizar el respeto de los derechos civiles y políticos de los nicaragüenses, en especial de los pueblos indígenas y comunidades de la Costa Caribe Nicaragüense; la suscripción y ratificación del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, la formación de los funcionarios encargados de la administración de justicia en Derechos

⁴⁶ Pronunciamiento público de la PDDH en el mes de noviembre de 2000, citado en *Amicus curiae* presentado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el Procurador para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua.

Humanos de los Pueblos Indígenas y cosmovisión multicultural y la incorporación de esta perspectiva como un principio básico de actuación de las instituciones del Estado en general; y la incorporación al currículum educativo del Sistema Educativo Nacional de los derechos de los pueblos indígenas y comunidades étnicas. Además solicita a los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos fallar a favor de los derechos de los candidatos a Alcaldes, Vicealcaldes, concejales y población en general de las Regiones Autónomas del Atlántico Norte y Sur.

En el ámbito internacional, la PDDH presentó el 8 de abril de 2005, un *Amicus curiae* ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en relación con el Caso 12.388 YATAMA contra Nicaragua. En éste presentó argumentos que ilustraron a la Corte sobre la situación de los pueblos indígenas de Nicaragua y un análisis de los derechos que consideraba habían sido violados. Finalmente, la PDDH expresó su apoyo a la demanda de la Comisión Interamericana, y basaba su posición en tres puntos fundamentales: 1) que el Estado de Nicaragua violó los Derechos Humanos de la Organización Política YATAMA y del pueblo de la Costa Caribe al no permitírsele el derecho de participación política, de elegir y ser electos, el derecho de petición y pronta respuesta y el derecho a la igualdad ante la Ley; 2) que en Nicaragua no existe una protección judicial efectiva para los reclamos de los pueblos indígenas sobre la protección de sus derechos, en especial de sus derechos políticos; y 3) que es necesario y plenamente justificado que la Corte Interamericana conozca de fondo sobre el caso y se pronuncie sobre la responsabilidad estatal para hacer que el Estado de Nicaragua busque seriamente una solución efectiva a las sistemáticas violaciones a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas nicaragüenses.

La PDDH solicitó a la Corte IDH la adopción de las recomendaciones incluidas en su resolución del 3 de marzo de 2005, así como que se obligara al Estado a resarcir los daños ocasionados a la población indígena, requerir que se adopte sin dilación cuantas medidas sean necesarias para proteger y hacer efectivos derechos de los pueblos indígenas, y, finalmente, solicitar al Estado de Nicaragua que asegure el ejercicio de los derechos políticos, la igualdad ante la ley y la debida protección judicial a los pueblos indígenas y étnicos, poniendo a disposición recursos sencillos, rápidos y eficaces.

Sorprende la reacción del Estado de Nicaragua, quien negó valor legal alguno a cualquier escrito de *amicus curiae* presentado, lo que incluye el de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos. Así mismo el Estado formuló una objeción respecto de la Resolución de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de Nicaragua del 3 de marzo del 2005, expediente No. 217/00, relacionada con una “denuncia interpuesta por el [...] representante legal de [...] YATAMA” el 24 de agosto de 2000. El Estado manifestó, *inter alia*, que “no se concibe que las instituciones del Estado como la Procuraduría [...] puedan intervenir a su arbitrio en contra de los intereses del propio Estado en el ramo internacional”, lo que “implica aparente deslealtad con el Estado”.

En un sistema jurídico moderno, el Estado es una persona jurídica y por lo tanto no cabe un juicio de valor como el de ser órganos leales o desleales a esa persona jurídica. Por otra parte, aun cuando el Estado es una persona jurídica frente al derecho internacional, su propia organización constitucional interna permite la existencia de varios órganos dotados de personalidad jurídica propia y por ello gozan de plena independencia y autonomía para actuar en contra de los actos de otro órgano público. Por eso es incorrecta la tesis sostenida por el gobierno de Nicaragua que pretende deslegitimar la capacidad procesal de la PDDH de Nicaragua.

Conclusiones

Los pueblos indígenas tienen el derecho de preservar su identidad cultural y el derecho de participar en la vida pública. Si bien los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, éstos deben ser razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa.

Los Estados están obligados a garantizar, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo, tomando en cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 6 de la Carta Democrática Interamericana, al fomentar diversas formas de participación se fortalece la democracia, para lo cual pueden diseñar normas orientadas a facilitar la participación de sectores específicos de la sociedad, tales como los miembros de las comunidades indígenas y étnicas.

En una sociedad democrática no es suficiente que los Estados reconozcan y garanticen el ejercicio de los derechos civiles y políticos: los Estados están obligados a generar condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos puedan ser ejercidos. Esto reafirma que la tesis de las generaciones de los derechos humanos es errónea, pues señala que a los Estados únicamente corresponde reconocer los derechos civiles y políticos a modo de garantizarlos, mientras que en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, el Estado tiene que tomar medidas positivas para garantizarlos de forma efectiva.

La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

A pesar de que la Constitución de un Estado establezca que las resoluciones de los organismos electorales en materia electoral no son susceptibles de recursos ordinarios o extraordinarios, esto no significa que los organismos no deban estar sometidos a controles judiciales, como lo están los otros poderes del Estado. Las exigencias derivadas del principio de independencia de los poderes del Estado no son incompatibles con la necesidad de consagrar recursos o mecanismos para proteger los derechos humanos. Por ello es necesario que cada ordenamiento jurídico interno contemple la posibilidad de revisar estas decisiones al menos ante un órgano superior.

Claro está, no puede ser que los actos de todos los órganos sean recurribles ante otros órganos superiores por cuanto el principio de seguridad jurídica exigiría que los casos terminen en algún momento y por lo tanto que las decisiones de los órganos de última instancia no tengan apelación. Es aquí que cobra importancia el sistema supranacional que, sin constituir una cuarta instancia, sí tiene la capacidad de revisar los efectos de estas decisiones finales respecto de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. De esta manera la jurisdicción internacional no anula los actos en el sentido jurisdiccional de las nulidades, sino que declara la responsabilidad del Estado por esos actos dictados por alguno de sus órganos internos cuando alguno de los derechos fundamentales ha sido violado.

Independientemente de las regulaciones constitucionales o legales que cada Estado haga respecto a sí, las resoluciones del órgano supremo electoral, son revisables en sede judicial; esas normas no pueden ser interpretadas en base a un criterio literal que consolide poderes absolutos sin control constitucional. Las normas no pueden interpretarse de manera aislada –principio de unidad de la Constitución–, sino que debe darse una interpretación que armonice estas normas el debido proceso que es esencial en una democracia y debe ser respetado por todos, incluso, por los organismos electorales.

Sobre la posibilidad que tienen las instituciones nacionales de derechos humanos u *Ombudsman*, de participar ante los órganos del sistema interamericano, queda claro que la capacidad procesal activa de estos órganos es reconocida por la Convención Americana y los reglamentos de la CIDH y la Corte IDH, así como por la jurisprudencia de estos órganos, por lo que su capacidad procesal no depende de la voluntad del gobierno de turno ni del ordenamiento jurídico interno.

El caso de la comunidad indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*

*Andrés D. Ramírez**

El 17 de junio de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) pronunció su primera sentencia en relación a una comunidad indígena asentada en el Paraguay, y la tercera en materia de tierras y territorios indígenas y tribales en el hemisferio¹. Nos referimos al caso de la Comunidad Indígena *Yakye Axa* del Pueblo *Enxet Lengua*². Dicha Sentencia estableció que el Estado violó, en perjuicio de la comunidad, los derechos a las garantías y protección judiciales consagrados en los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con los artículos 1.1. y 2 de la misma; el derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH en relación también con sus artículos 1.1 y 2; que el Estado asimismo violó el derecho a una vida digna desarrollado jurisprudencialmente a partir del artículo 4.1 del tratado, en perjuicio *in genere* de los miembros de la comunidad, pero que sin embargo no se le suministraron al Tribunal elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del derecho a la vida *lato sensu*, en perjuicio de 16 miembros fallecidos de la comunidad. Asimismo, la Corte, pese al allanamiento parcial del Estado, no se pronunció sobre la violación al artículo 26 de la Convención respecto a la garantía de desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fuera alegado en su presentación autónoma por los representantes de las víctimas.

* Abogado de nacionalidad paraguaya, especialista en derechos humanos. Fue representante de la Comunidad *Yakye Axa* ante la Corte IDH hasta marzo de 2005.

¹ Hacemos referencia a los casos de *Awas Tingni Vs. Nicaragua* (agosto, 2001) y *Moiwana Vs. Suriname* (junio, 2005).

² http://www.corteidh.or.cr/seriec/index_c.html Serie C, No. 125 Corte IDH. Caso Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*. Sentencia 17 de junio de 2005.

Dada la trascendencia de dicha Sentencia, en el presente artículo nos hemos propuesto realizar una presentación general del caso y sus antecedentes, así como una evaluación de los alcances de la sentencia del Tribunal en materia del derecho indígena como rama jurídica emergente del derecho internacional de los derechos humanos, vistos todos –y deben leerse así– desde la perspectiva de quien ha litigado el caso.

En este orden de ideas, nos gustaría empezar señalando que el desafío que ha significado hacer oír la voz de la Comunidad *Yakye Axa* ante los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se remonta a una primera experiencia en Paraguay de denuncia relativa a derechos de comunidades indígenas, llevada adelante por la organización Tierraviva a los Pueblos Indígenas del Chaco³, como entidad indigenista local, conjuntamente con el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)⁴, y que fuera resuelto mediante el procedimiento de solución amistosa en sede de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Es el caso de la denuncia de las Comunidades Indígenas de Lamexay y Keylyephapopyet del Pueblo *Enxet*⁵, presentada ante la CIDH en el año 1996 y que versara sobre la violación por parte del Estado paraguayo de los derechos a garantías judiciales, a la protección judicial, a la propiedad, al derecho a la residencia, y a los beneficios de la cultura, contemplados en los artículos 8, 25, 21 y 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, respectivamente, todo ello en trasgresión del deber genérico contemplado en el artículo 1 (1) de la Convención Americana de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en tal instrumento internacional.

Esta primera experiencia evaluada como exitosa –dado que permitió la restitución a dichas comunidades de un total de 21.884 hectáreas de su territorio tradicional–, había así abierto de la manera más auspiciosa y oportuna, las puertas del sistema interamericano

³ www.tierraviva.org.py

⁴ www.cejil.org

⁵ Informe No 90/99, Caso 11.713 Comunidades Indígenas Enxet-Lamexay y Kaylyephapopyet –Riachito– Paraguay, 29 de septiembre de 1999.

para casos de denegación de justicia y violación de derechos indígenas en Paraguay. Y hemos dicho oportuna porque queríamos introducir aquí un elemento fundamental para poder entender el por qué de la presentación del caso de *Yakye Axa* ante el Sistema Interamericano.

Ciertamente es habitual que a la pregunta del por qué de la presentación de un caso ante la Corte IDH por parte de la Comisión –e incluso por los peticionarios a la Comisión misma–, la respuesta aluda a la denegación de justicia en el caso concreto, a lo paradigmático de las violaciones denunciadas y a los avances jurisprudenciales que pueda representar la decisión de la Corte. El parecer sobre esto es incluso requerido a los representantes de las víctimas por la CIDH de conformidad con el artículo 43 (3) de su Reglamento, antes de decidir sobre el sometimiento de una demanda ante el Tribunal.

De estos tres elementos, los dos primeros, la denegación de justicia y lo paradigmático de las violaciones, han sido imperativos a nivel local dado el cuadro de denegación estructural de derechos⁶ que define la situación de las comunidades indígenas en Paraguay desde ya hace varios años y que generara el actual estado de crisis terminal en el que se encuentra el indigenismo en el país.

En efecto, como se señala en el último Informe de la Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay (Codehupy, 2005), casi una década transcurrida desde el primer “Derechos Humanos en Paraguay” (1996) y del capítulo sobre pueblos indígenas, ha mostrado que el deterioro sustantivo de derechos que hace a la idea de denegación estructural, lejos de haber estado en camino de superarse, se ha venido continuamente agravando y que no existen a la fecha visos de mejoría o al menos de contención de este deterioro.

Entendiendo dicha crisis como el agotamiento del orden institucional establecido y la búsqueda de su reemplazo, la misma debe leerse dentro de una perspectiva general que habla de contradicciones entre el marco jurídico respectivo y sus resortes

⁶ La denegación estructural de derechos encierra la idea de que determinadas violaciones de derechos humanos suponen la presencia de otras, de mayor o menor jerarquía en cuanto al bien jurídico tutelado, pero no necesariamente de menor entidad o frecuencia, de tal modo que se sostienen mutuamente y establecen un menoscabo continuado de la dignidad humana.

institucionales de aplicación, así como respecto a la legitimidad y representatividad del modelo en ruptura y de los actores institucionales de carácter residual, ora estatales (el Instituto Paraguayo del Indígena, INDI), ora no estatales (organizaciones no gubernamentales indigenistas)⁷.

En su conjunto, aspectos de esta crisis han sido precisamente abordados en el caso de la Comunidad *Yakye Axa*, y han sido parte de los debates ante la Corte durante el litigio. Así, ante ella se ha manifestado que:

(...) el procedimiento de legalización de tierras para comunidades indígenas, aunque ha brindado resultados positivos en casos en que los terratenientes han accedido a negociar la transferencia de los inmuebles reivindicados, ha sido abiertamente ineficaz frente a casos en que los propietarios se han mostrado intransigentes. Para cualquier terrateniente basta oponer como defensa ante los derechos indígenas sobre sus tierras, el argumento de explotación racional. Es este un problema de arquitectura jurídica, de ausencia de recursos legales dotados de suficiente imperio para hacer efectivos los derechos de propiedad indígena. En este sentido, todo el derecho material de las comunidades indígenas sobre sus tierras consagrado de modo avanzado por el sistema jurídico paraguayo carece de concreción, debido a la falta de un elemento básico de toda norma jurídica: su carácter operativo o procesal que convierta la norma abstracta en realidad práctica, de modo eficiente y operativo⁸.

A esto se debe sumar la insuficiente asignación de recursos económicos al INDI, para la implementación de las políticas públicas en beneficio de las comunidades indígenas.

Sucintamente, es éste el contexto que caracterizara al caso de *Yakye Axa* como típico respeto a la denegación de acceso a la justicia

⁷ Esta mirada se refrenda a modo de ejemplo, en una serie de sucesos que han tenido lugar en el 2005 y que podríamos considerar representativos del momento que se atraviesa: uno, la sanción por el Congreso de la Ley N° 2.822 “Estatuto de los pueblos y comunidades indígenas”, que deroga parcialmente el anterior estatuto, la Ley N° 904/818; dos, la marcada división en la opinión indígena respecto a la adopción de la reforma legislativa antedicha; tres, la reacción tardía frente a epifenómenos de la crisis por parte de las organizaciones no gubernamentales indigenistas; cuatro, el relevo por el Poder Ejecutivo del coronel Oscar Centurión por la licenciada Marta Dávalos al frente del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI), sin mayores quiebres con las últimas administraciones.

⁸ Peritaje del Dr. Enrique Castillo, Íd. 2, 38.b.

local y es paradigmático en referencia a la situación de las comunidades indígenas en Paraguay. En tal sentido, el caso de esta comunidad es sólo uno de los múltiples que fue generando el modelo indigenista instaurado desde la década de los '80 con la sanción de la Ley 904/81 "Estatuto de las Comunidades Indígenas", al no dar respuesta a reclamos históricos de protección de sus derechos por el Estado, principalmente a lo que a tierras y territorios refiere. Es por ello que a la presentación de la denuncia de *Yakye Axa* ante la CIDH, le han seguido otras contra el Paraguay referidas a situaciones de similar tenor, como las de las comunidades de *Sawhoyamaxa* –a la fecha también ante al Corte IDH–, *Xamok Kásek* –en etapa de fondo ante la CIDH–, y *Kelyenmagategma*, aún en fase de admisibilidad.

A estos elementos, debemos sumar el tercero referido a los avances que proponía el caso de *Yakye Axa* en términos jurisprudenciales a la Corte IDH. En esto, han habido dos roles importantes a distinguir a lo largo de la tramitación del mismo y que refieren a la actuación de la CIDH y de los representantes de las víctimas.

No podríamos en el orden de ideas antedicho sino empezar diciendo que el rol que ha jugado la Comisión Interamericana y sus especialistas a cargo del caso *Yakye Axa* y de la Relatoría sobre derechos de los Pueblos Indígenas, ha sido fundamental en varios aspectos cruciales, y sin dudas su peso ha sido enorme para los pasos que se han dado en él, en términos de facilitar el acceso a la justicia interamericana y de construcción de avances jurisprudenciales.

Lo expuesto se nota con nitidez en tres aspectos claves: uno, la tarea de promoción de derechos indígenas realizada por la CIDH en Paraguay y que tuviera su punta más visible con la visita *in loco* realizada en el año 1.999, oportunidad en la cual el asentamiento de la Comunidad *Yakye Axa* ubicado en el chaco, fue visitado por sus miembros, incluyendo a la Secretaría Ejecutiva. El informe resultante de la visita, así como el posterior III Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay, dejaban visibilizar por primera vez ante la comunidad interamericana, las condiciones absolutamente infrahumanas de vida que atravesaban las familias de *Yakye Axa*. Dicho informe en un hecho inédito, fue posteriormente fue traducido al guaraní por la CIDH, a fines de su difusión en la segunda lengua oficial y mayoritaria del Paraguay.

Un segundo aspecto clave, es el rol tutelar desplegado por la CIDH frente al hostigamiento y ataques que recibiera la comunidad

por parte de particulares y agentes del Estado con ocasión de su reivindicación territorial. En este sentido, nos parece relevante mencionar, que apenas un día antes de los atentados terroristas a los Estados Unidos de Norteamérica, y que alcanzaran también a la ciudad sede de la Comisión, Washington DC, el líder de la comunidad, Esteban López, presentó el 10 de septiembre de 2001 a la misma una solicitud de Medidas Cautelares, ante el trance de ser desalojada en contadas horas del costado de la ruta frente a las tierras que reivindica en una situación de absoluta indefensión.

Sin pausas, el mismo día 11 de los atentados la CIDH comunicó a los peticionarios que había solicitado información al gobierno sobre las cautelares, otorgándole un plazo de cuatro días para responder. El 26 de septiembre, agotando con celeridad los trámites de rigor, la Comisión comunicó a las partes la adopción de las medidas cautelares solicitadas por los peticionarios, disponiendo: “1. Suspender la ejecución de cualquier orden judicial o administrativa que implique el desalojo y/o el levantamiento de las viviendas de la Comunidad Indígena *Yaxye Axa* y de sus miembros; 2. Abstenerse de realizar cualquier otro acto o actuación que afecte el derecho a la propiedad y a la circulación y residencia de la Comunidad Indígena *Yaxye Axa* y de sus miembros; 3. Adoptar todas las medidas necesarias para asegurar la vida e integridad física, psíquica y moral de los miembros de la Comunidad Indígena *Yaxye Axa*”.

Un tercer aspecto y quizás el jurídicamente más relevante, ha sido la caracterización realizada por la CIDH de los hechos denunciados, a través de los informes de admisibilidad y de fondo dictados en el caso. A fin de juzgar el importante aporte de la Comisión en este ámbito, es menester considerar que al momento de ser presentada la denuncia por los líderes de *Yakye Axa* bajo el patrocinio de las organizaciones Tierraviva y CEJIL, ésta alegaba la violación de los artículos 4 y 25 de la CADH en concordancia con el artículo 1.1 del mismo instrumento; adicionalmente se reclamaba el desconocimiento del artículo 27 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones unidas y los artículos 1.2, 2.1, 4.1 y 5.a del Convenio No. 169 de la OIT.

Básicamente la denuncia así construida, se introducía a la jurisdicción interamericana a través del carácter instrumental del artículo 25, que si bien expresa en su faz sustantiva la obligación de los Estados de brindar acceso a los remedios nacionales para

garantizar los derechos convencionales, es en la hipótesis de su ausencia o ineficacia, el instrumento adjetivo para reclamar el auxilio de la justicia internacional respecto a la vulneración de otros derechos.

Sin dudas en el caso de *Yakye Axa* como en otros de similares características, la vinculación entre la violación de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas está asociada al irrespeto a sus derechos de propiedad y posesión inmueble, y en esto no habría de ser una excepción aún no se hayan invocado en la denuncia; sólo que hasta el momento de su presentación ante la CIDH, el desarrollo de dichos derechos a la luz de la CADH y bajo el derecho de propiedad (Art. 21), exhibía fronteras aún difusas y en cierta medida, hasta complejas para ser desatadas en su nudo por la jurisprudencia de la Corte.

Pero he aquí que, estando aún la denuncia en trámite ante la CIDH, la Corte pronuncia en agosto de 2001 su Sentencia de Fondo en el caso *Awás Tingni Vs. Nicaragua* dando un paso histórico en materia de derechos colectivos indígenas de propiedad, y abriendo el camino a la Comisión para que en su Informe de Admisibilidad 2/02 de febrero de 2002 dictado en el caso *Yakye Axa* y en aplicación del principio *iura novit curiae*, se pronuncie señalando en el pertinente acápite de su resolución:

45. La Comisión considera que las alegaciones de los peticionarios, de ser probadas, podrían caracterizar una violación a los derechos garantizados en los artículos 4 y 25 de la Convención, en concordancia con su artículo 1(1) del mismo instrumento internacional. Asimismo, la Comisión nota que los peticionarios no alegaron violaciones de los artículos 21 y 8. La CIDH considera que no es necesario que las peticiones señalen todos y cada uno de los derechos supuestamente conculcados. A este respecto especialmente, y a la luz de la reciente jurisprudencia de la Corte⁹ sobre

⁹ “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni versus Nicaragua. Sentencia de Fondo de 31 de agosto de 2001.

el derecho de propiedad indígena, la Comisión concluye que las alegaciones de los peticionarios podrían caracterizar una violación a los artículos 21 y 8 de la Convención.

El paso dado aquí por la Comisión sería fundamental no sólo en la medida que reconocía el aspecto central al que se contraía la denuncia de la comunidad, sino que asumía ya en este primer paso y en su rol de Ministerio Público, el desafío de ir más allá del hito alcanzado con *Awás Tingni*, y discutir en esta oportunidad la protección del derecho de propiedad indígena a la luz de la Convención Americana no sólo respecto a aquellas comunidades que ocupan o tienen la posesión de sus tierras ancestrales o tradicionales, sino de aquellas que como en el caso de *Yakye Axa*, han sido víctimas del despojo histórico de sus tierras a través de los procesos de colonización y neocoloniales pergeñados en el proceso de conformación de los Estados Nacionales.

Adicionalmente, el caso *Yakye Axa* habría de llegar a la Corte IDH con un *plus* en su bagaje legal respecto al derecho indígena de propiedad tampoco abordado en *Awás Tingni*, cuál sería la íntima vinculación entre el disfrute de dicho derecho y el derecho a la vida. A todo ello, los representantes de las víctimas sumarían en forma autónoma la solicitud de que la Corte declare en el caso la responsabilidad internacional del Paraguay por incumplimiento de la garantía de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales afincado en el artículo 16 de la Convención.

Es en suma, en estas circunstancias fácticas y de alegatos legales en torno al caso, que *Yakye Axa* llega a la Corte IDH. Sin dudas este sólo hecho habría de ser histórico para los Pueblos Indígenas del Paraguay, pues de la mano del derecho internacional de los derechos humanos, dicho proceso judicial ubicaría a una comunidad de las más olvidadas del país, en un estrado donde discutir en pie de igualdad con el Estado, la inveterada exclusión y violación de sus derechos; pero por otra parte, era indudable que más allá de ello, muchas otras aristas de relevancia histórica se debatían en torno al caso, incluso de interés, no sólo para los pueblos indígenas del Paraguay sino del hemisferio, pues llegaba a las manos de la Corte Interamericana el momento de decidir sobre el derecho de los indígenas sobre aquello que les fue despojado a lo largo de siglos en el continente: sus tierras y territorios, y asimismo, sobre la obligación de los Estados de restitución.

Dicho esto, quisiéramos seguidamente pasar a comentar brevemente algunas de las decisiones de la Corte IDH en el caso y más precisamente, en aquello en que considero se han dado avances y retrocesos en materia de derechos indígenas, conforme el precedente más cercano al momento del fallo, la sentencia del caso *Awás Tingni*.

Tal como puedo observarse en el cuerpo de la Sentencia, en el presente caso la CIDH y los representantes de las víctimas alegaron ante la Corte que la comunidad indígena de *Yakye Axa*¹⁰ del Pueblo *Enxet Lengua*, en un número promedio de 57 familias¹¹ se halla asentada actualmente a la vera de la ruta Cnel. Rafael Franco (Km. 80 Aprox.), la cual une las localidades de Pozo Colorado con Concepción, Departamento de Presidente Hayes del chaco paraguayo. El Pueblo *Enxet* es un pueblo de cazadores, recolectores, horticultores y pastores, con una asociación a un territorio concreto, sobre el que han mantenido ocupación histórica.

En dicho sentido, el territorio tradicionalmente ocupado por el sub-grupo de los *Chanawatsan*¹² del Pueblo *Enxet*, que incluye a la comunidad *Yakye Axa* está aproximadamente comprendido entre el Río Paraguay (límite este), el Riacho Montelindo (límite sur), el Río Verde (al Norte) y una línea paralela al Río Paraguay hasta unos 70 kilómetros tierras adentro del Chaco. Esto hoy comprende las estancias de Loma Verde, Maroma, Ledesma, Yakukay, Loma Porá, Naranjito, Diana, Tamarindo y otras vecinas a esta. El *hábitat* propio de la comunidad *Yakye Axa* se asocia a las estancias Loma Verde, Maroma y Ledesma; las cuales cuentan en conjunto con una extensión aproximada de más de 60.000 hectáreas.

Respecto al despojo de dicho *hábitat*, a fines del siglo XIX comenzaron a llegar a la zona del chaco las primeras misiones de la iglesia anglicana, con el objeto de “atender a las necesidades de los nativos”. De acuerdo con el Informe Antropológico sobre la Comunidad *Yakye Axa* (Loma Verde) del Pueblo *Enxet Lengua* del Centro de Estudios Antropológicos de la Universidad Católica

¹⁰ Traducción: “Isla de Palmas”.

¹¹ En ejercicio del derecho de autodefinición, la Comunidad otorga membresía comunitaria a un total de 90 familias, cuya nómina se describe en un último censo.

¹² Traducción: “Los del río del Paraguay”.

“Nuestra Señora de la Asunción”, elaborado por el antropólogo Miguel Chase Sardi, los misioneros anglicanos sirvieron de punta de lanza a las empresas extranjeras y a los latifundistas particulares.

Como señala el mismo informe, a principios del siglo XX se inicia en el Chaco la colonización no indígena. Los misioneros anglicanos fueron estableciendo estaciones misioneras en las aldeas indígenas *Enxet* donde encontraban receptividad. A medida que los anglicanos, a partir de un trato paternalista hacia los indígenas, lograron consolidar misiones en las aldeas elegidas, dieron una mayor seguridad a los colonos para avanzar sobre el territorio indígena. Estos, a su vez fueron fraccionando los terrenos y levantando estancias. El antropólogo Miguel Chase Sardi señala que la estrategia de establecer centros misioneros para volver sedentarios a los indígenas *nómadas e incivilizados*, fue una estrategia de control social y dominación, funcional a los intereses del capital extranjero en el Chaco.

Los misioneros no solo cristianizaron a los indígenas persiguiendo su cosmovisión y prácticas rituales, sino trataron de reemplazar sus sistemas económicos –de explotación extensiva de los recursos naturales– y sociales –de movilidad y libre elección de residencia–, sistemas fundados en las características de los sistemas ecológicos y la pauta de poblamiento asociada a su sistema de relaciones sociales y políticas. En las misiones se buscaba, además, crear la dependencia de los indígenas hacia actividades asalariadas –peonaje y obraje– para convertirlos en mano de obra de las estancias y centros extractivos que se erigían. La estancia *The Pass*¹³ (actualmente Maroma), creada por los anglicanos –tal como describe el Sr. Miguel Chase Sardi en su informe antropológico– en la zona de los *Chanawatsan*, tenía como fin convertirse en un centro industrial de la misión, atrayendo a la numerosa población, entre la que se encontraban los antecesores directos de la comunidad *Yakye Axa*.

Después de Maroma, otras estancias se levantaron y el territorio de los *Chanawatsan* se enajenó y fraccionó entre cada vez más titulares no indígenas. Otras circunstancias tales como las epidemias

¹³ Ver Anexo 31 de la demanda de la CIDH, “Missionary Society’s Report”, páginas 21 y 22, en referencia al antecedente indígena de este lugar y el Anexo 21, páginas 21 a 24; así como en el Anexo 4 (e) de esta presentación autónoma: extractos de Gran Chaco Calling por Meredith H. Gibson, 1934, página 63.

traídas por los colonizadores (viruela, sarampión, etc.) volvieron aún más vulnerables a los indígenas y los condicionaron a vivir bajo las reglas de las nuevas estancias y sus propietarios. Es así que cuando se establece la Estancia Loma Verde (comprensiva del área reivindicada por *Yakye Axa*), los indígenas *Enxet* fueron obligados a ubicar su aldea cerca del casco del establecimiento, a fin de disponer de ellos como mano de obra barata en un régimen de dominación casi feudal. En tal sentido, menciona el ya señalado informe antropológico de Chase Sardi, que gran parte de la infraestructura de la Estancia Loma Verde fue construida por indígenas de la Comunidad *Yakye Axa* casi gratuitamente.

En la medida que las estancias fueron levantando sus alambrados y fijando sus cascos, los libres ocupantes de estas tierras –en este caso los *Chanawatsan*– vieron restringirse poco a poco la libertad de determinación de sus aldeas y de sus mismas actividades de subsistencia. Muchos cascos de estancias y retiros se levantaron en lugares de antiguas aldeas indígenas, (abundantes nombres de la geografía chaqueña –*Toldo kue*: antigua toldería, *Toldo'i*: pequeña toldería– testimonian este hecho) y los indígenas tuvieron que fijar sus residencias al costado del casco de las estancias. Muchas aldeas fueron dispersadas o inclusive masacradas cuando los indígenas se negaron a someterse a los emergentes patrones. Ejemplo de lo anterior es que en el año 1909, el Rvdo. Hunt menciona la masacre de una aldea completa de los *Chanawatsan* por represalia a supuestos hechos de abigeato cometidos por indígenas. Estas circunstancias obligaron a un gran número de indígenas, ubicados ya en los cascos de las estancias, a trabajar para ellas en penosas condiciones, situación que persiste hasta nuestros días, como en el caso concreto de la gente de *Yakye Axa*.

La guerra del chaco entre Bolivia y Paraguay (1932-1935), la presencia de las industrias tanineras sobre el río Paraguay, la consolidación de estancias, las misiones y la nación menonita en el centro del Chaco, marcan el definitivo despojo territorial de los *Enxet* (al igual que los otros pueblos chaqueños), a mediados del siglo XX. Durante este proceso progresivo de expulsión de los indígenas de sus tierras, concentración en pequeñas áreas adquiridas por misioneros o cedidas “en uso” por el Estado, y/o asentamiento en la periferia de poblaciones urbanas, el Estado paraguayo nunca reconoció los derechos indígenas territoriales preexistentes y la justicia de su restitución o al menos de su reparación.

En este marco y en la década del 50 y posteriores, los *Enxet* fueron la mano de obra barata de los grandes latifundios del Bajo Chaco y de los obrajes tanineros de la ribera del río Paraguay, en este tiempo ya en decadencia. La difícil situación hace que a principios de los años sesenta, los indígenas (*Nivaclé*, *Guaraní* y *Enxet*) marchen por Filadelfia, centro de la Colonia Menonita Ferheim. En las colonias menonitas, de creciente industrialización, los salarios también eran muy bajos y sólo contaban con campamentos urbanos de unas pocas hectáreas. Allí empieza el reclamo de mejores salarios y tierras para cultivar.

Durante esa misma década, la comunidad *Yakye Axa*, aún asentada en sus tierras ancestrales en la estancia Loma Verde, renovó sus vínculos con la Misión Anglicana, se construyó un templo de palmas cerca del casco actual de la estancia y un indígena incluso fue ordenado pastor de dicha iglesia. A finales de los 70 e inicios de los 80 varias comunidades *Enxet* empiezan a ejercer una mayor presión sobre los anglicanos –su principal referente con la sociedad envolvente, dada la nula presencia del Estado en el Chaco– para mejorar sus condiciones de vida dentro de las estancias y en la Colonia Makxawaiya, asiento central de la Misión Anglicana en el chaco desde comienzos del siglo XX. Fue en ese entonces cuando fueron adquiridas dentro del Dpto. de Presidente Hayes, aparte de la citada colonia, tierras para otras tres más: El Estribo, Sombrero Pirí y la Patria, totalizando unas 45.000 hectáreas.

Para 1985, los indígenas de *Yakye Axa* padecían una situación de explotación laboral extrema junto a maltratos y hostigamientos en la Estancia Loma Verde y la Iglesia Anglicana procedió a su traslado a la colonia El Estribo, cuyas tierras fueron adquiridas dicho año. Desinformados, violentados y empujados por la situación difícil que vivían, en 1986 la comunidad es asentada transitoriamente en dicha Colonia. Sin embargo, otras comunidades asentadas en estancias privadas, migraron también a las nuevas colonias anglicanas, buscando un mayor bienestar material y autonomía política. En poco tiempo, la colonia El Estribo se encontró sobrepoblada y las tierras se volvieron absolutamente insuficientes y se agotaron sus recursos naturales. Aunque los indígenas de *Yakye Axa* se esforzaron mucho para vivir de la tierra de El Estribo, sus cultivos producían poco, la gran mayoría de sus animales domésticos morían y tenían que continuar trabajando fuera de la colonia recibiendo sueldos bajos. Por otra parte, nunca abandonaron su deseo de volver a sus tierras

ancestrales, lo cual se testimonia en la solicitud de la personería jurídica de El Estribo, donde se especifica que los mismos consideraban su estadía en dicho lugar como transitoria y que querían volver a su tierra de ocupación tradicional.

Como resultado, y después de evaluar las posibilidades legales que brindaba la nueva Constitución Nacional del año 1992 en materia de derechos indígenas, formalmente el 13 de octubre de 1993, presentaron ante el Estado la reivindicación de sus tierras y en 1996 la comunidad decide abandonar El Estribo y retornar a su antiguo *hábitat*. A su retorno se les impidió su entrada a la estancia Loma Verde y se les prohibió realizar sus actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, por lo que la Comunidad se asentó a la vera de la ruta Cnel. Rafael Franco (Km. 80 Aprox.), la cual une las localidades de Pozo Colorado con Concepción, Departamento de Presidente Hayes, donde actualmente se encuentra viviendo a la espera de la restitución de sus tierras ancestrales. En dicho lugar las condiciones de vida de la Comunidad son altamente degradantes. Expuestas a la contaminación de la vía pública, no cuentan con agua potable, carecen de recursos alimentarios y no tienen asistencia en salud. En este contexto, con fecha 23 de junio de 1999, el Estado de Paraguay emitió el Decreto Presidencial N° 3789/99, declarando en estado de emergencia a la Comunidad y ordenó la provisión de atención médica y alimentaria a las familias integrantes de las Comunidad, mientras durara el proceso para la restitución de su *hábitat* tradicional.

No obstante dicho Decreto, sus disposiciones no fueron cumplidas y al momento de la demanda ante la Corte y desde el año 1996, dieciséis miembros de la Comunidad fallecieron debido a causas originadas en las malas condiciones de vida y falta de asistencia médica.

Hemos visto hasta aquí sucintamente los extremos de la demanda introducida ante la Corte, que como puede observarse, gira en torno a un solo eje dialéctico que parte del ilícito conformado por el despojo de las tierras de la comunidad por actos y omisiones continuadas del poder público; la obligación emergente de reparación, todo en antítesis con el marco jurídico Estatal.

Respecto a esto, la Corte en materia del derecho a la propiedad si bien dio por probado en general los hechos alegados, su análisis estuvo centrado en la falta de respuesta del Estado al reclamo legal

de las tierras de la comunidad (1993) junto a sus consecuencias sobre la vida de sus miembros. Es decir que en el presente caso, el Tribunal no se abocó al examen de uno de los aspectos centrales de la acción planteada, cual es el despojo de las tierras de la comunidad y ha encontrado por tanto responsabilidad internacional del Paraguay respecto al derecho de propiedad, solo y en cuanto no ha aplicado convenientemente su propia legislación.

En tal sentido, la Corte ha sostenido *ad literam* que,

140. (...) en el presente caso no se discute la existencia del derecho de los miembros de las comunidades indígenas, específicamente de la Comunidad *Yakye Axa*, a sus territorios, en el entendido de lo que la tierra significa para sus miembros, ni se discute el hecho que la caza, pesca y recolección sea un elemento esencial de su cultura. Hay un consenso entre las partes respecto de la normativa interna que consagra los derechos territoriales de los miembros de las comunidades indígenas. Lo que está en discusión es la realización efectiva de estos derechos.

141. Como ya fue señalado, Paraguay reconoce el derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, pero, en el presente caso, la Corte debe determinar si lo ha hecho efectivo en la realidad y la práctica.

En este orden, agrega el Tribunal que,

(...) está probado (*supra* párr. 50.24) que los miembros de la Comunidad iniciaron desde 1993 los trámites establecidos en la legislación interna para la reivindicación de los territorios que reclaman como propios, sin que hasta la fecha sus derechos territoriales hayan sido materializados. En efecto, el Estado en su contestación a la demanda “reconoc[ió] que por circunstancias de hecho y de derecho no ha podido satisfacer este derecho hasta la fecha” .

Tal como hemos dicho y puede observarse, la Sentencia aborda el caso desde la perspectiva de la ineffectividad de los recursos intentados y la intangibilidad del derecho material estatal, no así desde el artículo 21 de la Convención; es decir, omite decidir si la comunidad fue víctima de la privación de sus tierras y en consecuencia, también se escinde del razonamiento del fallo, la cuestión relativa a la reparación histórica de los derechos de propiedad y posesión indígena sobre sus tierras. Ésta es sin duda la

hipótesis de fallo más conservadora que en algún momento quienes litigamos el caso habíamos manejado, dado que era claro que el caso arrastraba tras sí un debate altamente polémico política y jurídicamente –la restitución de tierras indígenas ocupadas hoy por terceros terratenientes–, y que una solución que abordara francamente la cuestión en términos de propiedad usurpada, podría avivar las demandas de restitución indígena, que si bien para el Paraguay no revestiría mayor complejidad, en casos como México, Bolivia o Ecuador, por dar un ejemplo, el mayor peso de la cuestión indígena a su interior sería directamente proporcional a una mayor resonancia en el sentido expuesto.

Pero aún así, el carácter conservador de la Sentencia que hemos señalado, no radica sólo en el modo en que la Corte ha desatado la litis, sino adicionalmente en el reenvío que ha hecho a la jurisdicción interna de parte del contenido pretensional que se ha exhibido ante ella, al disponer que:

215. (...) a la Corte no le compete determinar cuál es el territorio tradicional de la Comunidad indígena Yakye Axa, pero sí establecer si el Estado ha respetado y garantizado el derecho a la propiedad comunal de sus miembros, como en efecto lo ha hecho en la presente Sentencia (supra párrs. 123 a 156). Por la razón anterior, corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras, de conformidad con los párrafos 137 a 154 de la presente Sentencia.

217. Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario.

Conforme puede leerse en los párrafos antecedentes, la Corte ha dejado fuera de sus manos el restablecimiento de la situación jurídicamente infringida en el caso, cuál es el dominio legal de la comunidad sobre sus tierras de propiedad consuetudinaria, remitiendo el asunto a manos de la jurisdicción interna del Paraguay,

lo que bien pudiera parecer un rotundo despropósito, si consideramos no sólo la demostrada ineffectividad de los mecanismos legales paraguayos para hacer efectivo el derecho conculcado, sino además el plazo otorgado para tal menester: tres años. Debe considerarse aquí sobre este plazo en particular, que ha sido la misma Corte la que ha establecido la violación de los artículos 8 y 25 leídos en conjunto por exceder el tiempo de la reclamación ante la jurisdicción interna –más de doce años de reclamación– todo plazo razonable. Y es sin embargo la misma Corte la que no hesita en adicionar a este lapso que ha encontrado violatorio de la convención, una extensión adicional de tres años, ignorando además su propio precedente, el caso de *Awás Tingni*, en el que el plazo otorgado a Nicaragua para demarcar las tierras, ha sido de sólo 15 meses: “164 . (...) como consecuencia de las violaciones señaladas de los derechos consagrados en la Convención en el presente caso, la Corte dispone que el Estado deberá proceder a delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad *Awás Tingni*, en un plazo máximo de 15 meses, con la plena participación, y tomando en consideración el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de la Comunidad”.

No es esto lo único que pudiera observarse como discordante con el fallo anterior de la comunidad del pueblo *Mayagna Sumo*. Si bien pudiera pensarse en el contexto del fallo de *Yakye Axa*, que el plazo de tres años al Estado por sí mismo es contradictorio como hemos dicho, es más contradictorio aún que la Corte no haya dispuesto ninguna medida de carácter tutelar sobre el bien jurídico en disputa a fin de que no sufra alteraciones de hecho y de derecho en el transcurso de este tiempo, que frustren la pretensión de la comunidad. Y esto sin embargo la Corte sí lo ha hecho en el caso de *Awás Tingni*, donde el *periculum in mora* podría haberse evaluado como de mucha menor intensidad dado que la comunidad se encontraba en posesión de sus tierras. Así, la Corte dispuso en dicho caso que, “164. (...) mientras no se hayan delimitado, demarcado y titulado las tierras de los miembros de la Comunidad, Nicaragua se debe abstener de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad *Awás Tingni*”.

Debe tomarse en consideración respecto a *Yakye Axa*, que las posibilidades de turbación de la *res litis* se cohonestan con el largo precedente de transferencias de las tierras reivindicadas entre personas de poder político y económico en el Paraguay e incluso en la banca *off shore*, y con la acelerada transformación física del inmueble en cuestión en los últimos años por quienes se hallan a cargo de su explotación. Esto en su conjunto debería como hemos dicho, haber ameritado algún tipo de medida de la Corte como la dispuesta en *Awás Tingni*, sobre todo porque también en otra arista que lamentar, el mismo Tribunal ha abierto las puertas para que el Estado provea a *Yakye Axa* otras tierras distintas a las reivindicadas, lo cual bien podría simplemente acelerar las condiciones de la inexpropiabilidad del bien reclamado. Así, la Sentencia señala que: “Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad *Yakye Axa* no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad”.

Otro motivo de preocupación a que da lugar la Sentencia en conexidad con lo ya dicho, es el relacionado con las reformas al orden jurídico interno a las que la Corte no ha dado plazo, pero que sin embargo son vitales para dar cumplimiento a la misma resolución del tribunal de caras a la restitución de su propiedad a la comunidad. La Corte ha dispuesto en tal sentido que,

225. (...) es necesario que el Estado garantice el goce efectivo los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.

Debe pensarse que todo esto podría haber sido en su conjunto motivo de una demanda de interpretación y conforme la información

disponible ha sido así, aunque no disponemos de los términos en que ha sido entablada. Estimamos que a luz de las debilidades que hemos visto en este caso, mucho dependerá del tenor de la nueva demanda y la resolución que dicte nuevamente la Corte, para dar alguna certeza a la Comunidad *Yakye Axa* de que la Sentencia que la favorece no ha sido solo un acto de vindicación moral, sino de restitución integral.

Quisiéramos por último no dejar de mencionar que no encontramos razón a la falta de pronunciamiento de la Corte en relación a la violación del artículo 26 de la convención que ya hemos brevemente indicado. Tal como señala la Sentencia de *Yakye Axa*,

204. (...) la Corte toma nota que el Estado se allanó parcialmente a la pretensión de los representantes de las víctimas respecto de la garantía de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, pero con la salvedad de que ello se ve sensiblemente afectado por las limitaciones propias del Paraguay en su condición de país de menor desarrollo relativo y por las inequidades del comercio internacional.

Creemos que en este caso, como cualquier resolución judicial, la Corte tiene el deber de pronunciarse sobre el contenido pretensional elevado a su conocimiento, y con más razón cuando media allanamiento más no sea parcial, como ésta misma reconoce en su exordio más no en sus extremos resolutivos. Sino fuera así, al menos el Tribunal debería haber expuesto el razonamiento que la ha llevado a desestimar parte de la acción sin que medie excepción procesal.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(2004-2006)

Thomas Buergenthal
Presidente Honorario

Sonia Picado
Presidenta

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

María Elena Martínez
Vicepresidenta

Mayra Alarcón Alba
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Allan Brewer-Carías
Marco Tulio Bruni-Celli
Gisèle Côté-Harper
Margaret E. Crahan
Mariano Fiallos Oyanguren
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
Claudio Grossman
Juan E. Méndez
Sandra Morelli Rico
Pedro Nikken
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Máximo Pacheco Gómez
Mónica Pinto
Hernán Salgado Pesantes
Wendy Singh
Cristian Tattenbach

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Clare Kamau Roberts
Paulo Sérgio Pinheiro
Evelio Fernández Arévalos
Freddy Gutiérrez Trejo
Florentín Meléndez
Paolo G. Carozza
Víctor E. Abramovich

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sergio García Ramírez
Alirio Abreu Burelli
Oliver Jackman
Antônio A. Cançado Trindade
Cecilia Medina Quiroga
Manuel E. Ventura Robles
Diego García Sayán

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.