



Juan Carlos Martínez M.
José Regalado Gutiérrez
Rosembert Ariza Santamaría
Guillermo Padilla
Aresio Valiente

ELEMENTOS Y TÉCNICAS DE PLURALISMO JURÍDICO

MANUAL PARA OPERADORES DE JUSTICIA

Coordinadores

Juan Carlos Martínez
Christian Steiner
Patricia Uribe Granados

PRUJULA

Grupo por el Pluralismo Jurídico en Latinoamérica



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

ELEMENTOS Y TÉCNICAS DE PLURALISMO JURÍDICO

MANUAL PARA OPERADORES DE JUSTICIA

Rosembert Ariza
Juan Carlos Martínez
Guillermo Padilla
José Regalado
Aresio Valiente

ELEMENTOS Y TÉCNICAS DE PLURALISMO JURÍDICO

MANUAL PARA OPERADORES DE JUSTICIA

Coordinadores

Juan Carlos Martínez
Christian Steiner
Patricia Uribe



PRUJULA
Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina

© 2012 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23
D-10785 Berlín
República Federal de Alemania
Tel.: (+49-30) 269 96 453
Fax: (+49-30) 269 96 555
www.kas.de

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER,
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
Río Guadiana No. 3 Col. Cuauhtémoc México, DF.
C.P. 06500 México
Tel.: (+52 55) 5566 4511
Fax: (+52 55) 5566 4455
derecho.mexico@kas.de.
www.kas.de/rspmx
Twitter: KASiusLA
Facebook: KAS | Formando Justicia en América Latina

Editor Responsable

Christian Steiner

Coordinación

Juan Carlos Martínez
Christian Steiner
Patricia Uribe

Asesores y revisores

Víctor Bazán
Marcelo Bonilla
Cécile Lachenal
Javier La Rosa Calle
Sarela Paz
Farit L. Rojas Tudela
Oswaldo Ruiz

La presente publicación ha sido elaborada con la asistencia de la Unión Europea. El contenido es responsabilidad exclusiva de sus autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea.

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el punto de vista de los editores.

Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la referencia bibliográfica respectiva.

Tabla de contenidos

Prefacio	7
Semblanza curricular de los colaboradores	9
Siglas	13
Introducción	15
Casos prácticos	21
Caso de oposición de principios constitucionales	21
Caso de María	22
Sancha la “traficante”	24
Bases para la resolución de los casos	25
La Jurisdicción	25
I. La libre determinación como precondición de la jurisdicción	25
II. La jurisdicción indígena como acceso a la justicia	29
III. Derecho a la jurisdicción indígena	30
IV. El respeto del derecho a la jurisdicción	33
V. Distribución de competencias y la articulación de los sistemas indígena y estatal	35
VI. El ejercicio de la jurisdicción indígena desde la perspectiva de los DDHH	39
Derecho Aplicable	43
I. Derecho aplicable a partir de las normas internacionales	43
II. Derecho aplicable en las normas nacionales y límites materiales	44
III. Reconocimiento material del derecho propio o sistemas normativos indígenas	56
IV. Elementos de ponderación e interpretación	59
V. Ejemplo de ponderación	61
VI. Bibliografía consultada	62

Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas	63
I. La dimensión intercultural	63
II. El acceso a la justicia en los instrumentos internacionales	64
III. Acceso a la justicia y jurisdicción indígena	67
IV. Derecho a la defensa técnica y traductor	68
V. Peritaje cultural y peritaje jurídico-antropológico	71
VI. Acceso a la justicia de la víctima indígena	73
VII. Acceso a la justicia de las mujeres indígenas	74
VIII. Principios de coordinación, complementariedad e interculturalidad para el acceso de los indígenas a la justicia	75
IX. La experiencia panameña	77
Aplicación práctica del principio de legalidad y debido proceso en contexto de interculturalidad	79
I. Reflexiones previas. Casos prácticos	79
1. Caso No. 1: Oposición de principios constitucionales	79
2. Caso No. 2: Debido proceso en un contexto de interculturalidad	79
II. Debido proceso y principio de legalidad en perspectiva intercultural	83
III. Elementos para una aproximación al caso de Totonicapán, Guatemala ..	89
IV. El debido proceso en el contexto del derecho internacional	95
De las sanciones y las penas en la justicia indígena	98
I. Introducción	98
II. La justificación de la pena en la jurisdicción indígena	99
III. La naturaleza de las penas en el sistema indígena	102
1. Tipos de sanciones en la jurisdicción indígena	103
2. Las penas y la justicia restaurativa	104
III. De las penas y sanciones y sus límites en los DDHH	106
IV. La legislación comparada y los sistemas de sanciones	107
V. Lectura recomendada	110
Bibliografía	111
Anexo. Cuadro de legislación comparada	117
Índice temático	135

Prefacio

Estamos presenciando una fase de asidua actividad investigadora sobre los aspectos más diversos del pluralismo en América Latina, desde la antropología, filosofía, sociología, el derecho y las ciencias políticas. Paulatinamente estos trabajos de la academia se están traduciendo en políticas públicas que responden a las reivindicaciones de organizaciones civiles por reconocer la realidad socio-histórica y cultural. Las reformas constitucionales y legislativas, que en la mayoría de los Estados latinoamericanos podemos observar desde el avance de la democracia y de los derechos humanos a finales del siglo pasado, dan fe de la voluntad política de adecuar el marco jurídico.

En la práctica, la implementación de preceptos programáticos y normativos genera dificultades. La convivencia de cosmovisiones y valores diversos conlleva conflictos sociales, políticos y económicos, más aún cuando las relaciones entre los descendientes de los pueblos originarios y de los colonizadores soportan una pronunciada carga histórica. Los Estados plurinacionales se enfrentan a una compleja tarea de redefinir sus democracias dentro del marco de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este proceso, las concepciones del Estado construidas durante siglos (muchas veces sin la debida participación de los pueblos originarios) chocan con algunas demandas de la plurinacionalidad. Por ello, la configuración de soluciones innovadoras y funcionales, requiere una alta capacidad de diálogo, respeto mutuo y creatividad de las sociedades del continente.

En el ámbito jurídico y judicial, los retos para el operador, sea la autoridad indígena, el juez, fiscal o funcionario público, no son menores. Con algunas excepciones, las pautas aún provienen mayoritariamente de las esferas internacionales o constitucionales. Los primeros intentos de transposición en legislación ordinaria son pioneros y tendrán que demostrar su funcionalidad en la práctica judicial. Algunos altos tribunales del continente, especialmente la Corte Constitucional de Colombia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han marcado el rumbo en cuestiones delicadas de delimitación de competencias y la universalidad de los DDHH.

En este entorno sumamente dinámico, el operador jurídico está llamado a proveer justicia. Cuando en tiempos pasados su labor era más formalista, aplicando legislación ordinaria, frecuentemente excluyente, hoy en día tiene no solamente la obligación sino además la oportunidad de dar justicia en un marco normativo más acorde con la realidad humana del continente. Esta labor requiere flexibilidad mental, compromiso, ética profesional y, desde luego, conocimiento del derecho y de la metodología oportuna para aplicarlo en este ambiente retador.

El presente Manual busca orientar al operador —desde una perspectiva comparada— en cuanto al marco jurídico aplicable. Establece directrices para resolver los conflictos que se suscitan a partir de la coexistencia entre la justicia estatal y la indígena.

El Manual parte de varios casos hipotéticos que recogen situaciones típicas del pluralismo jurídico. A partir de estos supuestos, el manual recorre diferentes aspectos problemáticos, aportando criterios relevantes provenientes de la normativa y jurisprudencia comparada nacional e internacional. En este sentido pretende facilitar la práctica del pluralismo jurídico en una visión regional, para que, mediante un diálogo de los operadores de los diferentes países del continente, se vayan perfilando soluciones justas.

Esta es la primera edición del Manual sobre Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico en América Latina. La intención de los autores, colaboradores y coordinadores, todos ellos miembros de o cercanos al Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina auspiciado por el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, es la de actualizar regularmente esta obra como instrumento práctico con una sólida base académica doctrinal. Solicitamos el generoso apoyo de nuestros lectores, quienes mediante su crítica y aporte de experiencias propias, nos apoyen en el enriquecimiento de esta herramienta.

Agradezco profundamente a los autores de la obra su dedicación, a los colaboradores su invaluable apoyo, y a los colegas coordinadores su confianza en el proyecto y enorme esfuerzo para llevarlo a buen fin.

CHRISTIAN STEINER

Director

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica

Fundación Konrad Adenauer

Semblanza curricular de los colaboradores

Rosembert Ariza Santamaría (Colombia). Abogado, doctor en sociología jurídica, profesor e investigador en temas de administración de justicia, jurisdicción indígena, Justicia de paz y MASC. Miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica y de PRUJULA. Defensor de DDHH y de los derechos de los pueblos indígenas. Actualmente es profesor de la Universidad Nacional de Colombia y de la Universidad Santo Tomás sede Bogotá.

Víctor Bazán (Argentina). Profesor Titular de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Cuyo (San Juan, Argentina). Fundador y actual Director del Instituto de Derecho Constitucional, Procesal Constitucional y DDHH de la misma Facultad. Profesor de Posgrado de diversas Universidades de Argentina y el extranjero. Miembro del Grupo “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales”, Centro de DDHH de la Universidad de Chile y Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

Marcelo Bonilla (Ecuador). Doctor en Antropología Social, Universidad - Rovira i Virgili, Tarragona - España. Diploma de Estudios Avanzados en Comunicación y Humanidades, Universidad Ramon Llull, Barcelona - España, 2006. Diploma de Estudios Avanzados en Antropología Social, Universidad Rovira i Virgili, 2003. Magíster en Antropología, FLACSO - Sede Ecuador, 2003. Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), 1993. Actualmente Profesor-Investigador y Decano de la Escuela de Constitucionalismo y Derecho (ECYD) del Instituto de Altos Estudios Nacionales - Ecuador. Decano de la Escuela de Gobierno y Administración Pública del Instituto de Altos Estudios Nacionales IAEN, Marzo de 2010 - Julio de 2011.

Cécile Lachenal (Francia). Doctora en Derecho Pú blico (IHEAL-Sorbona Nueva Paris 3). Ha sido consultora de la OACNUDH en el proyecto de Acceso a la Justicia de los pueblos Indígenas en Oaxaca, y de organizaciones de DDHH. Actualmente es

Coordinadora Académica de Fundar, Centro de Análisis e Investigación y colabora en proyectos de investigación sobre Acceso a la Justicia de mujeres e indígenas.

Javier La Rosa (Perú). Abogado y Magíster en Relaciones Laborales por la Pontificia Universidad Católica. Profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la misma casa de estudio. Actualmente forma parte del Instituto de Defensa Legal (IDL) y del Consorcio Justicia Viva.

Juan Carlos Martínez M. (México). Académico y activista de DDHH. Licenciado en Derecho y doctor en Antropología Social, es profesor investigador del Centro de Investigación y Estudios Superiores en Antropología Social (CIESAS Pacífico Sur). Ha sido consultor de organizaciones de la sociedad civil, entidades gubernamentales y organismos internacionales en diversos países de América Latina sobre temas relacionados con los DDHH de los pueblos indígenas. Miembro de RELAJU, PRUJULA y del Sistema Nacional de Investigadores en México.

Guillermo Padilla (Colombia). Doctor en Estudios Latinoamericanos con énfasis en Antropología Jurídica de la Universidad de California en Berkeley y es miembro activo del CIESAS desde el 01 de agosto de 2010, desarrollándose en la línea de investigación de: Antropología Jurídica y DDHH y en la línea de: Legislación internacional y pueblos indígenas. Además de colaborar en el CIESAS pertenece a la Red Latinoamericana de Antropología jurídica (RELAJU) y PRUJULA. Actualmente dirige el estudio comparativo Consulta previa, autonomía y legislación internacional, que incluye Oaxaca, Guatemala y Colombia.

Sarela Paz (Bolivia). Doctorado y maestría en Antropología Social, por el Centro de Investigaciones y Estudios Superiores (CIESAS), socióloga por la Universidad Mayor de San Simón (UMSS), Cochabamba-Bolivia. Ha participado en estudios especializados en sociología, Ciencia Política, pluralismo jurídico; antropología política, medio ambiente y desarrollo sostenible. Desde 1996, ha sido docente titular y ha participado en diversos diplomados. Ha asumido la coordinación de proyectos y asesorías sobre política indígena y ha participado como experta en diversas mesas redondas y talleres sobre diversidad cultural.

José Regalado Gutiérrez (Perú). Coordinador Técnico del Programa de Acceso a la Justicia en Comunidades Rurales del Poder Judicial en el Perú. Abogado y consultor especializado en DDHH, justicia y pueblos indígenas, miembro de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica y de PRUJULA.

Farit L. Rojas Tudela (Bolivia). Abogado y filósofo con maestría en epistemología, gestión gubernamental e investigación social. Trabajó en la Representación Presidencial a

la Asamblea Constituyente como Investigador Senior en el área Constitucional. También se desempeñó en el Defensor del Pueblo y el Gobierno Municipal de La Paz como consultor en aspectos constitucionales. Actualmente es investigador y docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana y Coordinador del Proyecto Enciclopedia Jurídico Constitucional. Ha publicado varios libros acerca de temas constitucionales y pluralismo jurídico.

Oswaldo Ruiz (Ecuador). Oswaldo Ruiz Chiriboga (Ecuador). Máster (LL.M.) en DDHH y Justicia Criminal por la Universidad de Utrecht (Holanda); Máster (LL.M.) en Derecho Penal Internacional por la Universidad de Granada (España). Fue Abogado Senior de la Corte Interamericana de DDHH y Abogado Senior del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL). Actualmente es candidato doctoral (Ph.D.) por la Universidad de Gante (Bélgica) y miembro de PRUJULA. Su investigación doctoral se refiere a la justicia indígena en el Ecuador y su compatibilidad con los estándares internacionales de DDHH.

Christian Steiner (Alemania). Abogado (Berlin y Sevilla), doctor en Derecho por la Universidad J. W. Goethe de Frankfurt, egresado de las Universidades de Göttingen, Granada y Friburgo. Desde el 2009 dirige el Programa Estado de Derecho para LA de la KAS. Ha ejercido la abogacía en asuntos internacionales. Para la Comunidad Europea ha asesorado al Consejo Superior de la Justicia y Fiscalía de Bosnia y Herzegovina, donde también actuó como asesor jurídico en el Tribunal Constitucional y en la Oficina del Alto Representante de la Comunidad Internacional.

Patricia Uribe (México). Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, en donde se desempeña regularmente como profesora adjunta de la materia Derecho Internacional Público. Actualmente trabaja como investigadora y asesora jurídica en el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer. Ha participado en foros y seminarios sobre la reforma constitucional en DDHH, y publicado en el Anuario Mexicano de Derecho Internacional. Recientemente publicó en coautoría el libro “Derecho Internacional Público, una visión casuística” de Editorial Limusa.

Aresio Valiente (Panamá). Abogado kuna, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Cuenta con estudios superiores en Propiedad Intelectual, Métodos Alternos de Resolución de Conflictos y DDHH. Miembro fundador de la Alianza Ciudadana Pro Justicia y de la Asociación de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá. Miembro del FLACSO-Panamá, de Red Latinoamericana de Antropología Jurídica y de PRUJULA. Director Ejecutivo del Centro de Asistencia Legal Popular, CEALP-Panamá.

Siglas

BIJ	Bloque Intercultural Jurídico
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
DADIN	Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas
DDHH	Derechos Humanos
DNUDPI	Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
OIT	Organización Internacional del Trabajo (OIT)

Introducción

El presente Manual busca ofrecer a operadores de justicia, claves de interpretación jurídica, que faciliten el funcionamiento de las instituciones de justicia de manera compatible con la noción del Estado de Derecho, en sociedades multiétnicas, pluriculturales y multilingües. Durante las últimas dos décadas los países de América Latina han producido reformas constitucionales y han ratificado tratados y convenios internacionales, que implican una revisión profunda de sus sistemas jurídicos nacionales. Estos cambios implican también, la revisión de su historia y la aceptación del inocultable hecho de que son heterogéneos y plurales. En ellos coexisten culturas que se fundan en valores y principios que nos enriquecen como sociedades y nos retan a construir instituciones afines a esa diversidad.

Asumiendo esta perspectiva socio-cultural y una posición crítica frente a la configuración y el funcionamiento de las instituciones jurídicas existentes, el *Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina* (PRUJULA), auspiciado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, ha dedicado los últimos años a promover una mayor reflexión sobre la aplicación del pluralismo jurídico entre los tribunales del América Latina; convencidos de que el Poder Judicial tiene un importantísimo papel en las transformaciones esperadas a partir de dos décadas de reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas.

Este grupo está conformado por especialistas de diferentes disciplinas: juristas, antropólogos y filósofos del derecho, con amplia experiencia de trabajo en investigación, litigio y promoción de derechos en las regiones indígenas del Continente.

Desde su conformación ha desarrollado interpretaciones y metodologías de trabajo jurídico, que permiten pasar de los buenos deseos a la realización de derechos reconocidos ante los tribunales, algunos de los cuales son presentados en este instrumento de trabajo. Para los miembros de PRUJULA también ha sido un privilegio y una oportunidad de reflexión, los cursos y talleres que se han impartido a jueces y magistrados de diversos países del Continente. Sus dudas, debates, aportes, y contra-argumentos, son ya parte de este manual.

Aunque las presentes reflexiones pueden ser aplicadas en cualquier contexto judicial latinoamericano, los enfoques legales y las realidades planteadas parten del contexto de países con una fuerte presencia indígena: México, Guatemala, Ecuador, Perú, Bolivia, y países en donde la presencia indígena ha tenido un notable impacto jurídico: Panamá y Colombia.

Los miembros de PRUJULA entendemos por Estado de Derecho, aquel en el cual las instituciones, órganos y autoridades que lo constituyen, reconocen, aceptan y respetan los marcos legales que lo regulan, pero también que los marcos legales están aterrizados y son viables en los contextos nacionales y sub-nacionales¹ específicos. Para que el Derecho tenga la capacidad de regir la vida de una sociedad, además de vigente, debe ser eficaz, y no puede haber Derecho eficaz si no está enraizado en las culturas y formas de vida de la gente que se somete a su imperio. En este modelo toda acción, tanto de parte de la administración estatal como del conjunto de la sociedad, esta encuadrada en el marco definido por normas.

La experiencia en los últimos veinte años de reconocimiento legal de la justicia indígena en América Latina, particularmente a partir de la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha permitido que se conozca más sobre la práctica del derecho indígena, se valoren sus aciertos y se detecten sus deficiencias. Lo propio ha ocurrido respecto de la justicia formal, que a partir de la apertura de los Estados al aceptar una quiebra en el monopolio de la justicia, se ha producido una apertura para permitir un incremento de la participación ciudadana y comunitaria; se ha logrado que su práctica se desprofesionalice, buscando hacerla cercana a la gente y con ello se haga más pública y transparente. Estos nuevos modelos de justicia deben ser objeto de mayor escrutinio para así detectar sus oportunidades, deficiencias y omisiones.

El momento actual es de mayor circulación de información en todas las direcciones, tanto desde el Estado que puede percibir mejor las virtudes de la institucionalidad indígena, como los pueblos indígenas pueden comprender mejor el papel de los DDHH como parámetros definitivos de convivencia en el mundo contemporáneo. En algunas legislaciones se visualiza este sistema como una forma alternativa de justicia, mientras que en otros se reconoce como una expresión de la función pública y su carácter de corresponsabilidad con la justicia estatal. De la misma forma que expone sus debilidades, especialmente aquellas relacionadas

¹ Entendemos que en los distintos países de América Latina los conceptos *etnia, pueblo, Estado, nación, nacionalidad, multiculturalismo, interculturalidad, idioma, lengua y dialecto* son usados de manera distinta y cada uno tiene cargas semánticas e históricas que varían. En todos los casos, los conceptos aquí usados no tienen ninguna carga peyorativa, ni discriminatoria, pero quizás en algunos casos tampoco llevan la fuerza reivindicativa que les han dado algunos movimientos indígenas nacionales.

con elementos de los que conocemos como debido proceso y algunos métodos de castigo que pueden entrar en conflicto con los DDHH.

Esta situación es ventajosa tanto en dirección al fortalecimiento y la consolidación del Estado de Derecho, como a la práctica de la justicia indígena, que facilita a las autoridades y pueblos indígenas el acceso a estándares del derecho internacional y a las garantías que el derecho moderno ha generado y que son consideradas como patrimonio de la humanidad, y que pueden aportar al mejoramiento de la práctica de su propia justicia.

El Estado de Derecho deviene de aportes teóricos de Kant y junto con el principio de legalidad y el debido proceso, en la modernidad tienen su origen práctico en la revolución francesa. Estos principios surgen con el fin de garantizar y proteger el fuero ciudadano a través de un mínimo de garantías que facilite una recta aplicación de la justicia. Se aplica el principio de que todo ser humano frente a la justicia, goza de un mínimo de garantías que le posibiliten el acceso a un proceso previsible.

Lo que buscan estos principios, en síntesis, es limitar al Estado, que por su tamaño, complejidad y poder, se obliga a la existencia de normas y procedimientos que impidan y limiten posibles excesos u omisiones, que dañen al ciudadano considerado tanto individual como colectivamente. Con estos principios se establece la doble función de proteger los derechos, en forma individual o colectiva, tanto por parte del Estado que se ha obligado a hacerlo, como por parte del ciudadano y las comunidades a exigirlo y demandarlo, utilizando para ello las reglas del mismo Estado. Esta dinámica define precisamente al Estado de Derecho y es esencial para consolidar y mantener su legitimidad.

Lo descrito respecto al individuo frente al Estado, en un contexto más pequeño, el de las comunidades y los tribunales indígenas, da lugar a una práctica de relaciones más horizontales. La justicia comunitaria ha demostrado ser más accesible porque al ser pequeñas y manejables, sus instituciones son cercanas a las personas y es más fácil el consenso sobre los procedimientos y los resultados esperados. Pero sobretodo por que al hablar el Juez el mismo idioma y compartir valores y cultura, el acceso a la justicia esta mejor garantizado.

Algo que corroboran prácticamente todos los estudios sobre el tema de las prácticas propias de la justicia indígena, es que ésta se da en contextos lingüísticos y culturales que permiten procesos más abiertos, donde toda la comunidad tiene la opción de participar si lo desea. El hecho que estas formas de justicia tengan menos formalismos y hagan innecesaria la existencia de abogados, genera una mayor horizontalidad que facilita el equilibrio en la relación entre el tribunal y los sujetos indígenas.

Pero esto no siempre es así, y de hecho, en la práctica de la justicia indígena, también se presentan omisiones, abusos y excesos que reclaman el establecimiento

de mecanismos de coordinación con el Estado. Esta coordinación implica la subsistencia de sistemas legales indígenas dentro de un marco de respeto a la dignidad y DDHH, de manera que confluyan voces y miradas de esa diversidad que ahora es reconocida constitucionalmente.

En nuestro continente han existido básicamente dos posiciones respecto al desarrollo de mecanismos de coordinación entre sistemas de justicia: una que opta por el desarrollo legislativo, como la ley de deslinde que aprobó el Congreso de Bolivia en diciembre del 2010 y que ha generado una intensa polémica por la excesiva limitación a la justicia indígena, y otra por medio del resoluciones judiciales, como ha sido típicamente el caso colombiano. Esta experiencia ha mostrado las amplias posibilidades de esta vía, la justicia del caso concreto, donde las resoluciones y sentencias que se han producido, a menudo con el auxilio de peritajes culturales o antropológicos, han ido produciendo jurisprudencia y doctrina que constituyen un marco de coordinación, adecuado a las complejidades de la realidad. Colombia cuenta con una modalidad de pluralismo jurídico perfectible, pero que a la fecha ha posibilitado la existencia y coordinación de los diferentes sistemas de justicia, y que ha marcado un nuevo paradigma de pluralismo jurídico, con efectos trascendentales no sólo para la región, sino a un nivel más global.

Con los graves problemas de acceso a la justicia, impunidad, sobrecarga de los despachos judiciales, presos sin condena, un sistema penitenciario que genera más problemas que los que resuelve etc., los Estados deben aprovechar los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, para conformar una gobernabilidad democrática que tanto se echa de menos en nuestros países.

• • •

Este manual pretende contribuir al fortalecimiento del diálogo entre los diferentes sistemas de justicia. Estamos convencidos que es en la práctica de la coordinación, como mejor se interiorizan las bondades del actual marco que norma el modelo del Estado multiétnico, pluricultural y multilingüe. No es tanto la aprobación de leyes lo que cambia la sociedad y el Estado, como la apropiación y el empoderamiento de los derechos, que generan la emergencia de un nuevo tipo de subjetividad.

El manual plantea tres casos tipo, que se basan en realidades experimentadas con frecuencia en nuestros países y ponen en juego principios constitucionales arraigados en el pensamiento del jurista, así como las nuevas normas —principios constitucionales también— que reconocen derechos indígenas. Los casos intentan desafiar los planteamientos del monismo jurídico, e invitan a jueces y litigantes a mirar con ojos —y normas— nuevos temas, que *a priori*, están resueltos en su concepción jurídica tradicional. A partir de estos casos intentamos hacer un análisis sistemático de las posibilidades de interpretación que un juez puede tener frente a

los mismos. En atención a la diversidad de normas y sistemas jurídicos, estatales e indígenas, de cada país latinoamericano, las consideraciones son generales, nunca dogmáticas y en el mismo texto se ofrecen algunas variantes que pueden enriquecer el ejercicio.

Los casos plantean dos hechos de tipo penal con una serie de elementos que ponen en juego no sólo los bienes jurídicamente tutelados a los individuos y a la sociedad, sino también principios constitucionales como el reconocimiento del multiculturalismo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el debido proceso y la seguridad jurídica, que como veremos, pensados en clave intercultural, ponen al juez en la obligación de ponderar e interpretar las normas que aplicará al caso concreto.

En un sentido similar el tercer caso coloca al juzgador en el dilema de resolver una violación a la libertad de culto, frente a una violación a la autonomía indígena reconocida por las constituciones y los tratados internacionales que regulan la materia.

Después de leer los casos que ponemos a su consideración, el lector encontrará un capítulo por cada tema controvertido que plantea el caso, en donde se desarrolla la problemática de interpretación jurídica que sitúa el mismo, a la luz del pluralismo jurídico, y se ofrecen una o varias alternativas, siempre apegadas a los marcos normativos vigentes.

Así, el primer capítulo desarrolla el análisis de la jurisdicción, ¿quién está facultado para conocer qué asuntos bajo el prisma del pluralismo jurídico?, ¿cómo se deslindan competencias?, ¿cómo se coordinan los tribunales estatales frente a las instituciones indígenas?. Este apartado nos muestra los desafíos de los juzgadores del Estado para comprender los nuevos parámetros del pluralismo jurídico, y reflexiona sobre algunas salidas novedosas para asignar la resolución de conflictos a las distintas autoridades reconocidas constitucionalmente para este fin.

El segundo capítulo versa sobre el derecho aplicable ¿cómo aplicar la jerarquía normativa, el bloque constitucional, los tratados internacionales y la legislación reglamentaria o secundaria en cada caso planteado?. El capítulo ofrece al lector una ponderación de las distintas normas que se ponen en juego al presentarse casos en contextos multiculturales, y nos ofrece una perspectiva en que las resoluciones pioneras de la Corte Constitucional Colombiana, han trazado nuevos paradigmas de abordaje jurídico a dichos casos.

El tercer capítulo hace referencia a las dificultades de los indígenas para acceder a la justicia, los desafíos de la justicia ordinaria para incorporar las medidas recomendadas a nivel internacional, que permitan la inclusión de los pueblos a las instituciones de procuración y administración de justicia. Así mismo se reflexiona sobre los retos de la justicia indígena para incorporar a sus propios grupos excluidos. El capítulo sobre debido proceso parte de casos muy concretos para introducirnos

en los dilemas de lo admisible y no admisible en la impartición de justicia por parte de las autoridades indígenas, lo precario de las instituciones estatales frente a los desafíos que presenta la realidad de nuestros países, y las nuevas interpretaciones pluralistas e interculturales con que las instituciones estatales pueden acercarse a la realidad sin alejarse de sus marcos jurídicos.

El último capítulo nos permite reflexionar sobre las teorías de la pena y sus diferentes aproximaciones desde la filosofía del derecho, para ofrecernos interpretaciones válidas sobre los fines de la pena en el derecho indígena y compresión en aras de implementar el pluralismo jurídico. En el apartado se reflexiona también sobre los límites que imponen los DDHH y las claves para un diálogo intercultural entre los distintos sistemas jurídicos.

A lo largo del manual se ofrecen referencias y lecturas recomendadas para el lector que busque profundizar en el tema. En el desarrollo del manual los administradores de justicia y abogados litigantes, encontrarán que aún existen más preguntas que respuestas en relación a este tema, pero notarán la urgencia de dar nuevas respuestas a viejas realidades y encontrarán salidas novedosas y desafiantes al pensamiento jurídico tradicional.

Casos prácticos

Caso de oposición de principios constitucionales

En una comunidad indígena se suscita un conflicto alrededor de la práctica y el proselitismo religioso evangélico, por un sector de la misma, dentro de su territorio. En un principio la autoridad indígena prohíbe el ejercicio de la religión, sin embargo, el grupo evangélico, haciendo caso omiso a la decisión, continúa con su práctica, y procede a la construcción de un templo. Ante este hecho, las autoridades comunitarias deciden expulsar al grupo religioso. El sector afectado por la oposición de las autoridades tradicionales, demanda ante un juez que se garantice el ejercicio de la libertad de culto. Por su parte, las autoridades tradicionales alegan que los actos realizados por el sector evangélico, dentro de su territorio, amenazan la conservación de su diversidad cultural.

Preguntas:

1. *En razón de los actores, ¿qué tipo de juez es competente para resolver el conflicto?*
2. *¿Cómo podría determinarse el riesgo alegado por las autoridades tradicionales en el sentido de la amenaza que involucra, a la preservación cultural, el que se construya un templo, se haga proselitismo religioso, y se practique abiertamente el culto evangélico dentro del territorio indígena?*
3. *De concluirse que existe un riesgo a la preservación cultural de la comunidad, determine si existe una tensión en torno a la vigencia de los derechos.*
4. *En su caso, ¿cómo resolvería la contradicción generada entre el principio de la protección a la diversidad étnica y cultural, y la autonomía indígena, con el derecho a la libertad de culto?*

Caso de María

Pedro, miembro de una comunidad indígena, en compañía de un mestizo, Álvaro, residente en la comunidad, fuerzan su entrada en la vivienda de Juan, también miembro de la comunidad, a quien asesinan al fracturarle el cráneo con la ganzúa con la que habían forzado la puerta de la vivienda. Posteriormente, procedieron a violar a la señora María —de 28 años de edad—, esposa de Juan.

Pedro y Álvaro son apresados por guardias comunitarios, quienes los ponen a disposición de las autoridades tradicionales. Estas convocan a una asamblea comunitaria, donde participan las familias de los implicados y de las víctimas, así como la comunidad. En el curso de la misma, los detenidos dan su versión de los hechos y se escuchan las voces de todos los concurrentes y de la viuda María. En la asamblea los sindicados confiesan su participación y aceptan los cargos que formula María. Las autoridades tradicionales se reúnen y luego de una noche de deliberación, cumpliendo con la ritualidad propia de su derecho tradicional, resuelven sancionar a los confesos. La sanción impuesta consiste en una pena corporal (los bañan con pasta de ají y los dejan desnudos bajo el sol por un día entero). Más tarde les imponen una compensación de bienes equivalentes a unos seis mil dólares estadounidenses (\$ 6.000,00). Además, les imponen trabajo comunitario por 180 días (construcción de la casa comunal y la limpieza de espacios públicos de la población).

María, inconforme con la decisión de las autoridades tradicionales, acude ante el Ministerio Público y denuncia los delitos de violación de domicilio, acceso carnal violento y homicidio. El Ministerio Público decide formular cargos en contra de Pedro y Álvaro ante el Juez Penal.

Por otro lado, el mestizo Álvaro presenta un recurso de amparo ante el Juez constitucional, alegando que la pena corporal que le fue impuesta (baño con pasta de ají), viola sus derechos constitucionales.

Preguntas:

1. *El Juez Penal que conoce la acusación en contra de Pedro y Álvaro ¿debería declararse competente o incompetente para conocer el caso?*
2. *En caso de que el Juez Penal se declare competente, ¿cómo debería resolver el fondo de la cuestión?, ¿qué criterios debería seguir para verificar si la pena impuesta a los acusados, con la que María está inconforme, es la adecuada o no?, ¿cuál debería ser el procedimiento formal que el Juez debería seguir para resolver la cuestión (a quiénes debería llamar a declarar, qué diligencias debería llevar a cabo, etc.)?*

3. En caso de que el Juez Penal se declare incompetente y decida remitir la cuestión al Tribunal Superior, ¿cómo debería resolver la cuestión el Tribunal Superior?
4. El Juez Constitucional ante quien se interpuso el amparo a favor de Álvaro ¿debería declararse competente para conocer el asunto?
5. En caso que el Juez Constitucional se declare competente para conocer el amparo ¿cómo debería proceder?, ¿qué criterios debería utilizar para valorar si la pena impuesta (baño de aji) es o no conforme con el ordenamiento nacional?

Sancha la “traficante”

La indígena María Sancha, autoridad de uno de los pueblos indígenas del país, fue detenida el 17 de marzo del 2010, fuera del territorio indígena, por la policía nacional en posesión de 2 kilogramos de pasta base y un arma de corto alcance, sin el permiso formal estatal.

La policía la pone a disposición del fiscal, y éste la remite a la autoridad judicial competente.

Puesta a disposición del juez competente, las autoridades del pueblo indígena de María Sancha solicitan juzgarla conforme a su derecho propio, por considerar que al ser autoridad, su conducta agravó al mismo pueblo.

Por entrañar un conflicto de competencia, el tribunal de alzada determina que el caso debe ser conocido por el juez penal del Estado y no es competencia de la autoridad indígena.

Elementos particulares del caso:

La acusada acepta que la convencieron de transportar la pasta base. Argumenta también que estaba haciendo diligencias de su comunidad en la ciudad, y por el cargo que ostenta, éstos le exigieron portar el arma. Finalmente señala que desde siempre las autoridades de su comunidad portan armas.

Preguntas:

1. *¿Comparte la decisión emitida por el tribunal de alzada?. 2. Si la señora habla bien castellano, pero decidió hablar en su propio idioma, ¿qué debe hacer el juez?, ¿el juez se encuentra obligado a proveer un intérprete o traductor?, ¿qué características o requisitos deberá tener ese intérprete o traductor en su caso?*
2. *¿Cómo resolvería usted el caso?*

Bases para la resolución de los casos

La Jurisdicción

Juan Carlos Martínez

Cada uno de los **casos** expuestos implica un análisis sobre la jurisdicción, es decir ¿quién ejerce la potestad del Estado de aplicar la ley a un caso concreto? y ¿qué ley resulta aplicable en cada uno de estos casos? El tema de derecho aplicable será abordado en un capítulo posterior, por lo que iniciaremos explorando los límites y alcances de la jurisdicción indígena.

En uno de los casos presentados observamos hechos graves que son juzgados dentro de la comunidad indígena, en el tercero son hechos cometidos por una mujer indígena, fuera de su comunidad pero ostentando su papel de autoridad comunal y el primero refiere a derechos fundamentales que son puestos en cuestión dentro del ámbito de la comunidad indígena. Todos estos conflictos entrañan dilemas jurídicos que el pluralismo jurídico debe atender de manera distinta y novedosa en contraste con el monismo.

Una de las primeras preguntas que debemos hacernos es si en verdad existe una jurisdicción indígena, o dicho en otras palabras, si sus autoridades tienen la potestad de dirimir sus conflictos aplicando su propio orden público interno.

I. La libre determinación como precondición de la jurisdicción

Para entender la jurisdicción indígena como un derecho colectivo fundamental de los pueblos y comunidades indígenas, debemos partir del reconocimiento que hace el derecho internacional y la mayoría de las constituciones latinoamericanas de la existencia jurídica de estos pueblos, y con ello del derecho a la libre determinación y la autonomía de la que gozan. A partir de este primer reconocimiento vamos a encontrar legislaciones avanzadas en materia de pluralismo jurídico, como son la

colombiana, la ecuatoriana y la boliviana² y otras con un reconocimiento limitado a la jurisdicción indígena como son la peruana³, la guatemalteca y la mexicana. Posiblemente un carácter particular e intermedio lo encontramos en el pionero sistema de autonomías comarcales de Panamá.

La normatividad internacional ha establecido que “todos los pueblos del mundo tienen el derecho de libre determinación”, en virtud de este derecho “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”⁴. En cumplimiento de este derecho, en ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia. Al respecto, diversos trabajos jurídico-antropológicos han documentado que los pueblos indígenas del continente asumen en diferentes formas parte de las funciones que corresponden al Estado para el adecuado desarrollo de su vida pública, es decir definen un orden social interno, formas de apropiación y distribución de la riqueza que existe y se produce en sus territorios, así como procedimientos e instituciones que hacen funcional este orden. Así mismo, dirimen las controversias que surgen de la convivencia social.⁵

Lo anterior significa que las definiciones normativas, los procedimientos y las instituciones creadas por los pueblos indígenas, *pueden ser considerados como derecho* en un sentido amplio de la expresión. Sin embargo éste mismo fenómeno visto desde un ángulo positivista reducido, podría ser entendido como antijurídico.

Paulatinamente las perspectivas del positivismo jurídico van resultando anacrónicas frente a nuevas producciones del derecho como las normas de derecho internacional, y muchas de derecho interno, que reconocen la libre determinación y la autonomía de los pueblos indígenas. Dichas normas están reconociendo que esas prácticas tradicionales que los pueblos desarrollan y han desarrollado, para mantener la cohesión social y solucionar sus conflictos también son derecho y a esto llamaremos *pluralismo jurídico*. Estos avances en ningún sentido significan que los pueblos indígenas estén autorizados a separarse o desoír las reglas de sus

² Cabe destacar que la reciente Ley de Deslinde aprobada en Bolivia no es coherente con los avances logrados por su propia Constitución, pues acota de manera sustantiva los derechos reconocidos a estos pueblos para administrar justicia propia.

³ Contrariamente, en Perú el Poder Judicial ha iniciado un impresionante proceso de coordinación entre la justicia estatal e indígena, que indiscutiblemente lo ponen a la vanguardia en materia de pluralismo jurídico, a pesar de que su legislación no tiene alcances notables.

⁴ Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

⁵ Ver trabajos de Leopold Pospisil, Max Glukman, Laura Nader, Jane Collier, John y Jane Co-maroff, Javier Albó, María Teresa Sierra, Deborah Pool, Victoria Chenaut, Jacinto Ticona, Juan Carlos Martínez, Esther Sánchez, Milka Castro, Raquel Yrigoyen, Fernando García, Edgar Esquit, Rachel Sieder, André Hoekema, Guillermo Padilla, Carlos Durand y Carmen Cordero, entre otros.

propios Estados, pero sí significa que los Estados deben definir los ámbitos de competencia y los alcances del ejercicio de derechos colectivos que tiene los pueblos indígenas.

Diversas constituciones latinoamericanas, reformadas entre finales de la década de los ochenta hasta nuestros días, retoman la fórmula del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que señala que se debe entender como pueblos indígenas a:

[...] aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del paíss al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

Como consecuencia de este reconocimiento, los pueblos indígenas tienen derecho de controlar sus instituciones propias, así como su desarrollo social y cultural dentro del marco del Estado en que viven, a través de medios que garanticen los principios de participación y consulta en la toma de decisiones que les afectan. Ello implica que los Estados respeten la integridad de los valores, prácticas e instituciones que se derivan de su identidad como pueblos indígenas.

Ahora, si bien es cierto que el Convenio 169 de la OIT, elaborado en el año 1989, no menciona específicamente los términos “libre determinación” o “autonomía”, es una realidad que hoy estos derechos están ampliamente reconocidos en la legislación de los países de América Latina y del derecho internacional, específicamente quedaron reconocidos como tales en la reciente Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del 2007 (DNUPI), lo que hace inequívoca la tendencia de los sistemas jurídicos hacia el llamado pluralismo jurídico.

De lo anterior se desprende que el pueblo reconocido como indígena, adquiere una serie de prerrogativas como sujeto colectivo, que se ejercen frente al Estado nacional, no sólo como gobernados, sino como copartícipes de las tareas y funciones destinadas del Estado en sus territorios y circunscripciones. En este sentido, los pueblos indígenas hacen parte del pacto constitucional de los países que los vienen reconociendo.

En relación con el ejercicio de este derecho, el Convenio 169 de la OIT, ha establecido que:

1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.
2. Esta acción deberá incluir medidas:

a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;

b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones [...]

En el Proyecto de Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN), aún no aprobado, existe el acuerdo de que los Estados deben reconocer plenamente: “la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración”.

En el mismo proyecto también existe acuerdo en que

[...] los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación.

Por su parte, la DNUPI dispone que para el ejercicio del derecho de libre determinación:

[...] los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los DDHH y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de DDHH y la normativa internacional de los DDHH.

Así mismo, este instrumento señala que:

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.

Reforzando esta idea, el artículo 4º de la DNUPI señala que

[...] los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.

además del:

[...] derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la

vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

En este mismo instrumento se ha reconocido que los pueblos y las personas indígenas, tienen derecho a pertenecer a una comunidad o pueblo indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres del mismo.

De este derecho fundamental a la libre determinación, se desprende el reconocimiento de los sistemas normativos de los pueblos indígenas, sus instituciones propias y el correspondiente ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades indígenas.

II. La jurisdicción indígena como acceso a la justicia

En los **tres casos** se presentan conflictos que deben ser resueltos por una autoridad imparcial y el Estado está obligado a garantizar la realización de un juicio justo, así se plasma en todas las constituciones de la región así como en los tratados internacionales de DDHH.

Como un derecho de seguridad jurídica, en los tres casos hay agraviados que pueden excitar a los tribunales, en el **primero** serían los individuos que conforman la minoría religiosa, en el segundo sería la mujer que fue violada y cuyo marido fue asesinado, además de la sociedad, y en el **tercero**, de la mujer que cometió el delito de portación de armas y contra la salud, la agraviada sería la sociedad y

Ahora bien, ¿ante qué tribunal se debe garantizar el derecho de acceso a la justicia? De acuerdo con lo arriba señalado, los pueblos indígenas, en el ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a resolver sus conflictos internos de acuerdo con las normas, los procedimientos y las instituciones que ellos mismos se han dado, y que son reconocidos por los Estados nacionales que podemos definir como pluralistas o multiculturales. *Esto es jurisdicción*, es decir la potestad que tiene la colectividad de dirimir controversias, y en el último extremo, usar la fuerza pública legítima para hacer valer sus decisiones, de acuerdo con las reglas propias de la colectividad. Así pues, el requisito indispensable para que exista la jurisdicción en un Estado democrático, es que esté reconocida por las normas fundamentales de cada país.

En la etapa actual de la evolución de los derechos indígenas en nuestros países y en el derecho internacional dicha jurisdicción, está reconocida en formas semejantes a la siguiente:⁶

⁶ Véase cuadro comparativo de legislaciones en el anexo a este Manual.

[...] los pueblos y comunidades indígenas tienen derecho a la libre determinación para aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos.

Con base en este tipo de reconocimiento de la jurisdicción indígena, los integrantes de los pueblos tendrían el derecho de acceder a los tribunales del Estado, entendiendo que las autoridades indígenas son parte de este nuevo Estado pluralista. Lo que queda por definir, y esto en buena medida puede ser tarea de los propios jueces ordinarios y las altas cortes de los respectivos países, es la **distribución de competencias adecuada** de acuerdo a los temas en que estén facultados para resolver dichas autoridades. Como corolario, los pueblos indígenas podrán ejercer su jurisdicción lo que implica la facultad de hacer cumplir sus resoluciones.

En los casos señalados hay **diversos tipos de conflicto** y **diversos tipos de agraviantes**, así mismo los países tienen distintos tipos de regulación que dan pistas para la distribución de competencias. Podemos caracterizar diferentes modelos de reconocimiento en América Latina, uno alto como lo es el de Colombia, Bolivia y Ecuador, a quienes podemos reconocer como países garantistas en términos de pluralismo jurídico, países de garantismo medio, como Panamá y Guatemala, y países de bajo reconocimiento explícito como México y Perú, aunque como señalamos el Poder Judicial del país andino ha dado un salto cualitativo que los distingue claramente de México. No obstante, en todos ellos existe y se aplica la justicia indígena con un nivel de reconocimiento del derecho.

Dado que en todos los países existe justicia indígena y normas que le dan reconocimiento la pregunta será ¿qué casos son de su competencia y cuáles no? La respuesta variará de acuerdo al tipo de caso, al tipo de sujetos involucrados y al país correspondiente.

Así, el efectivo acceso a la justicia se traduciría en:

- a) que sea respetado el ejercicio de la jurisdicción indígena y
- b) que las personas indígenas puedan acceder en igualdad de oportunidades dentro de su comunidad a las autoridades tradicionales para la resolución de un conflicto y
- c) que la decisión correspondiente sea, al igual que la del Estado, producto de un juicio justo, adecuado a la perspectiva cultural y normativa local.

III. Derecho a la jurisdicción indígena

Como antes señalamos, este derecho se refiere a la facultad de los pueblos y comunidades indígenas para aplicar sus propios sistemas normativos (que comprenden

normas, autoridades y procedimientos propios) en la regulación y solución de sus conflictos internos. Correlativamente es el derecho de los individuos indígenas a acceder a las instituciones establecidas por su propio pueblo, las cuales se entienden adecuadas a su cultura jurídica.

En el **primer caso** observamos que dentro de la comunidad se está transgrediendo una norma interna dentro del territorio comunal o indígena, relativa a la cohesión comunitaria, sin embargo dicha norma contraviene otro derecho que es el de la libertad de culto. En este caso, la autoridad debe ponderar qué derecho debe prevalecer o bien cómo armonizar ambos. En todos los países este es un típico conflicto interno y por lo tanto es competencia de la justicia comunal. En el supuesto presentado la comunidad conoce y resuelve la prohibición de un culto ¿debieron conocer las autoridades indígenas de este caso?, ¿debe ser reconocida como válida esta resolución?

En el **segundo caso** hay hechos delictivos cometidos contra dos miembros de la comunidad indígena, dentro del territorio indígena. Los sujetos activos son un miembro de la comunidad y un avecindado. La comunidad conoce el asunto y lo resuelve. ¿Debió conocer el asunto la autoridad indígena?, ¿debe ser tomada como válida su resolución?

En el **tercer caso** son hechos cometidos por una mujer, autoridad indígena, fuera del territorio de su comunidad y conoce la autoridad del Estado. ¿Es competente la autoridad estatal?

De acuerdo con el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen:

[...] 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 DDHH internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. [énfasis añadido]

Respecto de la materia penal, el derecho internacional en materia indígena, es decir tanto el Convenio 169 de la OIT como la DNUDPI, reconocen a los pueblos la facultad de reprimir los delitos cometidos por sus miembros conforme a sus métodos tradicionales, en la medida en que ello sea *compatible con el sistema jurídico nacional y con los DDHH internacionalmente reconocidos*. Sin embargo, no exige que el sistema tradicional tenga que replicar las normas o formalidades específicas de los sistemas estatales, sino ser compatible respecto a la protección de derechos fundamentales. La DNUDPI lo establece de la siguiente manera:

Artículo 34

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de DDHH.

Artículo 35

Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades.

El derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, así como el de determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades, deviene necesariamente en el derecho a la jurisdicción indígena.

Se concluye que el derecho a la jurisdicción indígena, implica lo siguiente:

1. Que los pueblos y comunidades indígenas gozan del derecho colectivo de crear y aplicar sus propias normas, como parte del derecho de libre determinación.
2. Que los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas deben ser reconocidos por los Estados.
3. Que las autoridades tradicionales de los pueblos y comunidades indígenas tienen la facultad de resolver sus conflictos internos conforme a su propio sistema normativo (en diferentes materias: civil, familiar, penal, administrativo, etc.), respetando los mínimos de los DDHH internacionalmente reconocidos y los principios constitucionales.
4. Que en la práctica judicial, las resoluciones de las autoridades indígenas, emitidas en el ámbito de su competencia, deben ser respetadas por las autoridades de otras jurisdicciones.

De acuerdo con estos argumentos, en el **primer caso** sí es competencia de la autoridad indígena conocer y sancionar, sin embargo los miembros de la minoría religiosa tiene otros derechos fundamentales como serían a) la libertad de culto y b) el derecho a un recurso contra la resolución de sus propias autoridades. Así, podemos entender la resolución indígena como una sentencia de primera instancia, que no deja sin efecto la posibilidad de recurrir a otro tribunal para recurrir dicha resolución, ¿pero cuál sería ese otro tribunal?

Evidentemente los recursos no puede ser conocidos otra vez en primera instancia, y el tribunal revisor no tiene como materia los hechos motivo del conflicto, sino la legalidad de la resolución indígena. Típicamente el tribunal que debe

anализar esta resolución debe ser **aquel que en el país tenga competencia para revisar la constitucionalidad de los actos de otras autoridades** —la autoridad indígena en este caso— **y no el tribunal que resolvería en primera instancia este conflicto.** Ahora bien, en los países de control difuso de la constitucionalidad el proceso lo pueden llevar otras instancias además de las altas cortes.

En el **segundo caso** también hay una resolución de la autoridad indígena. En los países de normatividad avanzada éste sería un caso de competencia de la autoridad indígena y la apelación tendría que ser revisada por un tribunal de constitucionalidad, mientras que en los países de medio y bajo reconocimiento puede haber un debate entre declarar nulo el juicio realizado por las autoridades indígenas o revisar la sentencia en segunda instancia ante el tribunal de alzada correspondiente.

Ahora bien, el caso tiene un nivel de complejidad dado que **uno de los sujetos activos no es indígena.** Aquí podemos ver un matiz en el reconocimiento entre los países de normatividad avanzada; Colombia ha desarrollado tesis jurisprudenciales (ver capítulos sobre derecho aplicable y principio de legalidad y debido proceso en esta misma obra) que apuntan a la validez personal de las normas indígenas, posiblemente en este caso la autoridad indígena no tendría competencia para juzgar al no indígena, mientras que en Bolivia (artículo 2º constitucional), y Ecuador (artículo 171 de la Constitución), el énfasis de la jurisdicción indígena está en la territorialidad, es decir los indígenas son competentes para resolver hechos cometidos dentro de su jurisdicción territorial, y con toda probabilidad en estos países se reconocerá la competencia de la autoridad para conocer los hechos de la persona no indígena que delinquió en su territorio.

Este razonamiento nos lleva a entender que en el **tercer caso**, dado que el **delito fue cometido fuera del territorio indígena**, éste deberá ser conocido por las autoridades del Estado, pero el juicio como veremos, deberá “tomar en cuenta” la cultura y las normas de la comunidad indígena. Solamente en el caso colombiano existirá la posibilidad de remitir a la infractora indígena a sus autoridades propias.

IV. El respeto del derecho a la jurisdicción

Como antes señalamos, muy diversos estudios socio-jurídicos y socio-antropológicos, muestran que las comunidades indígenas del continente tienen sistemas jurídicos propios, que son reconocidos y vitales en sus contextos, y que tienen la capacidad de promover, favorecer, obligar e inhibir conductas de sus individuos. Con frecuencia, estos sistemas, asociados a una cultura campesina contienen **sanciones corporales o vinculaciones religiosas a las que el derecho moderno se opone**, y que han generado diversos juicios y sobre todo prejuicios en contra de los sistemas normativos indígenas. Estas perspectivas los señalan como abusivos

y bárbaros, pero lo cierto es que muy pocos juristas y jueces los conocen y los comprenden en su justa dimensión y racionalidad. El reto hoy en día es que, como antes señalamos, la ley los reconoce y esto hace que tales prácticas ya no sean simplemente antijurídicas, sino que forman parte de nuestros sistemas jurídicos y, por tanto, se requiere una ponderación entre dichas costumbres por un lado y principios y derechos inalienables reconocidos a nivel nacional como internacional por el otro.

En amplias regiones del continente, particularmente en regiones inaccesibles-desérticas, selváticas o de alta montaña, los pueblos indígenas han desarrollado estrategias de adaptación y en ellas controlan la convivencia, proveen servicios y sancionan conductas con una participación marginal de los Estados y sus autoridades. Sin las instituciones de estos pueblos aquellas serían tierras de nadie. Lo que ha **garantizado la coexistencia y reproducción social** en estas regiones no son los Estados, sino los propios pueblos. En la práctica, la resolución de la mayoría de los conflictos, a veces pequeños a veces grandes, que surgen en estos territorios, es competencia indígena y no de los juzgados ordinarios. Por ésta razón, en los dos primeros **casos** el análisis jurídico debe tomar muy en serio el papel de la autoridad indígena y en todo caso revisar la constitucionalidad de sus determinaciones y no desecharlas *a priori*.

Ahora bien, es frecuente que, como en todo juicio, alguna de las partes quede inconforme y es entonces cuando se acude a la autoridad estatal. Esto es razonable, el problema está en que el **juez estatal**, desconociendo, en contra del reconocimiento constitucional o internacional público, los principios del pluralismo jurídico, ignore las resoluciones tomadas por sus pares indígenas lo cuál puede ser visto como discriminación. A veces el juez estatal incluso procesa o persigue a las autoridades que legítimamente aplicaron sus propios sistemas normativos, menoscabando con ello la estructura del Estado plural.

Muchos actores del sistema de justicia estatal aseveran que no existe una jurisdicción indígena, o que existen obstáculos importantes para su ejercicio, mostrando un **desconocimiento o limitada interpretación** de las leyes que al respecto se han promulgado en sus países. También es común que las autoridades jurisdiccionales reflejen esquemas de interpretación rígido que debilitan una mejor comprensión y coordinación de sistemas jurídicos.

Para la **adecuada coordinación de sistemas jurídicos**, se requiere que los jueces ordinarios comprendan que, de acuerdo con la normativa aplicable del Derecho Internacional Público y su desarrollo en las constituciones y leyes internas, la generación de normas y el desarrollo de los juicios, no es un monopolio de las instituciones del Estado monista, sino que pueden surgir también de los pueblos indígenas como partes constitutivas de los Estados latinoamericanos. En esta perspectiva, la jurisdicción indígena conlleva no sólo *la aplicación de una normativa*

propia, sino también un sistema jurisdiccional *con procedimientos y autoridades propios* para la aplicación de la misma.

Los trabajos de antropología jurídica muestran que en los pueblos y comunidades indígenas, existen principios como la reparación, la conciliación, el restablecimiento del orden, la participación solidaria en las conductas de los individuos entre otras, que bien pueden ser entendidas como formas razonables de hacer justicia desde un contexto cultural específico. También es cierto que en muchos casos se siguen usando **penas corporales** como trabajo comunitario, el uso de cepos, ortiga, baños de agua fría, entre otros, generando situaciones que deben ser primero comprendidos para saber cuál o cuáles son los valores jurídicos protegidos por esas instituciones, y después valorados desde una **perspectiva intercultural** de los DDHH tal como lo ha hecho, de manera particular, la Corte Constitucional de Colombia.

No obstante los “excesos” que pueden percibirse desde una posición cultural, es común encontrar que en las comunidades indígenas, sus propios sistemas normativos, tienen **gran aceptación** entre sus miembros. Día con día decenas de personas acuden a los espacios comunitarios de justicia a plantear sus problemas y buscar soluciones. Con frecuencia estos procesos concluyen en conciliación, construcción de acuerdos y salidas negociadas, sin negar que en los mismos se utilicen algunas medidas coercitivas que por lo general son conocidas y aprobadas, éstas no suelen ser la sanción final, sino parte del proceso para modificar las perspectivas de los involucrados, para mover a los sujetos de una perspectiva unidimensional sobre los hechos que están quebrantando el **orden comunitario**.

Con frecuencia, quienes ocupan el papel de juzgadores en las comunidades son **vecinos** que han ascendido en el **sistema local de cargos**, que tienen un gran conocimiento sobre la comunidad, sus problemas y sus tradiciones y que además gozan de un **prestigio moral**, en algunos casos son incluso personajes vinculados a los **principios sagrados** que dan cohesión al pueblo. En esta perspectiva los juicios comunitarios por lo regular cuentan con los requisitos de **independencia** del juez, una **segunda instancia** que suele ser la reunión de todas las autoridades o de la asamblea comunitaria, **publicidad** de las audiencias y las resoluciones, lo que hace posible una rendición de cuentas puntual ante su pueblo.

V. Distribución de competencias y la articulación de los sistemas indígena y estatal

La existencia de varias jurisdicciones presume una distribución de competencias y la articulación de las mismas. Es común que en la **práctica jurisdiccional** de nuestros países se asigne, de manera tácita o explícita, la competencia de asuntos

simples, sin distinguir materia, a la jurisdicción indígena, mientras que los asuntos considerados **graves** son remitidos a la justicia estatal. Sin embargo, “lo grave” por lo general no está catalogado en las normas, y su **frontera puede ser difusa y cambiante** de acuerdo a la cultura y al tiempo. La línea entre lo “grave” y “no grave” es relativa y no depende necesariamente de una apreciación del código penal. En muchas comunidades indígenas latinoamericanas, las autoridades entrarán a resolver conflictos que se suscitan aún cuando la ley los puede calificar como graves, cuando se encuentra dentro de sus sistemas normativos, como es el caso de los dos ejemplos a que nos hemos referido en el preámbulo.

En este sentido, de acuerdo con diversos estudios se reporta que las comunidades indígenas latinoamericanas resuelven casos relacionados con daños, lesiones, robos, “de borrachitos”, abandono de personas, difamación, violencia familiar, herencias, problemas respecto a límites de tierras, rapto, portación de armas blancas, amenazas, cacería prohibida, abigeato (robo de ganado), asaltos, conflictos relacionados con la tala de árboles o incendios que se dan por accidente y en algunas comunidades hasta violaciones u homicidios. Esta asignación de competencias es ajena, por lo general, a las disposiciones de las leyes penales, sin embargo la actividad judicial de las comunidades permite **desahogar una gran cantidad de conflictos sociales** que rebasarían las posibilidades de los juzgados estatales. Vemos en este fenómeno, interpretado a la luz de los nuevos desarrollos legales en materia de reconocimiento de derechos indígenas, que las leyes reglamentarias que prohíben a las autoridades indígenas resolver sus conflictos internos de acuerdo a sus propios sistemas normativos, requieren de un análisis detallado de los juzgadores en cuanto a su compatibilidad con la normativa constitucional e internacional. Son frecuentes los casos en donde las instituciones formales como jueces, ministerios públicos u *ombudsman* interfieren en el ejercicio de las facultades de las autoridades indígenas sin reconocerlas en principio como autoridad y sin tomar en cuenta las especificidades culturales del sistema jurídico indígena que se manifiesta a través de las resoluciones comunitarias. Esta **interferencia desinformada** suele crear inestabilidad interna y procesos de descomposición del tejido social, mismas que las nuevas normas constitucionales buscan promover y respetar.

Son frecuentes los casos en los que **miembros de la comunidad utilizan la justicia del Estado para eximirse** de prestar servicios a la comunidad, para evitar sanciones por conductas contrarias al pueblo, para dejar de participar en las festividades comunes, para sobreponer su voluntad individual sobre el espíritu colectivo que mantiene viva a la comunidad, entre otros. En todos estos casos la actuación de las instancias estatales pierde de vista la especificidad e identidad cultural y política de la comunidad, lo que les lleva a ignorar la resolución tomada por la autoridad indígena, subvertirla; en el peor de los casos persiguen a estas autoridades como delincuentes comunes. Todas estas conductas son inconstitucionales. Recae,

por tanto, en el juzgador estatal la compleja tarea de ponderar los derechos individuales invocados, por un lado, y por el otro los derechos colectivos propios de las comunidades originarias, partiendo de una lectura intercultural de los estándares constitucionales e internacionales. Mientras el Estado no puede permitir una violación del núcleo de los derechos fundamentales de los individuos que forman parte de comunidades indígenas, derechos garantizados en la propia constitución y tratados internacionales, tampoco debe el juzgador contribuir a la desintegración de estas comunidades, a su vez protegida legalmente, permitiendo un “forum shopping” por parte de sus miembros según la conveniencia de cada caso.

Ahora bien, *contrario sensu*, es importante que la **autoridad indígena entienda la jurisdicción del Estado** y tenga disposición de articular y coordinar sus funciones, sin embargo es importante que perciba la misma voluntad intercultural de jueces y autoridades estatales, pues en caso contrario habrá una tendencia a esconder sus propias actuaciones y esto sí generará un clima propicio para el abuso y la injusticia de las propias autoridades indígenas. Por lo general las autoridades indígenas son conscientes que algunos asuntos de sus demarcaciones merecen ser llevados a la justicia estatal e históricamente lo han hecho. En algunos casos también colaboran haciendo detenciones, llevando citatorios y notificaciones y declarando testigos que no se pueden presentar hasta las cabeceras donde se asientan los juzgados.

Por otra parte, la **distinción material del derecho como ámbito de competencia** por lo general no opera en las comunidades, donde la distinción entre materia penal, civil, familiar, agraria, etc. no se da o por lo menos no se da con igual precisión que en los juzgados estatales. La lógica de la justicia comunitaria es atender el conflicto como una unidad con todas sus vertientes, incluso en muchos casos se mezcla una perspectiva trascendente, espiritual o religiosa sobre el orden material. En estos sistemas de creencias, el conflicto rompe con la relación entre **el plano material y el espiritual**, por tanto la resolución de los mismos implica el restablecimiento del orden trascendente. Desde esta perspectiva, la separación material del derecho entorpece y limita la atención de un conflicto entendido de manera integral.

Por lo que toca al **ámbito de validez espacial y personal**, la regla es que las autoridades indígenas son competentes para conocer asuntos de personas indígenas por conductas cometidas dentro de territorios indígenas. No obstante, es importante señalar que en algunos territorios indígenas se asientan personas no indígenas o bien viven ahí de manera temporal, como se presenta en el **caso 2** del homicidio, robo y violación en el que participa un avecindado no indígena. En estos casos, la justicia indígena puede, según la normativa o jurisprudencia vigente, llegar a personas externas por el hecho de estar establecidas en sus territorios. Es previsible que con el desarrollo del derecho plural, el derecho tienda al

establecimiento de **tribunales interculturales** en donde se intente dirimir controversias poniendo en juego los **diferentes referentes normativos que coexisten** en un mismo territorio, particularmente **territorios urbanos** poblados de indígenas migrantes y no-indígenas.

No obstante, hasta ahora la mejor salida es que prive el criterio de la **territorialidad** sobre los ámbitos personales de validez. Es decir, resulta importante que quienes se asienten en territorios indígenas comprendan que ahí están constituidas unidades políticas reconocidas jurídicamente que tienen derecho de definir normas, procedimientos e instituciones propias y de las cuales no se pueden eximir los no-indígenas, así como los indígenas que salen de sus territorios suelen ser juzgados por tribunales ordinarios, por lo general en condiciones desventajosas.

En términos generales existe la urgencia de **definir las demarcaciones indígenas** para resolver la competencia de sus autoridades, no obstante seguirán existiendo diversas **zonas de traslape** entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal. Para estos casos será indispensable avanzar en la **coordinación de “las justicias”** a partir de resoluciones de las altas cortes para que vayan creando precedentes casuísticos, y desarrollando los principios plasmados en las constituciones nacionales. Estos precedentes tienen que estar basados en **criterios jurídicos claros e información etnográfica profesional** para definir las competencias. Sobre todo es importante usar peritajes jurídico-antropológicos que permitan a los juzgadores de las altas cortes, conocer si los hechos abordados por la autoridad indígena son y han sido resueltos tradicionalmente en ese contexto, si existen normas propias en referencia al asunto concreto y cuáles son los procedimientos que se siguen.

Es importante señalar que las leyes secundarias que asignan competencia específicas a las autoridades indígenas, como la legislación penal en el Estado de Oaxaca, México, o la Ley de Deslinde de Bolivia, son contrarias al espíritu constitucional que reconoce autonomía al sujeto colectivo —pueblo indígena— para definir sus propios sistemas normativos. Es decir, es facultad de los pueblos indígenas establecer las normas, las autoridades y los procedimientos que definen las conductas que serán prohibidas, permitidas y obligadas en ese contexto. En coherencia con los nuevos principios constitucionales, la relación entre los individuos indígenas y la colectividad debe ser definida por la propia comunidad indígena y no por la legislación secundaria general. Para el caso de comunidades con derecho no escrito, la prueba idónea que permitirá al juez conocer los marcos normativos de ese sistema normativo será una prueba pericial antropológica (ver *supra*).

Las **leyes secundarias** que definen las conductas que pueden conocer las autoridades indígenas restan a los pueblos indígenas la posibilidad real de que sus autoridades asuman la jurisdicción que se desprende de sus propios sistemas normativos. El contenido específico que se da a las autoridades indígenas para ejercer su competencia en materia penal no tiene ni fundamento jurídico claro, ni

socio-antropológico y tampoco responde a lo que es la práctica de las autoridades indígenas donde comúnmente resuelven un número importante de conflictos locales, más allá de las competencias que les ceden estas leyes secundarias.

VI. El ejercicio de la jurisdicción indígena desde la perspectiva de los DDHH

De acuerdo con el derecho internacional, como se ha mencionado, la autonomía indígena puede ejercerse libremente sin más limitante que el respeto a los DDHH. Con estas bases, debe tenerse en cuenta que la **concepción y vivencia cotidiana de los DDHH no es homogénea ni uniforme entre distintas sociedades, grupos o naciones**. Para armonizar las normas indígenas y los DDHH se deben hacer **interpretaciones contextualizadas** de los valores que salvaguardan los DDHH y aquellos que son protegidos por las normas indígenas.

Estas interpretaciones jurídicas deben ponderar en el caso concreto si en efecto hay una **contraposición entre los DDHH y la norma indígena**. La violación a los derechos se puede dar por abusos de la autoridad indígena, lo cuál implica sanción directa, o bien porque actuando conforme a sus sistemas normativos, la autoridad esta violando principios de DDHH. En este segundo caso, se debe establecer un **diálogo intercultural** que permita a las autonomías indígenas reformar sus sistemas normativos a fin de dar a sus individuos las mejores condiciones de vida dentro de sus contextos específicos, sin renunciar a sus propias concepciones de vida buena y a las necesidades de esa colectividad para reproducirse y ser viables.

En todo caso, la idea difundida de que los sistemas normativos indígenas son *a priori* violatorios de los DDHH, suele ser un prejuicio discriminatorio que no parte del análisis jurídico ponderado, sino de casos aislados con frecuencia asociados al descontrol que causa su falta de reconocimiento en comunidades específicas.

El **enfoque jurídico monista** hace que los administradores de justicia estatales perciban a las autoridades indígenas como adversarios o violadores del derecho en lugar de percibirlos como pares, o incluso **aliados de un sistema jurídico pluralista** que permite mantener la institucionalidad, el orden y la convivencia social dentro de los respectivos países, particularmente en regiones de diversidad étnica. En otras palabras, tanto las autoridades indígenas como las estatales, son **co-responsables de la manutención de un estado de derecho democrático de las naciones pluriculturales y por supuesto de uno de sus pilares fundamentales: los DDHH**, que lejos de ser un patrimonio de las autoridades estatales, son un discurso que impulsa a una sociedad a vivir en paz, armonía y prosperidad. Los DDHH son prerrogativas de las personas que se ejercen frente al Estado y no prerrogativas de los Estados para limitar las formas de vida de las personas.

La definición de un catálogo de conductas que atentan contra los valores de una sociedad es propia de cualquier sistema normativo. Su definición es pues una lógica expresión de la autonomía, que permite a los pueblos indígenas decidir sus formas de convivencia y organización social y política tal y como se les garantiza en las constituciones y los instrumentos internacionales recientes. También tienen derecho de aplicar estas normas si se sujetan a los principios de las constituciones nacionales y al respeto de los DDHH, entendidos de la forma dialógica que hemos señalado antes, en particular a los DDHH de las mujeres. Alguien podría suponer que la aplicación de los sistemas normativos indígenas puede contravenir, por ejemplo, el derecho a un debido proceso, al principio de legalidad o al de exacta aplicación de la ley penal, todos ellos DDHH reconocidos. Sin embargo, una interpretación más acuciosa mostrará que siendo el reconocimiento de la pluriculturalidad otro principio de DDHH, así como el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, la legalidad que se debe aplicar en estos casos, así como los principios del debido proceso, **no son los de la justicia ordinaria, sino la emanada de sus propios sistemas normativos que también están reconocidos constitucionalmente.** El compromiso del pueblo indígena con el Estado es actualizar tales principios en sus sistemas normativos; en tal sentido no es la autoridad indígena la que inventa la conducta reprochable en cada caso, si no que aplica lo que previamente se definió en su comunidad a través de sus propias instituciones, tradiciones y procedimientos de formalización de la norma.

Eso es lo que tiene que probar la comunidad y no su apego a los códigos penales o demás leyes secundarias. Es decir, si bien las instituciones indígenas están obligadas a respetar los mínimos establecidos en las constituciones y los tratados internacionales, el parámetro para determinar si respetan los principios de DDHH no puede ser la legislación secundaria, sino los principios más generales adecuados al propio entorno cultural, político, económico y social que la propia Constitución y los instrumentos internacionales reconocen y protegen.

En este caso, es encomiable la forma en que ha resuelto la Corte Constitucional de Colombia, al establecer ciertos mínimos que deben respetar los sistemas normativos indígenas, y de ahí en fuera, es facultad de sus propias autonomías definir sus contenidos normativos y procedimentales.

Esta argumentación no hace una defensa irrestricta de los sistemas normativos indígenas. Como en todo estado democrático, éstos deben **respetar determinados valores elevados al rango de DDHH** por la comunidad internacional. Lo que se cuestiona es el proceso de **descalificación a priori.** El análisis de la normatividad indígena podría conducir a la derogación de normas al interior de la comunidad de manera que se aseguren los derechos de las mujeres u otros sectores de población discriminados al interior de la propia comunidad. Pero en todos los casos, el proceso que determine los cambios necesarios debe realizarse mediante un **diálogo**

respetuoso que parte del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos y la legitimidad de sus autoridades. Respecto a las reglas específicas de garantía en el sistema estatal de justicia, estas deben ser analizadas a la luz de la lógica de los sistemas normativos indígenas y los mínimos que deben respetarse de acuerdo con las exigencias en materia de DDHH.

Mención especial merecen los **linchamientos** que con frecuencia se observan en regiones indígenas de América. El linchamiento, es un acto sin duda condenable, **pero no necesariamente es parte de los sistemas normativos indígenas**. Con frecuencia, el linchamiento es una medida desesperada de la comunidad que sabe que en sus regiones priva la impunidad dado que el Estado no sanciona de manera eficaz a los infractores y tampoco existe una institucionalidad propia, fuerte y reconocida en sus localidades que pueda hacer frente de manera eficaz a hechos delictivos. Fortalecer la justicia indígena, más que avalar un linchamiento, representaría un freno a los mismos. Si en alguna comunidad el linchamiento es efectivamente una medida admitida por las reglas internas del pueblo, el Estado debe intervenir para prohibirlos, pero no sería razón suficiente para desaparecer a las autoridades reconocidas constitucionalmente.

En resumen, para evaluar si el derecho indígena de determinada comunidad, así como si las resoluciones de sus autoridades tradicionales, se adecuan o no a los principios de DDHH, se hace necesaria la creación de mecanismos jurisdiccionales para analizar, bajo una perspectiva no formalista, la **esencia del valor protegido por cada derecho**. En este caso la hermenéutica judicial será imprescindible para que la autoridad competente pueda revisar bajo parámetros pluralistas si ese valor tutelado se respeta y se defiende de acuerdo con criterios mínimos universales, tomando en cuenta que cada comunidad puede aplicar esos principios y estándares de maneras distintas.

Esta perspectiva de análisis permitiría resguardar la esencia del valor protegido desde la óptica de los DDHH (v. gr. evitar la privación arbitraria de la libertad) a la luz de parámetros de referencia determinados por las comunidades, en el contexto de sus propios sistemas normativos internos. Se podría asegurar que los pueblos y comunidades indígenas determinaran sus propios procedimientos, al tiempo que se asienten los criterios de mínimo cumplimiento en los dos sistemas con base en los estándares reconocidos internacionalmente para la protección de los DDHH.

Para entender más profundamente la compatibilidad de las resoluciones indígenas con los DDHH, es importante atender la reflexión del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Situación de los DDHH y las Libertades Fundamentales de los Indígenas:

[...] según algunos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no ofrece suficientes garantías para la protección de los

DDHH individuales universales. Pero aun si eso fuera una afirmación cierta basada en pruebas suficientes, no debería esgrimirse para negar por completo el valor del derecho consuetudinario indígena sino como un reto para aproximar ambos enfoques haciéndolos más eficaces para la protección de los DDHH, tanto individuales como colectivos. El pluralismo jurídico en los Estados es una oportunidad para permitir a los sistemas jurídicos indígenas funcionar eficazmente ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a éstos. (Stavenhagen 2008).

La discusión sobre la compatibilidad entre los sistemas normativos indígenas y los DDHH reconocidos internacional y nacionalmente, debe siempre presentarse en el marco del diálogo y respeto. Esta discusión abierta no significa negar la importancia de los DDHH como un referente que permita cuestionar prácticas que afectan a la dignidad humana, particularmente la de las mujeres. Lo que parece urgente es promover y permitir que las propias comunidades indígenas y sus autoridades discutan en torno al tema de sus derechos fundamentales y los asuman como un marco a incorporar en sus actuaciones, como sucede de hecho en muchas regiones indígenas. Es obligación de un Estado, que ha definido a su nación como pluricultural, y de sus jueces, proveer de instancias que propicien el diálogo y la comprensión de la pluralidad de culturas que lo constituyen, en caso contrario el Estado siempre estará sesgado por una de las diversas culturas que componen su nación.

Derecho Aplicable

Rosembert Ariza Santamaría

I. Introducción

Este aparte nos debe ayudar a resolver la pregunta: ¿Qué normas resultan aplicables en cada uno de los tres casos objeto de estudio?

Un factor a tener en cuenta frente al derecho aplicable es la gran diferencia y complejidad de los sistemas jurídicos existentes en los países de América latina y, por ende, la gran diversidad de leyes y regulaciones de cada país, así como la interpretación por parte de los tribunales en las controversias que se suscitan por motivo del involucramiento de personas que tienen la condición de indígenas. La pretensión entonces en este acápite no es otra que dar unas pautas generales que permitan dilucidar el derecho aplicable en los tres casos que se ponen en conocimiento de las y los jueces y magistrados en perspectiva intercultural.

Por esto es clave precisar de entrada lo que entendemos por multiculturalismo e interculturalidad como mecanismos de diálogo entre sistemas jurídicos estatales y sistemas jurídicos indígenas.

Se insiste en que lo multicultural es un hecho, el multiculturalismo una intención política y lo intercultural una relación social. Intercultural es el término que da cuenta del conjunto de relaciones sociales entre las culturas o de las derivadas de un multiculturalismo. De lo intercultural se derivan acciones y valores que corresponden a situaciones de contacto. Intercultural es el cúmulo de relaciones sociales que ponen en relación a los hombres a partir del reconocimiento recíproco de las diferencias culturales.

El principio de reconocimiento es importante en términos de interculturalidad, porque el reconocer significa tener principios de acción comunes y principios de identidad en el funcionamiento del sistema judicial. La justicia intercultural es un acto performativo, crea realidad judicial, mantiene la identidad de todos los intervinientes en un proceso, sus lugares en el proceso, y sus competencias.

El respeto no está fundado en la tolerancia, en el sentido de aguantar y respetar lo absurdo, sino de ceñirse a los principios de toda práctica judicial. Es cierto que los sistemas jurídicos son unidades complejas, pero para que la maquinaria funcione adecuadamente, no se necesita que la intervengamos con criterios distintos a los que ella tiene para funcionar por sí misma. El respeto es el que tiene un juez por otro juez respecto de su independencia. Irrespetamos ese acuerdo fundamental con ciertas prácticas, cuando sin procedimiento judicial emitimos juicios de

valor, porque las prácticas judiciales indígenas nos resultaron equívocas a nuestros criterios legales, sin haber coordinado y comprendido el otro sistema judicial.

Por esto compartimos lo planteado por la Corte Constitucional Colombiana cuando exhorta a la sociedad mayoritaria al reconocimiento:

Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. Para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia. Sentencia T – 496/96.

Explícita la perspectiva para abordar el presente tema, lo pertinente es señalar los aspectos a abordar en esta aparte del Manual en lo que concierne al derecho aplicable, cabe iniciar por el alcance de los tratados internacionales en el ordenamiento interno, lo segundo será lo referente a la jurisdicción nacional y su alcance en materia de diversidad y pluralismo jurídico, y lo tercero el reconocimiento material por parte del derecho nacional de los derechos propios o normas de las comunidades indígenas u originarias. Seguidamente revisaremos el bloque de constitucionalidad, elementos de ponderación-interpretación, peritazgo antropológico y todo en clave de resolver los tres casos objeto de estudio..

II. Derecho aplicable

1. Derecho aplicable a partir de las normas internacionales

El derecho a revisar para garantizar el acceso a la justicia indígena en el marco de las normas internacionales está regulado por un conjunto de instrumentos internacionales de carácter general, entre los que se hallan: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus Protocolos Opcionales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer; la Convención

Internacional de los Derechos del Niño, entre otros. En el plano regional Americano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, y el Protocolo de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En la práctica los instrumentos que son indispensables para el ejercicio jurisdiccional son el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de pueblos indígenas.

Es necesario estudiar los respectivos instrumentos internacionales ratificados por los respectivos países, así como la jurisprudencia de los tribunales internacionales e instancias del sistema internacional de justicia buscando la unificación o armonía internacional de las decisiones. Para esto es necesario analizar los sistemas vigentes en dichas jurisdicciones, el reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia de pueblos indígenas, para establecer qué elementos de dichos instrumentos y sentencias se pueden incorporar en la decisión nacional y local.

Hay normas de la jurisdicción internacional que determinan la autoridad nacional competente para conocer y decidir una causa donde los pueblos indígenas estén involucrados. Algunos ordenamientos nacionales tienen plenamente definido el reconocimiento del ejercicio jurisdiccional por parte de los pueblos indígenas como la aplicación de sus normas en sus territorios como vemos a continuación:

En Colombia el Artículo 246 de la Constitución Política de 1991 señala: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

En Perú la Constitución establece en el Artículo 149. 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 la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.

La Constitución Venezolana por su parte en el artículo 260 señala: “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 esa constitución, a la Ley y al orden público. La Ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional”.

En la Constitución Mexica conforme a la Reforma Constitucional (2001) estableció:

Artículo 2. La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conserva sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre los pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentada en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este Artículo, criterios etno-lingüísticos.

A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural; II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes; III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el Pacto Federal y la soberanía de los estados; III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el Pacto Federal y la soberanía de los estados; V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en términos establecidos en esta Constitución; VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la

tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley; VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. VII. Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos; VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

En Argentina la Constitución de 1994 establece: Artículo 75. Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.

En Panamá el Código de Procedimiento Penal, Ley 63 de 2008 reconoce esta facultad en el Artículo 49. Competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas. Las Autoridades Tradicionales Indígenas tendrán competencia para conocer las conductas sancionadas de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica. La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales.

Además de lo señalado por las Constituciones y ordenamientos jurídicos, también se puede tomar jurisdicción por el principio de defensa o falta de justicia, o grave dificultad de defensa en juicio, o por denegación de justicia. Empero desde

el derecho consuetudinario internacional se reconoce que los pueblos indígenas tienen potestad para autodeterminarse-libre determinación y ejercer sus usos y costumbres. Así lo establece el Convenio 169 de la OIT. Considerando Quinto.

Preámbulo:

Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

Art. 8. 2:

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.

Art.9.1:

En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren

La doctrina internacional establece entonces tres reglas para la aplicación del derecho La doctrina internacional establece entonces tres reglas para la aplicación del derecho, a saber:

- Ante carencia de normas sobre jurisdicción internacional en las fuentes de derecho interno se debe aplicar por mayor proximidad analógica las normas de jurisdicción internacional de la materia en cuestión, vigentes en los tratados internacionales.
- Ante carencias de normas específicas de jurisdicción internacional (lagunas) se debe recurrir a las normas nacionales de competencia territorial (jurisprudencia de las altas cortes).
- Los jueces y dispensadores de justicia aplicarán normativa internacional siempre que sea favorable a las partes⁷.

⁷ Ver entre otros a: BARRIOS DE ANGELIS, Dante, “El proceso civil, comercial y penal de América Latina”, ps. 241/2, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1989. KLETT, Selva, “La jurisdicción

Implica lo anterior revisar cuál es la jurisdicción más adecuada al fondo del caso. El juez nacional debe fallar como lo haría el juez internacional o ajustarse a las pautas establecidas frente al derecho indígena y entregar el conocimiento a la autoridad indígena respectiva si es el caso. Si se declara aplicable el derecho vigente (derecho estatal) a un caso que es por su naturaleza único e irrepetible, se habrán de tomar en cuenta también las normas del sistema jurídico indígena. No podemos de ninguna manera olvidar el principio del juez natural.

2. Derecho aplicable en las normas nacionales

Si tomamos como referente el caso colombiano este ha establecido el alcance y las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que reconoce a las autoridades indígenas en los artículos 246 y 330 de la Constitución. Estas normas establecen en cabeza de las autoridades indígenas, como guardianas y representantes de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres, derecho propio o ley de origen, así como el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y los Derechos Fundamentales.

Dado el grado de indeterminación de los derechos emanantes de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha sido la llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos:

- A mayor cohesión y autocontrol por parte del grupo y con el fin de asegurar la conservación de los usos y costumbres del grupo, se reconoce una mayor autonomía.
- Los derechos fundamentales constituyen los mínimos jurídicos para la convivencia y bajo ningún supuesto podrán denegarse.
- Las normas de orden público del derecho nacional priman sobre las normas de las comunidades indígenas, siempre que protejan un valor constitucional de mayor peso que el principio de la diversidad étnica y la integridad del grupo indígena. No por la sola existencia de una ley contraria a las costumbres estas pueden ser desconocidas.
- Los usos y costumbres indígenas priman sobre las normas dispositivas o secundarias del derecho nacional.

internacional”, en “Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur”, dirig. Por Angel Landoni Sosa, Montevideo, FCU, marzo de 1997, p. 110.

Los casos decididos por la Corte Constitucional colombiana sobre cuestiones multiculturales ofrecen tres interpretaciones de la tensión entre diversidad y unidad cultural que existe al interior de la Constitución.

Las primeras dos señalan que los derechos individuales y el marco conceptual liberal en el que están situados deberían ser respetados por todas las culturas que habitan el país.

La diferencia entre estas perspectivas es solo de grado. Mientras que la primera no acepta ninguna excepción a la regla de que los valores básicos del liberalismo deben ser reconocidos por todas las culturas, la segunda indica que los derechos individuales pueden ser restringidos si hay evidencia de que este es el único medio disponible para evitar la desaparición de una cultura. Estos dos puntos de vista argumentan que al dar prioridad a las tradiciones morales y políticas de la mayoría se resuelve justamente el conflicto entre la cultura dominante y las minorías culturales. La única diferencia cultural que la Constitución reconoce y acomoda es entonces aquella producida por las varias interpretaciones del canon liberal. Como consecuencia, el Estado puede legítimamente invertir sus recursos en la transformación de cualquier tradición que se encuentre fuera de los límites del liberalismo (Bonilla, 2005: 3-6).

La tercera interpretación de la tensión constitucional indica que la autonomía jurídica y política de las minorías nacionales que habitan el país debe ser maximizada. Los únicos límites a esta autonomía, argumenta la Corte Constitucional Colombiana, deben ser los valores que gozan de un acuerdo intercultural: vida (prohibición de la pena de muerte), integridad corporal (prohibición de la tortura) y libertad (prohibición de la esclavitud).

La Corte Colombiana agrega a esta lista el debido proceso y la legalidad de los crímenes y de las penas, argumentando que se trata de un mandato expreso de la Constitución (artículo 246). Esta lectura de la carta política abre un espacio interesante para la acomodación de la diferencia cultural. Reconoce el carácter proyectivo de los valores morales y políticos favorecidos por la mayoría, así como la necesidad de acomodar a las minorías culturales sin que se les exija que se transformen en variaciones de la cultura hegemónica.

En general la mayoría de las constituciones de Latinoamérica establecen como límites que las costumbres e instituciones propias no sean incompatibles con:

- Los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y los derechos humanos.
- En materia penal que los métodos de control interno sean compatibles con:
- El sistema jurídico nacional, y
- Con los derechos humanos reconocidos internacionalmente

Estos elementos pueden tomarse en cuenta a la hora de revisar el conflicto alrededor de la práctica y el proselitismo religioso evangélico, por un sector del pueblo indígena, dentro de su territorio, es decir el caso referente a la oposición de principios constitucionales. Donde además podemos tomar en cuenta la Sentencia T-342/94 que plantea como ante la amenaza concreta de violación de los derechos fundamentales de la comunidad indígena “Nukak-Maku” a la libertad, libre desarrollo de la personalidad y libertades de conciencia y de cultos, y principalmente de sus derechos culturales que, como etnia con características singulares, tienen el carácter de fundamentales en cuanto constituyen el soporte de su cohesión como grupo social.

La Corte establece de manera precisa la protección Constitucional a la diversidad étnica y cultural como sigue: El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado. El reconocimiento de la referida diversidad obviamente implica que dentro del universo que ella comprende y es consustancial, se apliquen y logren efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de las comunidades indígenas. Por consiguiente, cualquier acción de las autoridades públicas o de los particulares que impliquen violación o amenaza de la diversidad étnica y cultural de la comunidad “Nukak-Maku”, puede configurar la transgresión o amenaza de vulneración de otros derechos que son fundamentales, como la igualdad, la libertad, la autonomía para el desarrollo de la personalidad, la salud y la educación.

En cuanto a la libertad de cultos en esta sentencia la Corte establece: La libertad reconocida por la Carta Política de profesar y difundir una religión, que comporta el deber correlativo de no pretender, a través de la fuerza o de otros medios censurables e ilegítimos, homogeneizar religiosa ni culturalmente los diferentes estamentos sociales, significa para la comunidad indígena “Nukak-Maku” el derecho de poder conocer y practicar cualquier otra clase de pensamiento o culto religioso, lo cual es posible, sin que ello conduzca inevitablemente a una situación de conflicto entre su cultura y la de los extraños.

La Sentencia SU-510/98 del Resguardo Indígena Ika o Arhuaco, la Corte considera que la militancia o el proselitismo de otras religiones, dentro de territorio

Arhuaco, independientemente de que se realice por miembros de la comunidad o por terceros, pertenece a un género de conductas que por atentar contra el núcleo de las creencias de la comunidad, pueden ser objeto de serias limitaciones por parte de las autoridades internas y corrobora lo anterior la Sentencia T-1022/01, donde la Corte refiere el siguiente análisis:

Las sociedades y las culturas se han ido formando y conformando paulatinamente a través de la historia. La naturaleza humana va trazando las líneas de una nueva estructura, en un proceso vital que congrega un cúmulo de costumbres, tradiciones, sentimientos, actitudes, característicos de una determinada colectividad. Esta realidad no es extraña a las comunidades indígenas, quienes desde la conquista y colonización europea del continente americano sufrieron la implantación, generalmente violenta, de estructuras políticas, religiosas, económicas y sociales con el fin -hoy por hoy bastante discutible- de “civilizar” a estos pueblos. De lo que sí no cabe duda es del peyorativo proceso de aculturación que desde antiguo han padecido los pueblos indígenas. En este orden de cosas la comunidad Yanacona prohijó la religión católica -tema en el cual los extremos procesales demuestran consenso-, sin que ello haya interferido o afectado negativamente su identidad de pueblo indígena, ya que al respecto conserva un conjunto de costumbres y tradiciones, con los sentimientos inherentes que se trasmiten a través de la tradición.

Es menester que las y los jueces tengan en cuenta si en su respectivo país opera el fuero personal o el territorial a fin de aplicar dicho fuero. En el caso Colombiano la Corte Constitucional determinó los elementos que constituyen la noción de fuero indígena; por una parte, el elemento personal, con el que se pretende señalar que “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad” y, por otra, el elemento territorial, según el cual las autoridades indígenas pueden juzgar “las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas”. Sin embargo, cuando un indígena realiza una acción reprochable afectando a quien “no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo”, el juez penal puede “enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad”; por tanto, éste deberá tener en cuenta los siguientes criterios de interpretación:

En primer lugar, cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento jurídico nacional, en principio, los jueces penales son los competentes para conocer del caso; sin embargo, éstos deberán “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 segundo lugar, si la conducta se encuentra sancionada en ambos ordenamientos, el juez penal 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 y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos".

3. Reconocimiento material del derecho propio

El concepto de sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, hace referencia a una noción que da centralidad al reconocimiento. Lo que en realidad se reconoce no es la potestad de impartir justicia, sino la existencia de los sistemas jurídicos propios y específicos de los pueblos indígenas y la potestad que ellos mismos les confieren a algunas personas de su comunidad para impartir justicia.

Dicho de otro modo ese concepto es relativo de manera directa al hecho de que los indígenas tienen sus propias filosofías jurídicas, sus privativos órdenes normativos, sus adecuadas instituciones y sus pertinentes jueces; y, que en tal orden, dichas instituciones y jueces son diferentes, competentes, independientes y autónomos en sus procedimientos y decisiones.

Con el reconocimiento de la jurisdicción lo que se acepta es la existencia real y jurídica de la autonomía diferencial de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas respecto del sistema jurídico nacional que lo reconoce, con base en las siguientes características propias: un sistema cultural, una trayectoria histórica, una formación jurídica y una configuración política; vale decir, son sistemas jurídicos que dependen de sus propios sentidos de espiritualidad, resistencia, justicia y autonomía.

Podemos considerar en el caso del baño de ají una práctica de derecho propio a pesar de no estar conforme con el ordenamiento nacional, estos elementos que siguen contribuyen a dilucidar este común interrogante.

Se debe partir del Bloque Intercultural Jurídico (BIJ) entendido como un conjunto de normas legislativas⁸ que permite una doble entrada para determinar la

⁸ Para Rodríguez (2005) "las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios..." (citando a Zagrebelsky (1995:23) confirma)... 'Por ello, distinguir los principios de las reglas significa a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley'... (termina aclarando apoyado nuevamente en Zagrebelsky (1995:110) en la nota a pie de página)... Esta aparente simplificación, se atenúa cuando supone que las Constituciones a su vez contienen no sólo principios sino también reglas" (Rodríguez, 2005:10).

competencia de la Jurisdicción Especial Indígena: el autorreconocimiento de los indígenas, y en segundo lugar la potestad de los pueblos de impartir justicia, con ello se brinda una integralidad básica para no quebrar el ordenamiento: respeto y protección de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y respeto y protección de los derechos individuales de las personas indígenas. Con ello la gente indígena puede acceder a la jurisdicción con tranquilidad con el fin de obtener pronta, específica y cumplida justicia.

El fundamento se halla en la necesidad de los pueblos indígenas de que ese derecho no sea vulnerado, y del sistema de que no se paralice el servicio de justicia, por lo que la protección de la jurisdicción indígena protege el interés general de la estabilidad del sistema jurídico, para no generar incertidumbres que desdibujen los mecanismos institucionales legítimos de administración de justicia. Por ser la seguridad jurídica uno de los bienes máspreciados que el Estado garantiza, no puede quebrantarse ese principio, pues ella asegura la existencia de la sociedad pluriétnica y la paz interior intercultural.

El BIJ contempla los tratados internacionales, la Constitución vigente, la legislación nacional e indígena y por supuesto la ley de origen.

4. El Bloque de Constitucionalidad en Colombia

A continuación presentamos el denominado Bloque de constitucionalidad que es aplicado en la mayoría de países de la región, los Estados incorporan en su constitución respectiva el ordenamiento internacional de derechos humanos dándole el estatus de normas constitucionales.

En el caso de la Constitución colombiana establece que el Estado reconoce los principios del derecho internacional aceptados por el país (Art. 9º), así como la necesidad de interpretar las normas de derechos humanos “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (Art. 93), de no entender las normas de derechos y garantías de la Constitución y los Convenios internacionales como “la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (Art. 94); la prohibición de negar las reglas del Derecho internacional Humanitario en caso de declararse el estado de excepción (Art. 214); la incorporación dentro de la legislación interna colombiana de todos los Convenios internacionales del trabajo (de la OIT, Organización Internacional del Trabajo) firmados y ratificados por Colombia (Art. 53), y el hecho de que los límites previstos por la Constitución de 1991 “sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el Presidente de la República” (Art. 102, Nº 2), es lo que se denomina el Bloque de Constitucionalidad.

Para el caso de los Pueblos Indígenas, podremos ver tres fuentes normativas principales para interpretar lo que significa la Jurisdicción Especial Indígena (dos internacionales y una constitucional), según el siguiente cuadro:

Bloque de constitucionalidad*

Normas internacionales		Norma constitucional
Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991)	Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas	Constitución Política de Colombia
<p>Artículo 8 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.</p> <p>Artículo 9 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.</p>	<p>Artículo 18 Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.</p>	<p>Artículo 246 Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.</p>

* Las normas que se incluyen en el bloque de constitucionalidad no son todas las existentes en el caso de Colombia, solo se incluyen estas pocas a manera de ejemplo.

III. Elementos de ponderación e interpretación

Las culturas no se relacionan en abstracto, y cuando se relacionan no son las personas portadoras de cultura las que determinan el hecho intercultural, aunque sin ellas no se podría manifestar explícitamente. Lo que se relacionan no son indígenas con no indígenas, sino tradiciones espirituales con filosóficas, leyes con costumbres, palabras con conceptos, problemas con soluciones, y necesidades con satisfacciones. La preposición “entre” es denotativa de una relación entre significaciones, sentidos, costumbres, tradiciones, y modos de vida. En suma, relación de significaciones que son distintas entre sí, suscitadas por una misma cosa o situación en contacto.

Según la Corte Constitucional Colombiana:

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad... En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. (Sentencia T-496/96)

La misma Corte señaló que

Aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución -directa o indirecta-, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. (Sentencia T496/ 96)

Una primera solución a este tipo de conflictos, se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. Así lo entendió la Corte Constitucional, que en sentencia hito T 496

de 1996⁹ estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Resulta evidente, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos.(el subrayado es de la Corte)

El marco constitucional colombiano permite entender la importancia colectiva e individual de la protección cultural, espiritual e identitaria de las personas y de los pueblos indígenas. En cierta medida la Corte ha previsto la interculturalidad como se menciona a continuación:

La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el ethos y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, sólo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política.

(Sentencia T 496/ 96)

En la interpretación jurídica sobre el principio de diversidad étnica y cultural, respecto de la solución constitucional a conflictos con otros principios de igual jerarquía, se desarrolló la idea de diálogo intercultural, como un mínimo de con-

⁹ Se entiende por Sentencias Hito aquéllas en las que la Corte trata de definir con autoridad una sub regla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre ratio y obiter, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente, son sentencias hito. Es importante notar, igualmente, que las SU no son, a priori, estructuralmente más importantes que sentencias normales de revisión (T-) dentro de la línea. El peso estructural de la sentencia dentro de la línea tiene que ser apreciado en concreto por el investigador.

Para ampliar la información sobre las distintas sentencias de la Corte Colombiana revisar el texto del profesor Olano: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/13Olanoult.pdf

vivencia entre las distintas culturas. Mínimo que debe ser tenido en cuenta en la administración de justicia.

Cabe recordar que al ser relacional, la interculturalidad no busca ni la secesión judicial ni la subsunción de la jurisdicción indígena en cualquier otra ni viceversa; por el contrario busca que se puedan conectar —eso sí— preservando la identidad judicial y construyendo la cooperación, para que los sistemas jurídicos se desarrollen manteniendo celosamente sus respectivas independencias y armonías internas.

1. Ejemplo de ponderación

En sentencia constitucional de unificación, de referencia SU- 510 de 1998, se planteó un problema jurídico entre derechos individuales y derechos colectivos, en donde se encontraban en conflicto el derecho de libertad de cultos con el derecho colectivo a la integridad e identidad cultural, y donde la Corte se planteó el siguiente problema jurídico: ¿las autoridades tradicionales de una comunidad indígena pueden limitar el ejercicio de libertad de cultos de miembros pertenecientes a ella, en aras de preservar la integridad e identidad de su cultura?

LOS EVANGÉLICOS

La Corte Constitucional al respecto determinó que:

En el presente caso quedó demostrado que los dogmas y prácticas religiosas de los indígenas (...) contradicen elementos centrales de la cosmovisión (...) Adicionalmente, se probó que tal contradicción compromete seriamente (1) la organización político – religiosa de la comunidad; (2) la obediencia y respeto a las autoridades tradicionales y (3) el acatamiento de normas tradicionales (...) En este sentido puede afirmarse que el ejercicio de la libertad religiosa (...) amenaza gravemente el derecho fundamental a la integridad cultural de la población". Prosigió la Corporación diciendo que "en el caso presente, la actuación de las autoridades indígenas se relaciona directamente con el corazón de las creencias que conforman la cosmovisión (...) y en virtud de las cuales adquieren y reproducen constantemente su identidad como pueblo diferenciado. Esperar de las autoridades indígenas un comportamiento diverso, sería obligarlos a renunciar a sus creencias más firmes y arraigadas, puesto que en ellas descansa su identidad y, por consiguiente, sus rasgos distintivos etnoculturales.

La Corte terminó amparando y privilegiando los derechos fundamentales a la integridad cultural de la comunidad indígena sobre la libertad de cultos, como

consecuencia de que estas autoridades están embestidas y facultades para proponer los límites que ellos consideren convenientes con el fin de preservar su legado cultural.

IV. Peritaje antropológico

Los indígenas son procesados con base en valores vehiculados en un orden, un idioma, y un procedimiento diferente al propio. Así, la impartición de “justicia”, pierde su sentido. El peritaje antropológico intenta aportar un poco de comprensión al caso indígena que se está enjuiciando, al explicar la acción “delictiva” desde la visión interior de la cultura jurídica indígena. Sin embargo, el perito es un apoyo al juzgador, quien es el facultado para armar el caso según la lógica del derecho estatal. De esta manera, por ejemplo, de nada servirá mostrarle que en una comunidad indígena las acciones que se cometan en estado de ebriedad de una persona no serán consideradas como delictuosas, o que es una obligación erradicar cualquier elemento (animal, vegetal, humano) que altere el equilibrio social.(Sánchez: 2005:31).

El peritaje cultural representa una herramienta de suma utilidad para el defensor cuando la conducta de su defendido puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece, ya que permite poner la luz sobre los hechos y las valoraciones que se hacen de aquellos desde la perspectiva cultural que es la suya.

El peritaje jurídico-antropológico sirve al defensor de herramienta para mostrar que la conducta del sujeto indígena está relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad a la cual pertenece, es decir, que permite efectuar un salto cualitativo en la argumentación de defensa del indígena procesado, así de combatir la culpabilidad, se pasa a combatir la anti-juridicidad de la conducta litigiosa. La argumentación jurídica ya no se centra en las condiciones propias del individuo procesado, sino en la conducta en sí misma. La estrategia de defensa se centra entonces sobre las causas de justificación para la exclusión del delito (Lechenal, 2008: 192).

En esta perspectiva, el peritaje jurídico-antropológico se presenta como un instrumento fundamental para conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas al “objetivar” lo jurídico, inmerso en las relaciones sociales de estas. Del mismo modo, se constituye como un instrumento de traducción de un lenguaje al otro, o de una lógica cultural a otra, del lenguaje del sentido común y oral de la comunidad y de su lógica cultural propia al lenguaje especializado del juez y a la lógica jurídica del derecho positivo.

Los periciales examinan diversos tipos de conducta que pueden considerarse como racionales o irracionales, siempre reviste especial interés la relación entre

diferentes estructuras ya sean económicas, religiosas o políticas. Esto implica una visión holística, un trabajo de campo sobre el terreno, un análisis comparativo y una manera particular de elaborar conceptos generales a partir de datos empíricos¹⁰.

Lo que el operador judicial que revisa el concepto pericial no puede hacer es considerar su palabra como la última y única. Puede con la autoridad del pueblo respectivo considerar una solución conjunta. Esta coordinación inter jurisdiccional permite una armonización entre sistemas jurídicos paralelos donde uno no subordina al otro.

Lo que está en tela de juicio es la creencia dominante en un sistema jurídico que genera reglas de conducta —expresión de valores culturales— generales, que son la base de enjuiciamiento a personas cuyos valores culturales son diferentes, ajenos a los “generales”. En este sentido, el apoyo que brinda el peritaje antropológico será limitado mientras no se reconozca la (co)existencia formal de la jurisdicción estatal y la jurisdicción consuetudinaria indígena.

La antropóloga Esther Sánchez afirma que para desarrollar los entendidos o dispositivos particulares, concebidos para comprender, estructurar y proyectar la información procedente de los diferentes casos individuales o colectivos, que guían la realización de las pruebas judiciales antropológicas, se requieren cuatro ejes:

- La primera cuestión a plantear es la posibilidad de valorar en el marco de una nación los derechos y las justicias indígenas tienen que ver con “no ver que no vemos”.
- Desde la perspectiva de la cibernetica, los sistemas autorregulados son sistemas cerrados desde el punto de vista de la información.
- Tercer aspecto ¿Conocimiento empírico y/o conocimiento en construcción?
- Los “indios” han sido conocidos como seres cuya identidad ontológica está definida por nacimiento o por portar determinadas características. Pero no son pensados y tratados como seres en devenir cuya identidad no es el mantenimiento de algo inmanente y estático, sino que son invención permanente de identidad en relación tanto al propio mundo como al externo.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en una sociedad multicultural, implica entonces la captación interpretativa del sentido, y el conocimiento profundo de las señales que cada sociedad emite como construcción diferente

¹⁰ Para ampliar la información en el tema de peritaje antropológico ver: LECHEMAL, Cecile. (2008) Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México, En: Hacia sistemas Jurídicos Plurales, Konrand Adenauer, Bogotá.

entre otros aspectos de la vida armónica, del límite para evaluar el peso de las acciones dañinas sobre su universo natural, animal y personal.

Debe entonces el juez u operador judicial echar mano del peritaje en los tres casos o solo es necesario cuando se presentan dudas razonable por parte del operador, esta consideración implica que no siempre es obligatorio el peritaje, pero por las características de los temas abordados en los tres casos de entrada podríamos reconocer la pertinencia del peritaje para todo caso como regla general. Entendiendo que las propias autoridades indígenas también pueden dar cuenta de su propio ordenamiento jurídico y no siempre a través de un profesional autorizado.

V. Literatura recomendada

- ARIZA, Rosembert (2010) El derecho Profano, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- CHIVI VARGAS,I. M (2009)Los Desafíos de la Justicia Comunitaria (y Bases para una “Ley de Deslinde Jurisdiccional”), La Paz, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2009; El valor de la jurisdicción indígena originario campesina en Bolivia, en Aporte DPLF (Fundación para el Debidio Proceso Legal
- GAVIRIA, Carlos. (2002). Sentencias: Herejías constitucionales. Fondo de Cultura Económica. Bogotá.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Pensamiento Jurídico – Revista de teoría del derecho y análisis jurídico No. 12 “Justicia Comunitaria” Parte I. Santafe de Bogotá: Unibiblos, 2000.
- CORTE CONSTITUCIONAL. (1994) Sentencia T-254. Magistrado ponente. Eduardo Cifuentes Muñoz
- (1996) Sentencia C-139. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
 - (2003) Sentencia T-522 Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández
 - (2003) Sentencia T-552 Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil
 - (2005) Sentencia C-059 Magistrado ponente Clara Inés Vargas Hernández
 - (1996) Sentencia T-496 Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
 - (2004) Sentencia T-1238. Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil
 - (1996) Sentencia T-349. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
 - (1997) Sentencia T-523. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.
 - (2003) Sentencia C-127. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.
 - (1998) Sentencia SU-510. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz
 - (1995) Sentencia C-536 Magistrado ponente Vladimiro Naranjo
 - (2001) Sentencia C-1195 Magistrados ponentes Manuel José Cepeda y Marco Gerardo Monroy
 - (2004) Sentencia C-103 Magistrado ponente Manuel José Cepeda
 - (2001) Sentencia T-1022 Magistrado ponente Jaime Araujo Rentería
 - (2002) Sentencia T-239 Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra
 - (2006) Sentencia SU-154

VI. Bibliografía Consultada

- ARIZA, Rosembert. (2007) Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia En: Justicia Consuetudinaria. ¿Un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente. Quito. La Paz: Konrad Adenauer Stiftung,
- BONILLA; Daniel (2005) Los Derechos Fundamentales y la diferencia Cultural. Análisis del caso colombiano Universidad de los Andes. Bogotá
- GÓMEZ, Herinaldy (2000) De la coordinación entre el sistema judicial y la jurisdicción indígena En: De la justicia y el poder indígena. Serie Estudios Sociales. Editorial Universidad del Cauca.
- GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio (2008) Presidente Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. “Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena. Avances del caso Colombiano” Intervención realizada en el Encuentro Regional Andino de Interculturalidad y Acceso a la Justicia (Santa Cruz, Bolivia) Noviembre 17 de 2008.
- ITURRALDE, Diego (2009) Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena y la modernización del estado. En: Los derechos colectivos: Hacia una efectiva comprensión y protección. Libro 16 Ministerio de justicia y derechos humanos, Ecuador.
- LECHENAL, Cecile. (2008) Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México, En: Hacia sistemas Jurídicos Plurales, Konrand Adenauer, Bogotá
- SANCHEZ BOTERO. Esther. (2004) Justicia y pueblos indígenas de Colombia: La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural, 2^a ed., Bogotá, UNI-JUS, Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales.
- SANCHEZ BOTERO. Esther. (2005) Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los Sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas.
- ZAMBRANO, Carlos. (2005) Módulo de capacitación intercultural para la sensibilización de la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena. Consejo Superior de la Judicatura Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Organización Nacional Indígena de Colombia y Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. Sin publicar.

Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas

Aresio Valiente López

I. La dimensión intercultural

Como fue anteriormente señalado, los pueblos indígenas cuentan con sus propios sistemas políticos, jurídico y culturas, y poseen una cosmovisión que se diferencia de otras culturas que existen en nuestros países. El tema de acceso a la justicia de los pueblos indígenas nos lleva a reflexionar sobre los valores, principios y normas que deben ser tomados en cuenta por las instituciones estatales encargadas de administrar justicia.

Los pueblos indígenas, al igual que el resto de la ciudadanía, tienen dificultades generales para acceder a la justicia, no obstante en su caso estas dificultades se agravan por sus niveles de marginalidad y también por la falta de políticas interculturales de justicia.

En las constituciones de nuestros países y en los instrumentos internacionales de DDHH, se han plasmado principios fundamentales de todos los seres humanos; uno de ellos es el derecho de acceso a la justicia, que es la facultad que tiene toda persona a acudir a los tribunales, para resolver sus conflictos y de esta manera proteger sus derechos y libertades, a fin de garantizar el pleno ejercicio de los mismos. Es la posibilidad de toda persona de acudir a los tribunales para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento de cada país, y de obtener pronta atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas.¹¹

Pero para los pueblos indígenas esta definición queda corta, ya que las circunstancias y los elementos culturales de ellos, los hacen diferenciarse del resto de las culturas que existen en nuestros países; por ende, no se puede plantear el acceso a la justicia de éstos grupos humanos sin tomar en cuenta la **cosmovisión y los valores culturales** que ellos poseen.

Para los pueblos indígenas el Acceso a la Justicia tiene dos vertientes; la primera consiste en **acceder a su propia justicia tradicional** o jurisdicción indígena, y de esta manera aplicar los modos naturales de resolver sus conflictos sociales en sus territorios ancestrales, cumpliendo con el principio del debido proceso, derecho a la defensa, entre otros, reconocidos en sus normas internas y en las leyes nacionales e instrumentos internacionales de DDHH.

¹¹ THOMPSON, José, “Introducción”, en *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudios en siete países de América latina*, San José, Costa Rica. Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de DDHH, 2000, p. 25.

La otra vertiente del acceso a la justicia tiene que ver con la posibilidad que tienen las personas indígenas de **acceder a la justicia estatal**, lo que requiere del ejercicio de una serie de derechos específicos reconocidos como el derecho a una defensa adecuada y la inclusión de intérpretes, traductores, peritos, abogados especializados, entre otros.

Las instituciones jurisdiccionales estatales antes de emitir sus decisiones en los casos indígenas, o cuando una de las partes es un indígena, **deben contar con suficientes elementos de juicio para tener claridad en el reconocimiento de las diferencias culturales y así poder interpretar la cosmovisión indígena**, la cual han de incluir en sus valoraciones axiológicas. Los Tribunales estatales deben tomar en cuenta en sus fallos los elementos culturales, sociales, económicos y espirituales de los pueblos indígenas, incluyendo el hecho de pertenecer —en muchos casos— a un grupo social extremadamente pobre, marginado y discriminado, y más cuando son privados de libertad en los centros penitenciarios, ya que no son atendidos y tratados de igual forma que los “latinos” o no indígenas.

II. El acceso a la justicia en los instrumentos internacionales

Siguiendo los principios previstos en la Declaración Universal de DDHH (DUDH)¹², la Convención Americana sobre DDHH (CADH), en el numeral 1 del artículo 8 previó como una de las garantías judiciales de toda persona:

[...] el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

También la CADH, en su artículo 25, establece el principio de Acceso a la Justicia señalando que

¹² Declaración Universal de DDHH: Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un derecho efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución por la ley. Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Artículo 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

No obstante, en el caso de los pueblos indígenas el principio de acceso a la justicia no implica sólo hacer efectivas sus garantías judiciales —como el principio del debido proceso— sino establecer los medios para que el **recurso** sea **efectivo** aún cuando sea ejercido desde su propia diferencia cultural y sirva para la reivindicación de sus derechos históricos relativos a sus formas de vida, territorios ancestrales y los recursos naturales. Los casos resueltos por la Corte Interamericana de DDHH en materia indígena muestran que con frecuencia el acceso a la justicia de los indígenas en los Estados tiene notables limitaciones.¹³

Vemos entonces que en los **casos** planteados en este manual, si ya se estableció cuál es el tribunal que debe conocer cada caso y cuál es el derecho que se va aplicar en su resolución, queda por definir los medios materiales para que las personas accedan tanto a sus jueces tradicionales —caso del homicidio, allanamiento y violación—, a la justicia ordinaria —tráfico de estupefacientes y portación de arma— o a los tribunales superiores —conflicto religioso—.

De acuerdo con el artículo 12 del **Convenio 169 de la OIT**, los pueblos indígenas deberán tener una protección efectiva contra la violación de sus derechos y podrán iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Así mismo, establece que deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, interpretes u otros medios eficaces.

Podemos entender que hay tres elementos clave para respetar el principio de acceso a la justicia de los pueblos indígenas:

¹³ Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (párrafo 139); Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005 (párrafo 164); Caso Escué Zapata vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007 (párrafo 111); Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (párrafo 133); Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005 (párrafo 176); Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (párrafo 185); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (párrafo 248.1); Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (párrafo 170); Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (párrafo 104).

- El derecho a acudir o ser juzgado por el **sistema normativo propio**, lo que implica, como antes se señaló, la posibilidad de que el juez se inhiba de conocer un asunto que compete a la jurisdicción indígena;
- el derecho de hablar en su **propio idioma** ante los tribunales estatales y por consiguiente la posibilidad de usar traductor o interprete, y
- el derecho a que sus **características y especificidades culturales** sean debidamente tomadas en cuenta dentro de los juicios en que son parte, lo que obliga al uso de periciales antropológicas o culturales, la recepción de documentales en idioma propio, el testimonio de ancianos u otras personas de la comunidad para comprender la normatividad interna, etc.

El espíritu de este reconocimiento se dirige a que los pueblos indígenas tengan un derecho, no sólo escrito sino eficaz, para asegurar el ejercicio de sus otros derechos y libertades fundamentales, garantizados en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales ratificados por los Estados. Contar con intérprete en todas las diligencias judiciales es la clave para comprender y hacerse entender, ya que el lenguaje que se emplea en las mismas, es un lenguaje altamente especializado y calificado por el medio de los abogados, lo que crea una doble barrera de comprensión para los sometidos a juicio.

Por su parte, la DNUDPI, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007¹⁴, también ha contemplado, en el artículo 40, que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de DDHH.

Vemos que este texto es mucho más amplio en el sentido de hacer ver que lo que se toma en cuenta no son sólo costumbres y hábitos, sino el reconocimiento de que estos sujetos provienen de contextos normativos diferenciados aún dentro del Estado nacional.

III. Acceso a la justicia y jurisdicción indígena

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas tiene **barreras** en la cobertura territorial de los tribunales, la excesiva judicialización de los conflictos, el formalismo

¹⁴ La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) obtuvo voto favorable de la mayoría de los países latinoamericanos durante la sesión del 13 de septiembre de 2007 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

excesivo de los tribunales, el uso dominante del idioma no indígena y el tratamiento discriminatorio.¹⁵

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas raramente constituye un objetivo claro en las reformas judiciales del continente. Sin duda los pueblos indígenas siguen siendo marginados, excluidos de las cuestiones institucionales, a pesar de los recientes avances en el reconocimiento constitucional en algunos Estados. **Los pueblos indígenas no están familiarizados con las leyes estatales ni con los procedimientos legales para el ejercicio efectivo de sus derechos**, y la mayoría de ellos no cuentan con un nivel educativo formal y económico favorable, lo que limita el ejercicio efectivo de su derecho al acceso a la justicia.¹⁶

Los modos de resolver los conflictos sociales en el mundo indígena se diferencian de la justicia ordinaria. En la justicia indígena no se basan en formalismo sino en la búsqueda de la solución real, efectiva y duradera, y de restablecer la unidad de la comunidad la cual ha sido desquebrada por el conflicto social, basado en el principio de la equidad y de la colectividad, cuya base es la cosmovisión indígena. Mientras que en la justicia ordinaria o estatal se percibe muchas veces un formalismo exagerado; la moral judicial y la solución de la controversia se conforman a interpretaciones rígidas del derecho.¹⁷

A pesar de establecerse en las constituciones modernas latinoamericanas el reconocimiento de la jurisdicción indígena, para atender y resolver los problemas sociales que surjan en los territorios indígenas, no se han emitidos leyes para desarrollar esta jurisdicción especial o dicha legislación plantea dudas en cuanto a su compatibilidad con el derecho de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas.

La construcción de la gobernabilidad democrática y la búsqueda del Estado de Derecho en los países donde la población en su mayoría, o un gran porcentaje de ella son indígenas, no será posible sin la participación activa e inclusiva de ellos. Las reformas judiciales han sido orientadas a la “modernización” del aparato judicial, sin la debida reflexión sobre una necesaria interculturalización institucional y procedural, y aún deben considerarse insuficientes para garantizar la efectividad del acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

¹⁵ MALLUCUNDO CADENA, Eugenio, “*Bolivia: Acceso a la Justicia de las personas y los pueblos indígena y la Defensoría del Pueblo de Bolivia*”, en *Ombusman y Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígena: estudios de caso en Bolivia, Colombia, Guatemala y Nicaragua*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de DDHH-IIDH, 2006, p. 35.

¹⁶ FEIRING, Birgitte (editora), *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en La Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2009, p. 84.

¹⁷ VALIENTE LÓPEZ, Aresio, “*Los Modos de Resolver los Conflictos Sociales en el Mundo Indígena*”, en *Derecho Indígena en Panamá. Cuadernos de Ciencias Sociales No. 5*, Panamá, FLACSO-PANAMÁ, Arpía Impresores, 2011.

La efectividad del principio de *acceso a la justicia* es una de las condiciones para el perfeccionamiento de la democracia y del Estado de Derecho. El acceso a la justicia de los pueblos indígenas se puede analizar desde diversos puntos de vista, y los cuales exceden el derecho de accionar las instituciones jurisdiccionales para obtener justicia. En base a los casos hipotéticos planteados en el presente manual analizaremos el tema de acceso a la justicia, desde diversos componentes.

IV. Derecho a la defensa técnica y traductor

Cualquiera persona, incluyendo el indígena, parte de un proceso deben contar con un profesional del derecho en todas las diligencias judiciales para hacer efectivos sus derechos procesales. La CADH, ratificada casi por todos los países latinoamericanos, establece en el Artículo 8:

2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

[...]

En el contexto de una persona indígena que acceda a, o se vea involucrada en un procedimiento ante la justicia estatal, estas garantías se traducen en la necesidad de proveer a la persona indígena de un abogado que conozca y entienda la cosmovisión indígena o cuente con el asesoramiento de un perito especializado en materia indígena, a fin de garantizar el Derecho a la Defensa y de esta manera sea efectivo el Acceso a la Justicia.

Por otra parte, en la mayoría de las constituciones modernas latinoamericanas se han reconocido los idiomas indígenas como parte de los derechos constitucionales a favor de los pueblos. Es decir, expresarse en su propio idioma, también ante las instancias estatales, viene reconocido como un derecho fundamental de los indígenas.

Cuando en un proceso una de las partes es miembro de una comunidad indígena, el operador de justicia debe cerciorarse de que él entienda realmente los

términos que se utilizan en la diligencia judicial. Además, **lo que el o ella manifieste debe ser comprendido efectivamente por las autoridades judiciales**. Al respecto, la CADH, en su artículo 8 exige que:

2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

Ahora bien, en el caso de los indígenas el derecho al traductor es también una reivindicación que les permite hablar sus propias lenguas, en su país ante las entidades públicas del mismo. En tal sentido el hablante de la lengua indígena no necesita ser monolingüe para gozar del derecho de expresarse en su propio idioma ante los tribunales.

De acuerdo con lo anterior, el Estado está en la obligación de proveer a los indígenas una interpretación de calidad sobre los conceptos o palabras que han de emplearse en las diligencias judiciales y del idioma indígena, para que los interesados puedan entender las jergas de los Tribunales e interpretar en forma efectiva las ideas expuestas por los indígenas. La obligación del Estado no queda eximida en caso que los indígenas hablen español.

Es una práctica común hacer declarar a los indígenas que saben hablar, incluso leer y escribir en español, pero en realidad no entienden los términos legales utilizados en las diligencias judiciales, lo que los sitúa en una evidente desventaja a la hora de defender sus derechos. La persona que va a realizar la interpretación del idioma indígena, debe ser un profesional que entienda bien los términos legales, así como el idioma y el contexto cultural indígena, para que sea efectiva la interpretación del lenguaje jurídico y el idioma indígena, y de esta forma se garantizaría un verdadero acceso a la justicia.

En relación a lo anterior, el artículo 12 del **Convenio 169 de la OIT establece:**

[...] Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

En la mayoría de los casos, no se recurre a intérpretes en los procesos que involucran personas indígenas, y en aquellos casos dónde sí se utilizan, existe la dificultad de que el intérprete no está preparado para realizar traducciones de términos técnicos legales, lo que dificulta la comprensión de los indígenas en las diligencias judiciales.

También la DNUDPI señala que las personas que administran justicia, llámense fiscales o jueces, deben tomar en cuenta dicha declaración cuando un indígena es involucrado en un proceso judicial. Así prescribe el Artículo 13 numeral 2 de la DNUDPI que

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

En el **Caso de Sancha “la traficante”**, María Sancha decidió hablar en las diligencias judiciales en su idioma materno, a pesar de que ella hablara bien el español. En la medida en la que las constituciones de los Estados latinoamericanos han ido reconociendo los idiomas indígenas como oficiales, tal actuar está protegido por el propio orden constitucional. Pero incluso más allá de tal reconocimiento constitucional, la persona indígena tiene derecho a contar con intérprete, a fin de que le traduzca de y a su idioma materno es una de las garantías judiciales plasmadas en literal (a) del numeral 2 del artículo 8 de la CADH. **El Derecho a hablar en su idioma natural o ancestral es parte de la costumbre de los pueblos indígenas.**

La no proporción de parte de la entidad investigadora o de parte del juez de un intérprete o traductor a un indígena en sus diligencias judiciales, constituiría, por tanto, una violación de su Derecho de Acceso a la Justicia. Es decir, si el indígena o cualquier persona que no habla o no entiende el idioma que se emplea en las diligencias judiciales o en el Tribunal no cuenta con un intérprete o traductor, todo lo actuado en ellas debe considerarse nulo, sea de nulidad absoluta o relativa según las circunstancias.

Tanto las instituciones de investigación como los Tribunales, deben contar con traductores o intérpretes calificados, a fin de que el lenguaje jurídico sea efectivo en los idiomas indígenas. Para eso es necesaria la formación de traductores legales de las lenguas indígenas para que el Estado pueda cumplir con su deber de garantizar el Derecho de Acceso a la Justicia de parte de los pueblos indígenas en su lengua materna.

V. Peritaje cultural y peritaje jurídico-antropológico

Para comprender la realidad indígena, cuando una de las partes es miembro de un pueblo indígena, o cuando el caso involucra intereses colectivos indígenas, los

operadores de justicia deben auxiliarse de un grupo de profesionales interdisciplinario, inclusive de los sabios de un pueblo o de sus autoridades tradicionales, a fin de entender la cosmovisión indígena (peritaje cultural) y el sistema normativo propio (peritaje jurídico-antropológico) que en ella descansa, a fin de garantizar el ejercicio efectivo el Derecho a la Defensa y el Derecho al Acceso a la Justicia.

En referencia al **Caso de María** (homicidio, allanamiento y violación), los victimarios Pedro y Álvaro (mestizo), fueron procesados y sancionados de acuerdo a la tradición indígena. El tribunal estatal que conoce el caso o que tiene la competencia del negocio jurídico, antes de emitir su decisión debe buscar el apoyo de profesionales de otras ciencias sociales (antropología, sociología, psicología, trabajo social, entre otras), para realizar el peritaje cultural o antropológico, a fin de determinar y entender el proceso seguido en el caso y las sanciones impuestas por la comunidad.

La práctica del peritaje cultural se deriva, a nivel internacional, del derecho de los pueblos indígenas plasmado en el numeral 2 del artículo 9, y en el numeral 1 del artículo 10 del Convenio 169 de la OIT de 1989¹⁸.

El artículo 9 Convenio 169 de la OIT estipula:

[...]

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

A su vez, el artículo 10 Convenio 169 de la OIT dice:

¹⁸ Los países que no han ratificado el Convenio 169 de la OIT de 1989 pueden seguir aplicando el Convenio 107 de la OIT de 1957, si lo tienen ratificado, específicamente los siguientes artículos:

Artículo 8. En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país:

a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones;

b) cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal.

Artículo 9. Salvo en los casos previstos por ley respecto de todos los ciudadanos, se deberá prohibir, so pena de sanciones legales, la prestación obligatoria de servicios personales de cualquier índole, remunerados o no, impuesta a los miembros de las poblaciones en cuestión.

Artículo 10. 1. Las personas pertenecientes a las poblaciones en cuestión deberán ser objeto de protección especial contra la aplicación abusiva de la detención preventiva y deberán contar efectivamente con recursos legales que las amparen contra todo acto que viole sus derechos fundamentales.

2. Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.

3. Deberán emplearse métodos de readaptación de preferencia al encarcelamiento.

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

[...]

El peritaje cultural no sólo puede ser realizado por parte de los académicos, sino también el Tribunal, la fiscalía o la defensa pueden presentar como prueba pericial los testimonios de las autoridades tradicionales indígenas para que interpreten la cosmovisión. Dichos informes tendrían el mismo valor probatorio que los de un profesional o un perito práctico.

En el **Caso de Sancha “la traficante”**, la responsable, teniendo el cargo de autoridad indígena, fue apresada fuera de su comunidad por la policía nacional estando en posesión de 2 kilogramos de pasta base (cocaína), y un arma de corto alcance sin permiso formal estatal. La comunidad de Sancha solicita al Juez que lleva la causa penal, juzgarla conforme al derecho indígena, por considerar que ella es una autoridad local.

Como determinamos más arriba, estos casos suelen corresponder a la jurisdicción del Estado por el índole del delito, pero el tribunal estatal debe tomar en cuenta las **características culturales** de la presunta responsable. En este sentido, **debe analizar si estos hechos tienen alguna causa de justificación en el contexto normativo del que proviene la acusada**. En el caso que tratamos, el tráfico de estupefacientes no tiene ninguna justificación para el sistema normativo indígena, sin embargo el porte de arma sí es una conducta esperada para dicho sistema. Mientras no se puede suponer que la norma indígena rija fuera de su contexto cultural-territorial, por lo que el delito debería ser perseguido por el Estado, al hacer el análisis dogmático se pueden encontrar una o varia causas de justificación.

El juez debe analizar si existe un hecho típico, antijurídico, culpable. Para saber si existe particularmente la antijuridicidad y/o la culpabilidad debe recurrir al peritaje antropológico que le dirá cómo esa misma conducta es valorada dentro del sistema normativo a la que la indiciada pertenece. En este caso es particularmente importante saber si las conductas de posesión de pasta base y de portar arma se consideran ilegítimas y reprochadas por la comunidad que cuenta con un sistema normativo amparado por el bloque constitucional. Este **conocimiento especializado sobre un sistema normativo no escrito, requiere del trabajo de un perito capaz de entender la cultura y el derecho en una sociedad indígena**.

De acuerdo a la cosmovisión indígena, la valoración del supuesto delito de portar arma sin permiso de parte de la autoridad tradicional, se puede realizar a través del peritaje cultural, y así determinar la responsabilidad penal del indígena, que debe basarse en los elementos del delito: acción típica, antijurídica y culpabilidad.

En el caso al que nos referimos **el peritaje debió arrojar que la posesión de drogas no es una conducta legítima en la comunidad de origen, por que una buena interpretación de la pericial hubiera conducido a una sentencia condenatoria por este ilícito, pero hubiera mostrado que en su calidad de autoridad, la procesada estaba no sólo legitimada para portar arma, sino que era una exigencia de su propio sistema normativo, lo que conduciría una causa de justificación —cumplimiento de un deber— o bien a una causa de inculpabilidad —la no exigibilidad de otra conducta—.**

En el **caso de contraposición de los principios** de libertad de culto y autonomía indígena, están en juego dos principios constitucionales, uno es el respeto a la identidad cultural y la autonomía de una comunidad indígena, y la otra es la libertad de culto. El tribunal también se puede apoyar en profesionales de las ciencias sociales (antropólogo, sociólogo, psicólogo, entre otros), e inclusive personas que a pesar no contar título de una entidad universitaria, tengan conocimiento y experiencia sobre la temática indígena, incluyendo a un sabio o una autoridad tradicional indígena, para que realice un peritaje sobre la realidad cultural y espiritual de la comunidad, y por ese medio valorar el impacto que tendría la restricción de uno y otro derecho, para ponderar en qué medida hacerlos compatibles y en qué medida debe prevalecer uno u otro.

VI. Acceso a la justicia de la víctima indígena

Las garantías judiciales aplican de igual manera no sólo a los victimarios sino también a la víctima del delito. Cuando el sujeto pasivo del delito es un indígena o varios individuos miembros de una comunidad indígena, las autoridades jurisdiccionales deben garantizar su Derecho al Acceso a la Justicia.

En el **Caso de María**, la víctima superviviente de los delitos tiene derecho a apelar la sanción impuesta por las autoridades tradicionales, ya que ella considera que ésta no repara o satisface sus expectativas, o la sanción no es proporcional con el daño que le fue causado. **Cualquier persona que es parte del proceso tiene derecho a someter su caso ante la autoridad superior, es decir a una segunda instancia**, tal y como está reconocido en el literal h del numeral 2 del artículo 8 de CADH.

Existen diferentes formas de tratar a las víctimas entre los sistemas normativos indígenas y más aún entre éstos y el sistema penal estatal. En el Derecho penal, la víctima del delito es considerado el individuo que resultó afectado por otro individuo o varios de ellos. En muchos sistemas indígenas los delitos son afectaciones que invaden esferas de parentesco, porque lo que éstos afectan a la colectividad, sea familia o la comunidad y a su vez estas conductas afectan la

relación armónica con la naturaleza y el mundo de los orígenes. En este sentido la **reparación en el contexto indígena trasciende las voluntades y satisfacciones individuales**.

También en estos casos el **peritaje** antropológico es una medida eficaz para entender el concepto de agravio, afectación y reparación que se maneja en el contexto cultural concreto para aquellos casos en donde haya inconformidad con la resolución emitida en primera instancia por la autoridad indígena. En los casos que tienen que ver con los recursos naturales y el ambiente, los pueblos indígenas en forma colectiva suelen concebirse como afectados, ya que la relación intrínseca, holística y espiritual, entre la naturaleza y el mundo indígena es afectada gravemente por proyectos y visiones de desarrollo que rompen el equilibrio de su cosmovisión.

Las autoridades judiciales tienen que tomar en cuenta algunos elementos claves cuando el indígena o la comunidad indígena es víctima del delito:

- Recibir tratamiento individual o colectivo con base en la espiritualidad indígena;
- Ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno sobre el curso del proceso, tomando en cuenta los vínculos de la persona que solicita la información y la directamente agraviada de acuerdo con la cultura propia;
- Permitir la intervención de sus abogados y autoridades tradicionales, sin formalidades como querellante en el proceso;
- Al fijar la indemnización a favor de la víctima, los tribunales deben determinar de acuerdo a la cultura indígena, el grado de parentesco entre la víctima y el resto de la comunidad;
- Si no cuenta con suficientes medios económicos, recibir patrocinio jurídico gratuito del Estado para coadyuvar con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y para obtener la reparación del daño derivado del delito.

VII. Acceso a la justicia de las mujeres indígenas

La mujer indígena suele ser triplemente discriminada: por su pobreza, por mujer y por ser indígena. Estos factores influyen en el tema de acceso a la justicia, ya que tanto en la cultura occidental como en el seno de sus culturas las mujeres indígenas son discriminadas. Las culturas indígenas tienden a ser patriarcales. Predomina la decisión y la voluntad del hombre, cuyos intereses sociales, políticos y económicos suelen ser más valorados en el espacio público. Las mujeres se encuentran

instrumentalizadas por las necesidades familiares y con frecuencia relegadas al plano doméstico.¹⁹

El Caso de María, mujer victimizada en su domicilio, deja ver muchas de las reminiscencias machistas que sufren las comunidades indígenas y el sistema estatal. El juzgador debe determinar si efectivamente hay proporcionalidad entre la sanción impuesta por la autoridad tradicional y los hechos, desde una perspectiva intercultural y de género.

Es muy importante que las administraciones públicas avancen en medidas de apoyo a las víctimas, como los albergues para mujeres que sufren violencia, el acceso de las mujeres a los cargos judiciales locales sin que ello les implique una doble carga en relación a los hombres. El trato a las mujeres ha sido el talón de Aquiles en la jurisdicción indígena y muchas veces un arma usada por sus detractores, por lo que la salida no es ser más tolerante con el sistema indígena en su trato discriminatorio a las mujeres, sino abrir la reflexión interna para que las mujeres locales modifiquen sus propias condiciones en alianza con actores que les permitan contrarrestar la subordinación que viven internamente.

VIII. Principios de coordinación, complementariedad e interculturalidad para el acceso de los indígenas a la justicia

La existencia simultánea de dos o más sistemas de justicia que operan en regiones de Latinoamérica ha traído enfrentamientos y contradicciones entre administradores de justicia de uno y otro sistema que acaban afectando a todos los ciudadanos, pero en especial a los usuarios indígenas, particularmente vulnerables ante la justicia.

La efectividad del acceso a la justicia de los pueblos indígenas es uno de los temas que deber ser incluido en las reformas y prácticas judiciales y un indicador clave de su eficacia. El pluralismo jurídico como nueva escuela de derecho, resuelve las aparentes contradicciones entre las concepciones monistas del derecho, con su esfera jurídica hermética, y la diversidad cultural y jurídica de nuestros países.

El punto de partida está en el reconocimiento constitucional de que existen otras formas de resolver los conflictos sociales asociados a la diversidad cultural de los países. Sin negar que “las justicias indígenas” enfrentan retos y serios problemas, también es menester reconocer sus virtudes como el ser menos burocráticas, atender con mayor cuidado a la víctima, ser más comprensibles para los usuarios,

¹⁹ VENADO, Toribia, “*La desigualdad de género entre la mujer indígena panameña*”, en *Cuadernos Nacionales. Miradas Múltiples a Nuestra Realidad*, Panamá, Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá, Tercera Epoca, No. 18, Panamá, 2010, p. 73.

y no basarse en la judicialización de los problemas sociales, sino en la búsqueda del restablecimiento de equilibrios.

1. Coordinación

Tanto la justicia estatal como la justicia tradicional indígena se deben coordinar en forma efectiva, cuando uno de los miembros es parte del proceso, a fin de garantizar la efectividad del derecho a la vez que se evite la violación de sus DDHH fundamentales. La coordinación debe buscar que el acceso a la justicia sea efectivo y el tribunal o la autoridad más adecuada den solución a la controversia planteada.

Se debe establecer en forma clara las competencias de las dos entidades jurisdiccionales y elevar el principio del respeto mutuo del trabajo de la otra. De esta forma se garantiza que el acceso a la justicia de los sujetos y pueblos indígenas sea efectivo, independientemente del organismo que resuelva el conflicto.

La justicia indígena por sus características propias no puede resolver todos los conflictos sociales que surjan en sus territorios y necesariamente algunos de estos conflictos, por su naturaleza, han de ser sometidos a la justicia estatal.

2. Complementariedad

Cualquier sistema legal y cualquier cultura es imperfecta y está en búsqueda de mejoramiento y plenitud. A partir de este reconocimiento, podemos suponer que cualquier sistema tiene la capacidad de aprender de otro, y que a partir de una acción simultáneamente diferenciada y conjunta, pueden encontrarse mejores respuestas a las demandas sociales de justicia.

La justicia indígena puede representar la complementariedad de la justicia estatal y viceversa. Ésta será una manera de dar respuesta a la problemática de las limitaciones existentes para el acceso a la justicia de parte de los pueblos indígenas. La justicia estatal enfrenta dificultades por los factores económicos, la poca celeridad en el proceso, la corrupción, el ritualismo procesal, discriminación, la inaccesibilidad geográfica y el descrédito entre otros.

La justicia indígena suele ser más eficiente y accesible para sus miembros, es menor el formalismo jurídico y disminuye el costo económico de la justicia. Además, la justicia indígena resuelve los conflictos sociales en forma inmediata e intenta hacerlo.

Por otro lado, en la justicia indígena, generalmente, existe participación efectiva y real de los miembros de la comunidad en la solución del problema, y se practica los modos naturales de resolución de conflicto como la mediación y la

conciliación, que hoy en día es parte de la justicia alternativa y restaurativa, y es parte de las reformas judiciales, la cual minimiza los conflictos sociales, disminuye la mora judicial y carga procesal de los operadores de justicia estatal.

3. Interculturalidad

Los países latinoamericanos tienen su base histórica en los pueblos indígenas. Por lo tanto, está cimentada en diferentes culturas, lo que constituye estados multiculturales y multilingües. Cada cultura tiene diferentes maneras de resolver sus conflictos sociales con base en su cosmovisión.

En la resolución de los conflictos surgidos en territorios indígenas, tanto el sistema estatal como el indígena, son co-responsables de la resolución del conflicto, esto requiere un diálogo que ponga en juego no sólo las palabras, sino las concepciones y presupuestos que hay atrás de cada enunciación. Aunque en esta interacción la premisa irrenunciable deben ser los DDHH reconocidos internacionalmente, es indiscutible que la norma siempre se interpreta en función de los contextos y los intereses que están en juego, en tal sentido es importante que la cultura indígena, con sus principios colectivos, su espiritualidad, su relación con la naturaleza, sea también un espacio de interpretación de los DDHH.

El respeto sin relativismo, la voluntad de comprensión y la admisión de que existen otras posibilidades y caminos, para alcanzar los diferentes objetivos de “vida buena” que persigue una sociedad, son la clave para que la diversidad se mantenga como una riqueza ordenada por un sistema jurídico pluralista y no una fuente permanente de conflicto, discriminación y exclusión característica de las sociedades latinoamericanas.

IX. La experiencia panameña

En materia de derecho constitucional indígena la Constitución panameña es la más atrasada, incluyendo en el reconocimiento de la jurisdicción indígena. El artículo 202 de la Carta Magna panameña establece que *el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.* Pero las leyes comarcales²⁰ y la Ley

²⁰ Las leyes comarcales son las leyes que legalizan los territorios indígenas y reconocen las autonomías indígenas y la justicia indígena. Ver VALIENTE LÓPEZ, Aresio, “La jurisdicción indígena en la legislación panameña”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias*

de del Código de Procedimiento Penal, han establecido la coordinación que debe existir entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional.

Mediante el Acuerdo No. 424 de 22 de mayo de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Panamá creó el Departamento de Acceso a la Justicia para los Grupos Indígenas, el cual está adscrito a la Unidad de Acceso a la Justicia y Género del Órgano Judicial. El Departamento de Acceso a la Justicia para los Grupos Indígenas tiene como atribuciones desarrollar el servicio de intérpretes de las lenguas indígenas, analizar en cada Comarca Indígena del país las divergencias que pueden ser a través de los métodos alternos de solución de conflictos, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha financiado y apoyado proyectos para mejorar la coordinación entre la Justicia Indígena y la Justicia Nacional. En 2006 se elaboró el Diagnóstico de la realidad de la Justicia en las regiones indígenas panameñas y las posibles soluciones a las carencias de acceso a la justicia de que adolece la población indígena. También en 2007 se diseñó un Plan de Divulgación de los Derechos Indígenas y un Plan de Acercamiento del Órgano Judicial a las Comarcas Indígenas. En 2009 se suscribió entre las autoridades indígenas, Unión Nacional de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá y la Corte Suprema de Justicia de Panamá, para la creación de la Comisión Interinstitucional de Acercamiento de la Justicia Tradicional Indígena y la Justicia Ordinaria.

Fallos

Acción de Hábeas Corpus a Favor de Charles Martínez Felix, Contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes. Panamá, 19 de Octubre de 2006. Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Pleno. Ponente: Aníbal Salas Céspedes. Fecha: 19 de Octubre de 2006. Materia: Hábeas Corpus. Primera instancia. Expediente: 768-06. Corte Suprema de Justicia de Panamá. www.organojudicial.gob.pa

Acción de Habeas Corpus a Favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, 8 de Agosto de 2007. Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Pleno. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Fecha: 08 de agosto de 2007. Materia: Hábeas Corpus. Primera instancia. Expediente: 470-07. Corte Suprema de Justicia de Panamá. www.organojudicial.gob.pa

Aplicación práctica del principio de legalidad y debido proceso en contexto de interculturalidad

Guillermo Padilla Rubiano

I. Reflexiones previas. Casos prácticos

Siguiendo la lógica práctica del manual, este capítulo inicia planteando un ejercicio a partir de dos casos tomados de la vida real, con el fin de orientar la interpretación de los principios en curso. El primer caso es uno de los ya planteados como hilos conductores a lo largo del manual y se refiere a la contradicción entre los derechos a la identidad cultural y la autonomía de un pueblo indígena, versus la libertad de culto de sus miembros. El segundo caso corresponde a la experiencia guatemalteca y plantea algunos dilemas de la aplicación de la justicia indígena.

Al final de cada exposición se esbozan unas preguntas con el objetivo de generar una primera reflexión, que esperamos, sea pensada con los argumentos esgrimidos a lo largo del capítulo. En la segunda parte se hace una presentación de jurisprudencia y doctrina alrededor del tema en cuestión.

1. Caso No. 1: Oposición de principios constitucionales

Véase el caso en la página 21.

2. Caso No. 2: Debido proceso en un contexto de interculturalidad

En la comunidad del Cantón de Chiyax, en Totonicapán, Guatemala, el 1 de marzo del 2003 fueron capturados tres indígenas sospechosos de intentar robar en una casa, la primera reacción de la comunidad fue lincharlos²¹, los sospechosos fueron vapuleados y obligados a caminar en paños menores por la comunidad, cuando algunas personas ya traían gasolina para quemarlos, la intervención oportuna del alcalde comunitario (autoridad tradicional) y otros miembros de la comunidad, en

²¹ 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 participaron en 36 años de conflicto armado interno), se produjo un fenómeno de linchamientos que afectó principalmente áreas indígenas, hasta el 2003 se habían dado 443 linchamientos registrados, que dejaron 857 víctimas de las cuales murieron 242. Datos tomados de los informes de MINUGUA, Misión de Naciones Unidas para Guatemala sobre Linchamientos y de la COPREDEH, Comisión Presidencial para los DDHH en Guatemala.

particular algunas mujeres liderezas, impidieron el linchamiento, logrando convencer a una turba de cientos de personas no quemar vivos a tres seres humanos.

Los sospechosos fueron entregados a las autoridades de policía, quienes los enviaron a la cárcel de Quetzaltenango, ante el temor que se 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 sindicados. Esa noche la comunidad estuvo reunida discutiendo los sucesos del día y se acordó redactar un memorial que fue firmado por 480 adultos de ese Cantón.

Al día siguiente entregaron el memorial al Juez de Instancia Penal. Exigían a las autoridades del Estado que castigara ejemplarmente a los sospechosos, negando el derecho a la defensa, toda vez que se demandaba que los acusados fueran condenados sin defensa y advertían que no fueran a ser dejados libres sin castigo, bajo la amenaza que las instalaciones de las instituciones responsables, correrían la misma suerte del vehículo incinerado. El vehículo quemado fue puesto frente a la Torre de Tribunales de Totonicapán, con la advertencia que no fuera removido de allí, todo lo cual generó una crisis entre los funcionarios de las instituciones de justicia del departamento, quienes se mostraban temerosos e inseguros sobre qué camino tomar.

La Defensora Indígena de Totonicapán del programa de las Defensorías Indígenas del Instituto de la Defensa Pública Penal (IDPP) envió un memorial al director del Instituto donde solicitaba se le excusara de defender a los sindicados por temor a que las amenazas del memorial se cumplieran. Esta solicitud fue transmitida a los coordinadores del Proyecto de las Defensorías Indígenas, una de cuyas tareas era el impulso al desarrollo de mecanismos de coordinación entre las distintas formas de justicia que existen en el país.²²

De ahí surgió la propuesta de aprovechar esta crisis en el sentido de mejorar los mecanismos de coordinación entre el derecho indígena con el derecho formal en el marco del Convenio 169 de la OIT, el debido proceso y el respeto a la vigencia del derecho de los indígenas a juzgar y aplicar su justicia propia. El juez aceptó el reto y convenció al fiscal de permitir que estos indígenas fueran juzgados por las autoridades tradicionales. Lo que ocurrió a partir de ese momento fue una interesante experiencia de empoderamiento y capacitación “in situ” sobre el Convenio 169, los DDHH, los derechos fundamentales y el debido proceso, como límites del ejercicio del derecho maya, y la generación de un nuevo paradigma sobre las posibilidades de coordinación entre autoridades formales e indígenas.

²² Para la época el autor de estas notas ocupaba la función de asesor técnico principal del PNUD en la creación del programa de Defensorías Indígenas en el IDPP.

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 tres indígenas, dos de Quetzaltenango y uno de Mostenango, por las autoridades indígenas designadas para ello por la comunidad, 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 en el país coordinado entre el sistema jurídico maya y el sistema de justicia formal de un delito por fuera del criterio de oportunidad.²³

En curso de la ceremonia los procesados reconocieron su falta y pidieron perdón a la comunidad, a sus hijos, parientes y a las autoridades. En un momento, la mesa de notables, que se había constituido para el juzgamiento, pidió que subieran al estrado los familiares de los procesados donde se llevaba a cabo el juicio. Solicitaron que de rodillas frente a sus hijos, esposas, padres, suegros, etc., cada uno pidiera perdón por su conducta, y diera su palabra de corregir sus vidas, trabajar honestamente y ser buen ejemplo para sus hijos y la comunidad.

Varias veces invocaron valores éticos y principios morales de orden cultural, 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”. “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 algunas de las frases que citaron en el acto de justicia esa mañana de junio del 2002, extraídas del libro el Título de Totonicapán, escrito entre 1.554 y 1.562 y traducido del k'iche' antiguo en un trabajo dirigido por el antropólogo canadiense Robert Carmack en la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, en la década de los setenta (1970). 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, no hay certeza sobre el origen de este libro, aunque la hipótesis más aceptada es que fue escrito por Domingo de Vico.²⁴

²³ El artículo 25 del Código Procesal Penal establece como criterio de oportunidad aquellos delitos cuya pena no excede de cinco años, los que podrán ser objeto de arreglos, conciliaciones y mediaciones, lo que se promueve en oficinas que existen en el país, administradas por el Organismo Judicial y programas de la cooperación internacional.

²⁴ Fraile Dominico que en 1.545 acompañó en las Verapaces a quien fuera obispo de Chiapas, Fray Bartolomé de las Casas. Teología Indorum, fue la denominación que se dio a lo que él definía como la instalación del verbo divino en las culturas prehispánicas, según esta versión fue el mismo padre de Vico, quien produjo en los años que siguieron al 1.545 tres tomos en kakchiquel de esta Teología Indorum, en las Verapaces que para ese entonces formaba parte de la diócesis de Chiapas, escritos que fueron traducidos al k'iche' y al castellano y parte de cuyo trabajo integra el Título de Totonicapán y el Título de Ilocab.

Preguntas:

1. *Las instancias. Si alguno de los sindicados no hubiera estado de acuerdo con el proceso y sanción, ¿a quién recurrir, cuál podría haber sido una propuesta alternativa?*
2. *Características de los actores y jurisdicción. Si uno de los procesados no hubiera sido indígena; o si el afectado no lo fuera y demandara que los sindicados fueran juzgados por la justicia formal. ¿Cómo resolvería usted esta situación?*
3. *Individualidad de la pena y los procedimientos. ¿Qué ocurriría si alguien levantara una voz de protesta por el involucramiento en el proceso de parientes y familiares de los procesados?*
4. *Algunas de las garantías del debido proceso reclaman la pre-existencia de jueces y procedimientos. En el caso descrito esto no se da, hay una improvisación que resulta de la lectura del Titulo de Totonicapán y lo novedoso del mecanismo que resulta de los hechos. ¿Cómo evalúa usted esta situación, cree que podría dar lugar a la anulación de lo actuado?*
5. *Defensa por medio de abogado letrado. ¿Considera usted que esta omisión podría dar lugar a un vicio en el proceso?*
6. *Autoincriminación. De acuerdo al modelo como se llevó a cabo el proceso, los tres sindicados en curso del mismo se confesaron culpables y siguiendo instrucciones de quienes controlaban el procedimiento: fueron puestos de rodillas frente a sus familiares para pedir perdón a estos, las autoridades y la comunidad. ¿Considera usted que esto podría reñir con garantías del debido proceso?*

II. Debido proceso y principio de legalidad en perspectiva intercultural

El debido proceso y el principio de legalidad establecen umbrales y controles, basados en la ley, con el fin de balancear la asimetría de poder entre el Estado y el individuo, de manera que se facilite la accesibilidad a la justicia y a los contenidos de la ley. Para la víctima de delitos y abusos, estos principios buscan que el daño sufrido sea pronta y adecuadamente investigado, que los responsables sean sancionados y que los perjuicios materiales e inmateriales sean reparados.

El principio de legalidad y el debido proceso, como elementos constitutivos del Estado de Derecho, frente a la justicia, procuran que las partes puedan llevar adelante su causa, ser oídos y se garantice su derecho a promover sus pretensiones frente a un juez eficiente e imparcial, de manera que el resultado sea un proceso judicial equitativo, eficaz y transparente, que promueva y contribuya al orden y la paz social.

El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda —legítimamente— imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al abuso del poder de sancionar y con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no sólo una obligación exigida a los juicios criminales.²⁵

En el presente manual vemos algunas de las garantías que tienen vigencia en la práctica de la justicia tanto a nivel de los Estados como de los pueblos indígenas. Vemos como aplicar el principio del debido proceso en dos **casos** diferentes que involucran derechos de pueblos indígenas: en el primero la oposición de derechos fundamentales constitucionalmente protegidos, y en el segundo algunas de las complejidades que resultan de la transición que vivimos de pasar del monopolio de Estados que negaban la diversidad, al reconocimiento del pluralismo jurídico que resulta del reconocimiento de sociedades que permanecen plurales a pesar de cientos de años de acción en contra.

Las **deficiencias, omisiones y excesos** en la práctica de la justicia no es exclusiva de ningún sistema de justicia, decíamos que por el tamaño y complejidad se presenta con más frecuencia a nivel de los Estados y que en las comunidades indígenas, aunque por dimensión y familiaridad del idioma y cultura, lo son menos, también ocurren, algo sobre lo cual los medios reportan con más frecuencia que respecto a lo que sucede a nivel de la justicia formal.

La práctica de la justicia formal-estatal en el mundo moderno está desbordada de insuficiencias e iniquidades. La selectividad en la reproducción de la violencia, los feminicidios, la impunidad, un ridículamente bajo nivel de eficacia en la investigación y sanción de conductas punibles, la corrupción de funcionarios que supuestamente deberían hacer respetar y ejecutar lo que proclama el discurso jurídico-penal, la concentración del poder, la verticalidad social y la discriminación, el exorbitante alto número de presos sin condena,²⁶ el hacinamiento carcelario y en fin, un sistema penitenciario que lejos de rehabilitar, genera redes delincuenciales e incrementa el crimen, son realidades inocultables y lamentablemente forman parte del menú que tenemos que sufrir cotidianamente en nuestros países.²⁷

²⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1263 de 2001, pár. introductorio.

²⁶ CARRANZA, Elías; PAULINO MORA, Luis; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, San José de Costa Rica, ILANUD, 1983.

²⁷ Ver CEJA, Centro de Estudios Jurídicos de las Américas, informe anual; Informe Latinobarómetro 2010; Informe PNUD sobre Desarrollo Humano 2009-2010; Fundación para el Devido Proceso Legal, Informe sobre acceso a la justicia para personas privadas de la libertad; Centro Mundial de Crisis de los Estados; Transparencia Internacional; ONU: Informe sobre Independencia Judicial.

Frente a esta dramática realidad dice Zaffaroni, “*no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales*”, esto ocurre no por que estemos en crisis, pues este concepto implica temporalidad y es lo que esta problemática parece carecer, el reto es entonces abrir el espectro y **aprender de la diversidad** que en buena hora nuestras constituciones actuales han incorporado. La aproximación a otras formas de justicia debería ser en consecuencia un ejercicio de búsqueda que deje atrás cualquier atisbo de superioridad etnocéntrica para constituir una indagación sincera de quienes precisamos nuevos parámetros de justicia que sirva a la transformación de nuestras sociedades.

El desarrollo de diferentes formas de jurisdicciones indígenas, con grandes diferencias de país a país, refleja esa exploración y cierta apertura para incorporar instituciones que han probado eficiencia y equidad en algunos contextos comunitarios. Algo que resulta común a diversos sistemas indígenas de justicia es la búsqueda de **reparación del daño**, por medio del diálogo y la participación comunitaria, la exploración de acuerdos, el perdón y la sanción como mecanismo de restauración del perjuicio individual y social.

En América Latina es inocultable la **disparidad entre el discurso jurídico-penal y su práctica**. En la medida que lo que proclama el discurso jurídico penal es inconsistente con lo que sucede en la realidad, es necesario admitir que este discurso es la más de las veces aparente y químérico. Luego de un recorrido por los críticos más importantes de los sistemas penales hegemónicos, Zaffaroni sentencia que

[...] el discurso jurídico-penal falso no es producto de mala fe ni de simple conveniencia, como tampoco es resultado de la elaboración calculada, de ningún genio maligno, sino que en buena parte se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro.²⁸

En el contexto de esta demanda por nuevos modelos de justicia, algo implícito en diferentes estudios y diagnósticos que se han hecho y que inspira mucha de la legislación internacional de los últimos veinte años, nos lleva a concluir que respecto a la vigencia del derecho al debido proceso, una obligación básica de los Estados en sociedades constituidas por una diversidad étnica y cultural es reconocer y apoyar, el derecho de los pueblos indígenas a juzgar a los suyos en su idioma, por sus autoridades, en sus territorios, en el marco de la aplicación de valores, principios, procedimientos y sanciones que expresan su cultura e identidad. Aquí tenemos una primera aproximación a lo que debemos entender por debido proceso en sociedades diversas cultural y lingüísticamente.

28 ZAFFARONI, Eugenio Raúl., *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1998, pp. 18-23.

Normas internacionales con vigencia en todo el planeta, como son las contenidas en la Declaración Universal de DDHH (DUDH), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Estatuto de Roma o con vigencia regional como el Convenio Europeo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la Convención Americana sobre DDHH (CADH), contemplan la obligación de los Estados a establecer y validar un **mínimo de garantías** que constituyen lo que se conoce como principio de legalidad y debido proceso, entre ellas el derecho de todo individuo a ser juzgado por un tribunal legalmente constituido, a la presunción de inocencia, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas, el derecho a preparar una defensa, el derecho a defenderse personalmente o con la asistencia de un abogado, el derecho a obtener la comparcencia de testigos y a interrogarlos y el derecho a ser protegido de la aplicación retroactiva de leyes penales.

El **devido proceso** es en consecuencia un derecho humano fundamental con rango constitucional prevalente en el derecho internacional.

Uno de los temas que tratamos en este capítulo esta orientado a responder a la pregunta sobre **¿cómo compatibilizar el universalismo de estos principios del derecho, con el desarrollo igualmente universal al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural?**

Por ser Colombia el Estado en América Latina donde se han dado los más sobresalientes desarrollos y repercusiones a varios niveles de la sociedad en torno a definiciones y trascendencia de este nuevo enfoque, haremos alusión a varias sentencias de la Corte Constitucional de este país, identificando la ruta que la jurisprudencia colombiana ha tomado en la búsqueda de la compatibilidad del desarrollo del pluralismo jurídico con principios y valores decantados en la legislación internacional.

La actual visión del Estado que emerge del nuevo contexto internacional y que se ha venido consolidando a nivel constitucional en América Latina, con desarrollos legislativos de distinta índole, tiene en común el **reconocimiento del carácter plural de la nación** y dentro de este reconocimiento, el **derecho de los pueblos indígenas a su propio derecho**; también llamado costumbre jurídica, derecho consuetudinario, o sistemas jurídicos propios de los pueblos indígenas.

Con el nuevo enfoque se reconoce que el Estado actual debe lidiar no con sujetos abstractos sino con personas con identidad étnica y cultural diferente, que los hace vivir y actuar de conformidad con éticas y valores que no son los de la sociedad hegemónica.²⁹ No es por lo tanto que el Estado se desentienda de la

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-523 de 1997, pár. II 2.1: "... El reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo en abstracto, sino como un sujeto con

aplicación de la justicia por parte de pueblos y comunidades indígenas o tribales, sino que su papel ha cambiado y no es ahora este quien posee la hegemonía y dicta la justicia, sino quien tiene la **obligación de hacer posible su ejercicio por parte de actores comunitarios** en una nueva aproximación que respeta la diversidad de principios y valores, en el marco del respeto y la vigencia de los DDHH y derechos fundamentales, como expresión de una más auténtica construcción de universalidad.

En sociedades diversas, como es el caso de la casi totalidad de nuestro continente, uno de los retos fundamentales del Estado ha sido garantizar que todas las visiones del mundo puedan coexistir en paz. Lo que no es tarea fácil pues algunas de ellas pueden ser antagónicas e incluso incompatibles con presupuestos rectores del mismo Estado. En esta tarea, dice Carlos Gaviria, ex-magistrado de la Corte Constitucional colombiana, que al Estado le está vedado “imponer una visión del mundo particular, aun así la considere valiosa, pues tal actitud atentaría contra el principio de la diversidad étnica y cultural y contra el reconocimiento a la dignidad que cada cultura ampara.”³⁰

La sentencia T-349 de 1996 de la Corte Constitucional de Colombia, señaló los criterios que deberán tomarse en cuenta para la solución de **conflictos** que puedan presentarse **entre principios de diversidad étnica y cultural con otros de jerarquía equivalente**, lo que es aplicable para el **primer caso**, sobre oposición de principios constitucionales. En esta se señalan los límites que el Estado y las autoridades indígenas deben respetar con base en un “**verdadero consenso intercultural**”. Rotula como primer punto que

[...] sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural.

La ruta que señala esa orientación se hace bajo la siguiente premisa:

[...] la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y por lo tanto la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía.³¹

características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida ...”.

³⁰ GAVIRIA, Carlos, *Sentencias: Herejías constitucionales*, Bogota, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 335.

³¹ Corte Constitucional, Sentencia C-139 de 1996, pár. 6.2.2, “...Sin embargo no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto ésta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justifica-

En el marco sobre la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas que resulta del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional, ¿que debemos entender por debido proceso en las prácticas indígenas de justicia? La Corte Colombiana marca la siguiente pauta:

[...] todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico [...] Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social.³²

Además de las diferencias en los parámetros interpretativos anotados, particularmente lo referido que al reconocerse el derecho a la diversidad, esto implica la aceptación de un orden social con valores y jerarquías de principios diferente. El ex magistrado Gaviria propone que la solución a conflictos en torno a alegatos de violaciones a las garantías del debido proceso en la aplicación a la justicia indígena, la haga el juez sobre la base de aplicar criterios de equidad, “*la justicia del caso concreto*”, de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto.³³

Colombia es un buen ejemplo de mecanismos desarrollados por el Estado para la protección de derechos fundamentales, de manera que en el proceso no se vulnera el principio de la diversidad étnica y cultural, u otro de importancia y jerarquía equivalente. Quizás el instrumento de mayor trascendencia ha sido la Tutela, por medio de la cual la persona que se siente afectada por el desconocimiento de alguna garantía constitucional o derecho fundamental, recurre al juez más cercano, sin que para ello se requiera de ningún tipo de formalismo, esta se puede invocar de forma oral y en el idioma de la persona, siendo el Estado quien está en la obligación de proveer traductor u otro recurso que permita al ciudadano ejercer su derecho, y demanda su acción para la protección de su derecho amenazado o vulnerado. El juez puede, con el auxilio del peritaje cultural o peritaje antropológico,³⁴

da constitucionalmente es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural”

³² Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-523 de 1997, pár. introductorio.

³³ GAVIRIA, Carlos; ROLDÁN ORTEGA, Roque, “*La justicia indígena en la constitución colombiana de 1991 y comentario a la ponencia*”, en *Memoria*, San José, IIDH, 1999, pp. 75-88.

³⁴ Desde la Constitución de 1991 en prácticamente todas las facultades de antropología de Colombia se han abierto cursos de formación a antropólogos y estudiantes en peritaje antropológico, como un recurso para coadyuvar al poder judicial, lo que es cada día más frecuente y relevante.

solicitar una asesoría de expertos que le permita estimar en el contexto cultural donde el caso se dio, evaluando las circunstancias y los actores, tomar en cuenta todos los elementos que sean relevantes.

Así, frente a la pregunta sobre la gravedad de la amenaza a la preservación cultural por la práctica y proselitismo del culto evangélico, ésta podría ser una vía para establecerla y de esta manera facilitar la tarea del juez de ubicar el balance que resuelva la acción del Estado, de manera que convivan los derechos fundamentales alegados en este caso, sin detrimento de uno sobre el otro.

Como parte de ese llamado consenso intercultural la Corte sugiere un acuerdo en torno a lo que define como núcleo duro de los DDHH, es decir, aquello sobre lo que “verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”³⁵ entre ellos, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas, esto último, materia principal del presente capítulo.

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural a que se obligan los Estados constituye un reto bastante complejo, como lo demuestra la intensidad del debate suscitado entre juristas y estudiosos de la antropología jurídica. Complejidades, que sólo se podrán ir resolviendo a medida que el Estado y funcionarios del poder judicial, abogados, investigadores y académicos, estudien e investiguen y se familiaricen, con los valores y principios de los diferentes procedimientos y sanciones que caracterizan los métodos de aplicar justicia en diferentes contextos étnicos y culturales. Es propiciando un verdadero diálogo intercultural, dice la Corte colombiana, como se irán fijando los límites y consensos sobre aquello que la misma ha denominado **núcleo duro de DDHH**.

A la pregunta sobre si hay un **debido proceso para garantizar derechos colectivos**, la respuesta es sí y es precisamente su desarrollo y estructuración lo que caracteriza en América Latina, uno de los más interesantes debates del momento jurídico-político actual. La discusión actual en varios países latinoamericanos sobre la reglamentación legal de la Consulta Previa y el Consentimiento Libre Previo e Informado,³⁶ ejemplariza el debate actualmente en desarrollo de lo que podríamos llamar el debido proceso de derechos colectivos.

³⁵ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-349 de 1996, pár. 2.3.

³⁶ El primero deriva del Convenio 169 de la OIT y el segundo de la DNUDPI.

III. Elementos para una aproximación al caso de Totonicapán, Guatemala

La Corte Constitucional Colombiana ha manifestado que es **filosóficamente incompatible con el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural**, obligar a los indígenas a adoptar procedimientos, sanciones y castigos foráneos a su manera de vivir, entender y ejercer su justicia.

Algunas incursiones y reformas en los sistemas judiciales de nuestros países en las últimas dos décadas, tales como la llamada justicia de paz, mecanismos alternativos de resolución de conflictos, mediación, conciliación, justicia transicional³⁷ y dentro del derecho penal, el llamado sistema acusatorio y la justicia restaurativa,³⁸ entre otros, son prueba de la exploración social en busca de otros modelos de justicia penal. Algo en común de todas estas nuevas aproximaciones es el incremento de la oralidad, la participación de la víctima, el diálogo y la negociación para la resolución de conflictos, todo lo cual forma parte del tipo de justicia que generalmente practican los pueblos indígenas.

La Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-139 del 9 de abril de 1996, señala los elementos integrantes que deben observarse según el orden constitucional en relación con la jurisdicción especial indígena, lo que nos permite ir perfilando lo que en estos contextos podríamos entender por debido proceso:

Los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional son: 1) La posibilidad de que existan autoridades judiciales propias para los pueblos indígenas; 2) la potestad de éstos de establecer normas y procedimiento propios; 3) la sujeción de dichas jurisdicciones y normas a la Constitución y a la Ley, y 4) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional.³⁹

Esto último, hay que aclarar, deberá hacerse en consulta con los pueblos indígenas, como lo establece la legislación internacional, en particular el Convenio 169

³⁷ Justicia para sociedades desgarradas por guerras o conflictos internos en estado de post-conflicto.

³⁸ Esta justicia toma diferentes formas, existiendo una variedad de interpretaciones y prácticas, pero que comparten principios comunes. Una definición generalmente aceptada de este tipo de justicia es aquélla proporcionada por Tony Marshall: "la justicia restaurativa es un proceso a través del cual las partes o personas que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven de manera colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro". (MARSHAL 1999)

³⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-139 de 1996, pár. introductorio.

de la OIT ratificado por la mayoría de los países latinoamericanos con población indígena.⁴⁰

Aunque aplicado a la realidad colombiana, de este enunciado inferimos algo que es común en comunidades indígenas en el continente, donde siempre hay titulares, autoridades o líderes con capacidad para asumir desempeños judiciales. Función que socialmente le es reconocida a diferentes autoridades, pre establecidas o no, que ejercen funciones civiles o religiosas, otras veces a miembros de clanes familiares, algunas veces a individuos, otras a órganos colectivos. Todo tribunal de justicia debe ser un **tribunal establecido por la ley**, dice el derecho internacional.⁴¹ Un tribunal establecido por la ley puede haber sido establecido por la Constitución u otra legislación promulgada por el poder legislativo, o por el derecho consuetudinario.

Es importante destacar el papel del **alcalde comunitario**, en este caso, al haber impedido la consumación del linchamiento, su nivel de legitimidad al interior de la comunidad es un recurso que debe ser adecuadamente valorado, especialmente de parte de los funcionarios del Estado a cargo de garantizar la seguridad y justicia. Como dice el Informe de la CEH:⁴²

El concepto de autoridad en las comunidades mayas está vinculado a las nociones de servicio, sabiduría y consulta. Las autoridades son las personas con experiencia de servicio a la comunidad. Son las que generan consensos, consultan, orientan, buscan arreglos que satisfagan a las partes, recuperan a los infractores y devuelven la armonía a la comunidad: “[el alcalde es] el azadón del pueblo, el instrumento para llevar adelante las propuestas de las comunidades.

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 ha enfrentado y no ha logrado resolver en relación con el acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Habla, así mismo, de las dramáticas particularidades de la historia de nuestros países. Los linchamientos son la expresión de la **ausencia de cualquier forma de justicia** y esa falta no es culpa de los indígenas, son estos en cambio sus principales víctimas, no sólo en tanto la ausencia de justicia genera una situación de tensión y peligrosidad social, sino que esto es utilizado para incrementar el estereotipo racista que busca desvalorizarlos culturalmente.

⁴⁰ En la actualidad en América Latina sólo dos países centroamericanos no lo han ratificado: Panamá y El Salvador.

⁴¹ Artículo 14.1 del PIDCP, artículo XXVI de la Declaración Americana, artículo 8.1 de la Convención Americana sobre DDHH.

⁴² Comisión de Esclarecimiento Histórico, creada con el auspicio de Naciones Unidas en Guatemala, durante el proceso de paz para evaluar lo ocurrido durante el conflicto armado interno.

Es de esta forma como lo explica el informe de la Comisión Interamericana de DDHH sobre Bolivia en el 2007:

Resulta lamentable que la ocurrencia de dichos “linchamientos” sean utilizados como una forma de estigmatización de la justicia indígena en detrimento de su pleno reconocimiento, cuando en realidad, una de sus causas principales es la precaria cobertura del Ministerio Público y del Poder Judicial y su consecuente incapacidad de persecución y sanción penal.

A lo expresado por la CIDH, habría que añadir que si a la debilidad de la presencia del órgano judicial y de seguridad del Estado le sumamos la ausencia de una política de reconocimiento del pluralismo jurídico, los linchamientos se convierten entonces en una consecuencia previsible y casi inevitable.

En segundo lugar estas autoridades y la comunidad tienen la **potestad de establecer reglas**, procedimientos y mecanismos para la contención de conflictividad social, que es siempre **cambiante**, pues no hay culturas blindadas contra la globalización e interdependencia. Ninguna cultura es estática y pretender que el derecho indígena es solo la tradición y la costumbre, sería congelar en el tiempo algo que es por definición dinámico.

En tercer lugar, esta normatividad está limitada por el respeto a los **DDHH internacionalmente reconocidos** y definidos interculturalmente, como lo señala la experiencia colombiana, y a los fundamentos constitucionales del respectivo país, y es frente a estos derechos, que le corresponde al Estado la obligación de garantizar estos mínimos estándares, pues los indígenas no dejan por ello de ser ciudadanos y frente a ellos el Estado tiene obligaciones intransferibles.

Y por último, a medida que los Estados se familiarizan con los procedimientos de esta justicia y ésta se ejerce cada vez con más frecuencia y familiaridad, surge la necesidad de crear, en ejercicio del diálogo intercultural que está inmerso en el derecho a la consulta y al consentimiento libre, previo e informado, **mecanismos de coordinación** que son imprescindibles y necesarios para el cabal funcionamiento de la justicia en sus diferentes expresiones.

La forma como aparece el título de Totonicapán en el proceso, aporta varios datos reveladores sobre lo que sucede cuando el Estado cumple sus propias reglas y deja hacer. La comunidad de Chiyax, que como el resto del país apenas estaba saliendo de 36 años de guerra interna, donde el Ejército Nacional había declarado objetivo militar a las cabezas de las comunidades indígenas y en consecuencia estas atravesaban por una fase de anomia que explica el incremento de linchamientos en este periodo, no tenía claro como iban a juzgar a las tres personas sindicadas, tenían además temores sobre la legalidad de lo que se había hecho con ellos cuando habían sido capturados. Una de las liderezas comunitarias en las varias reuniones

que se dieron para discutir el juzgamiento, preguntaba si este ofrecimiento de parte del Estado no sería una trampa y que la comunidad podría salir perjudicada y procesada por el intento de linchamiento y la quema del carro. Eso fue un delito, decía, y “yo reconozco que participé en eso, pero estoy segura que si no hubiera sido así, ahora no estaría pasando lo que está pasando ni lo tendríamos a usted sentado con nosotros”.

Esta forma de reflexionar denota no sólo el sentido pragmático de los indígenas, sino también la **desconfianza y debilidad** producto de una deficiente cultura de negociación y acuerdo, bastante escasa en la historia de las relaciones entre los pueblos indígenas con el Estado en Guatemala. El movimiento indígena de Totonicapán ha sido quizás el mejor estructurado y pujante del país,⁴³ son muchos los ejemplos de la fortaleza de ese movimiento que en varios episodios de la historia reciente ha obligado al gobierno central a reversar decisiones tomadas por la reprobación de los indígenas.

En ese contexto de desconfianza y temor con que la comunidad asumía el juzgamiento de los tres sindicados, un día uno de los miembros de la comunidad aficionado a la lectura, llegó a la reunión con un ejemplar del trabajo de Carmack sobre de Título de Totonicapán bajo el brazo y leyó, lo que según este podía aplicarse para el caso en cuestión. En una de sus lecturas hizo alusión a mecanismos para la aplicación de la justicia. De donde surgió la propuesta de nombrar una mesa de 13⁴⁴ notables, como primer paso para comenzar el juzgamiento, lo que la comunidad hizo escogiendo representantes de 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.

A partir del nombramiento de la mesa de notables, comenzó un **proceso de humanización** que los llevó a ver con claridad la diferencia entre demandar que el juzgado procediera, con una severidad que rebasaba los DDHH y el debido proceso, a plantearse seriamente hacerlo ellos mismos. Desde esta posición la mesa de notables releó críticamente lo que habían exigido al juez en el memorial que había sido escrito el día de los hechos, entendiendo a cabalidad la necesidad de observar lo que se había explicado sobre “debido proceso”. Son muy interesantes las discusiones que se dan sobre la “presunción de inocencia” y “audiencia justa”, en el contexto de estas discusiones las mujeres que forman parte de la mesa de

⁴³ La Asociación de Alcaldes Comunitarios de los Cuarenta y Ocho Cantones de Totonicapán, es una organización de autoridades tradicionales cuyo origen se hunde en las raíces profundas de la historia de ese pueblo y que constituye un poder definitorio en la región, como elocuentemente lo han demostrado en varias oportunidades.

⁴⁴ El 13 es un número importante en la numerología maya, al año tzolkin o cholq’ij de 260 días se compone de 13 meses de 20 días. 13 es también el máximo de concentración de la energía de los Nahuales, y 13 son lo que componen generalmente los Consejos de Ancianos.

notables y que son las que proponen las formulas más “aterrizadas” en el proceso, proponen un acercamiento con los acusados, sus familias y sus autoridades tradicionales. Quieren saber quiénes son esas personas que estuvieron a punto de quemar, la mesa de notables los visita en la cárcel donde estaban detenidos. De los tres acusados ninguno era de Totonicapán, dos aunque k’iche’s vivían en la vecina ciudad de Quetzaltenango y el tercero, también k’iche’ era de Momostenango, otro pueblo vecino.

De estas visitas a los detenidos se programan reuniones con sus parientes y la autoridad tradicional de Momostenango. De esta manera poco a poco la dimensión humana detrás de los hechos delictivos comienza a aparecer de una forma que es difícil que suceda en la justicia formal, donde esa aproximación a valores culturales, redes familiares y una situación económica y social extremadamente precaria, esta siempre atravesada por formalismos burocráticos y problemas de congestión judicial que terminan por invisibilizar. En este caso quienes juzgan son madres de familia y agricultores pobres que ven el rostro humano de la necesidad y carencias de otros, como en un espejo.

En el video (Seis Años) que desde el Proyecto de las Defensorías Indígenas del IDPP se hizo sobre este caso, se observa a Miguel, el más joven de los tres k’iche’s procesados, que había cumplido los 18 años en la cárcel y quien es hermano mayor de 6 hijos de padres indigentes y alcohólicos, quien relata el caso desde su visión de capturado, próximo a ser linchado, luego de tres meses en la cárcel antes que se llevara a cabo la ceremonia de junio donde la comunidad los juzgó y quien más tarde trabajando en la comunidad cuenta, como la ceremonia le despejó cualquier duda que el pudiera tener, confeso su culpa, pidió perdón y dice “ayer sembré los maicitos, sobre esos maicitos juramos y con esos maicitos nos dieron la libertad”.

Cuando correspondió el turno al Ajq’ij de hacer el Pixab (dar consejo), este explicó el significado del día 8 Aj, que es óptimo para la siembra, dijo que no era casual que este día lloviera, pues era la respuesta de la naturaleza al trabajo humano para ayudar a la agricultura, dijo que este día era propicio para hacer justicia pues también los seres humanos “podemos ser fértiles para las buenas siembras, como plantar en nuestros corazones la semilla del trabajo”, explicó que el trabajo es la mejor forma de comunicación entre la naturaleza y la gente y que después de una dura jornada de trabajo se duerme en paz y el descanso es pleno. Dijo que el robo que ellos trataron de hacer, dañaba a personas pobres, como ellos, que con el fruto del trabajo habían logrado conseguir lo poco que tenían. Que ellos debían agradecer a su juventud y salud y ganarse con el trabajo lo que quisieron robar a otros. Explicó que con esa acción estaban dañando gravemente a sus propios hijos pues los estaban dejando sin el modelo del padre, el guía que orienta a quienes se están empezando a formar.

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 de 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, sino como lo dice el Título, la única forma como se puede limpiar el corazón y la mente.

De la misma forma las autoridades formales, el Juez, 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 problema de los linchamientos y se abría un camino de colaboración con equidad y justicia para todos. Sin excepción, todos elogieron la forma pacífica y humana como se había dado el juzgamiento y exaltaron que con esto se abría un nuevo camino en la historia de Guatemala de las relaciones entre los pueblos indígenas con el Estado.

Al día siguiente los tres se presentaron a las 8:00 AM en la comunidad, voluntariamente, sin policías ni vigilantes, solo por el valor de la palabra empeñada, allí fueron recibidos por una comisión nombrada para coordinar el trabajo que harían y proveerles las herramientas y 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 acordarlo con las autoridades comunitarias, 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 qué 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 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 en el proceso de juzgamiento, había sido 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”.

IV. El debido proceso en el contexto del derecho internacional

¿En qué medida el debido proceso reconocido a nivel internacional, que ha sido formulado con lógica estatal, difiere a lo equivalente practicado a nivel comunitario? En otras palabras, en un contexto de diálogo intercultural, ¿cuáles podrían ser los mínimos, límites, el núcleo indispensable que debería ser protegido por el juez que tenga que opinar al respecto?

Las características fundamentales de lo que entendemos por debido proceso según estándares internacionales las podríamos resumir en las siguientes garantías:

- Garantías para las personas, basados en la preexistencia de la ley y el delito; derecho a la defensa y a un procedimiento expedito y claro; asistencia letrada de un abogado defensor y preexistencia de un juez.
- Garantías de juzgamiento que infiere la necesidad de acusación fiscal para la procedencia del juicio, proceso público, audiencia y contradicción. A ser juzgado por un tribunal legalmente constituido.
- Garantías relativas a la actividad de los jueces y tribunales y la prohibición expresa a que pueda producirse la indefinición o la agravación de la resolución por parte del juez.
- Garantías procesales de respeto al derecho a recurrir a otra instancia para la revisión de decisiones que pueden ser percibidas como contrarias a la evidencia o violatorias de derechos fundamentales.
- Garantía a que no pueda haber condena sin pruebas que sean legalmente practicadas.
- Garantía a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a preparar una defensa y a ser protegido de aplicaciones retroactivas de leyes.
- Garantía a la presunción de inocencia y a no ser obligado a auto incriminarse.

Frente a este listado de garantías mínimas, no todas tienen una **aplicabilidad literal en el universo indígena**, por ejemplo no existe la figura del fiscal y aunque sí se aplica la garantía del derecho a la defensa, ésta no demanda en este escenario la presencia de abogados. Hay otros que en cambio sí merecen una atención particular, sólo para mencionar algunos: la presunción de inocencia, el derecho a no auto-incriminarse y el derecho a recurrir a una segunda instancia.

El carácter local de la justicia indígena llevada a cabo en el propio idioma, en el marco de valores compartidos y con conocimiento de los procedimientos y los actores, permite un **mayor nivel de participación** que garantiza las condiciones para que se pueda identificar y ejercer todo aquello que sea esencial y relevante al caso. De esta forma las garantías equivalentes a lo que el debido proceso protege,

TEORÍAS DE LA PENA	Absoluta	La pena es un fin en sí misma		
	Relativa	La pena es un medio para obtener otros fines	Prevención especial	Fines resocializadores
			Prevención general	Coacción psicológica
				Intimidación
	Teoría de la prevención positiva	La pena tiene como función ratificar la norma que ha sido vulnerada	Prevención general mediante el ejercicio de reconocimiento de la norma	
		La pena en el momento de la amenaza	Actúa como prevención	
	Concepción dialéctica de la pena (Roxin)	La pena en el momento de la determinación	La prevención está limitada por la gravedad de la culpabilidad	
		La pena en el momento de la ejecución	Tiene fines resocializadores (prevención especial)	

son también validadas en el derecho indígena y son objeto de reclamos cuando estos no son adecuadamente admitidos.

Dice Boaventura de Sousa Santos, que “los derechos étnicos deben ser construidos y contextualizados como derechos de los pueblos y de las colectividades antes de que puedan proteger, como DDHH, a los individuos que pertenecen a tales pueblos y colectividades”.⁴⁵

Antes de evaluar al derecho indígena a partir del modelo del derecho formal es esencial tomar en cuenta que cada uno obedece a particularidades culturales e históricas que adquieren sentido en el contexto en el que se han constituido. Es poco el tiempo transcurrido en el actual contexto legal, en donde al derecho indígena se le ha dado reconocimiento, lo que ha permitido salir de la clandestinidad.

45 DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Routledge, New York, 1995, p. 317.

nidad a la que estuvo confinado y estar expuesto a la valoración y la crítica. Esta exposición hace que pueda ser objeto del escrutinio por instancias del Estado sensibilizadas para ello, por investigadores y por los propios indígenas, que poco a poco irán superando lo que podrían ser situaciones débiles o poco claras en relación con derechos y garantías en su práctica de la justicia.

En procura de avanzar en la identificación de imprescindibles del debido proceso, en un contexto de respeto a la diversidad cultural y en ejercicio de la interculturalidad, señalo los siguientes elementos que podrían tener validez y aplicabilidad en contextos culturales diversos:

1. Que no haya lugar a sentencias si estas no han sido precedidas de un proceso previsible, claro, y transparente, donde los inculpados hayan tenido la posibilidad de ser oídos, pedir pruebas y presentar testigos.
2. Que se respete el acceso a la justicia en el propio idioma y que al procesado se le respete la garantía de la presunción de inocencia y no sea obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
3. Que aquel o aquellos que asuman la tarea de juzgar, tengan un nivel suficiente de legitimidad y representatividad, y que al hacerlo, lo hagan de una manera imparcial. Que toda la ritualidad y práctica del proceso sea conocida y legítima para el grupo, es decir que no sea una improvisación caprichosa de quien juzga.
4. Que se contemple la posibilidad de recurrir a una segunda instancia en caso de insatisfacción fundada de las partes.

Hay quienes observan con preocupación que al ser el **derecho indígena no escrito**, su interpretación y su carácter casuístico y particularismos, pueden resultar en **arbitrariedades**. Pero la experiencia enseña que cuando se les ha dado la oportunidad, los indígenas han probado ser eficientes, justos, y coherentes tanto como en los mejores momentos de la justicia formal. Con el agregado de ser la justicia indígena, propia, gratuita, conocida, accesible y ejercida directamente por los mismos usuarios.

Todas las formas de justicia pueden dar lugar a arbitrariedades, la práctica del derecho indígena no está exenta de ello. Sin embargo, el carácter local, dúctil y consensual de este derecho, permite un margen de flexibilidad mayor. Al ser las partes que estén en desacuerdo con la decisión parte de la comunidad, y familiarizadas con los procedimientos y las autoridades, permite que la decisión pueda ser más fácilmente dialogada, replanteada y pueda buscarse una solución que sea más satisfactoria.

Hay una razón de fondo que revelan estudios sobre el funcionamiento de la práctica de la justicia comunitaria y es que los indígenas por lo general no son

arbitrarios, por que el tamaño, el espacio de esta forma de justicia, tiende a evitarlo. La evidencia de lo que resulta de una participación amplia y sin filtros es inocultable, de esta manera resulta muy **difícil actuar con arbitrariedad** sobre lo que emerge, cuando ello está a la vista, siendo una justicia participativa y sin Estado (como aparato separado de lo comunal/social) si alguien ve lo que otros no, el que lo ve lo anuncia y esto es lo que marca y finalmente determina el camino hacia la solución.

Sin embargo esto **no siempre funciona** así, algunas veces se impone, por temor reverencial, patriarcal o algo por el estilo, la voz de quien ostenta más autoridad y poder en detrimento de quien es percibido como débil. Es frente a este tipo de situaciones que la **coordinación con el Estado** permite a los indígenas que también son ciudadanos con derechos, beneficiarse de una relación balanceada y mutuamente enriquecida entre la realidad local y las garantías del derecho moderno.

De las sanciones y las penas en la justicia indígena

José Antonio Regalado

I. Introducción

La aplicación de las penas en la resolución de conflictos que demanda una tutela jurisdiccional, es una prerrogativa básica en los sistemas de justicia. La facultad de sancionar, de imponer penas es inherente a la función de impartición de justicia. Todas las formas de regulación de conflictos trae consigo el ejercicio permitido del uso de la sanción y/o el castigo. La jurisdicción indígena y sus sistemas de derecho propio tienen igualmente esta atribución punitiva, que la ejercen de forma diversa cada vez que deben resolver un conflicto en su territorio.

El marco jurídico internacional y las normas constitucionales de gran parte de nuestros respectivos países,⁴⁶ reconocen a la jurisdicción indígena, su capacidad de juzgamiento y de sanción. La imposición de penas y sanciones está legalmente permitido y los únicos límites que se establecen son aquellos que derivan del respeto a los DDHH o que no afecte el ordenamiento jurídico nacional.

En el desarrollo del manual se hace referencia a las penas y sanciones como un **atributo de la jurisdicción indígena**, como la capacidad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas de aplicar diversas medidas sancionatorias en la resolución de un conflicto. En los **tres casos** planteados en la introducción del presente manual, las comunidades indígenas aludidas, especialmente el caso 2 y el 3, ejercitan su derecho a juzgar y sancionar conforme a sus sistemas normativos propios. Hasta aquí, parece estar claro que la jurisdicción indígena comprende también la capacidad de establecer penas y sanciones, reconocida en nuestras constituciones nacionales, en el Convenio 169 de la OIT, así como en la DNUDPI. Esta jurisdicción no sólo comprende la capacidad de *notio* (conocer), *juditio* (juzgar) sino también de *coertio* (capacidad de ejercicio de la violencia legítima), como acertadamente lo señalan Vicente Cabedo⁴⁷, Francisco López Ibarcena⁴⁸, Stavenhaven, y otros reconocidos juristas expresando que los sistemas de justicia propia, al ser instituciones de control social y de composición de conflictos, usan diversas

⁴⁶ Véase tabla en el anexo.

⁴⁷ PEÑA JUMPA, Antonio; CABEDO, Vicente; LÓPEZ IBÁRCENA, Francisco, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos indígenas de América latina*, PUCP, 2002. Aquí se habla de sistemas normativos indígenas, concepto que comparto plenamente.

⁴⁸ LÓPEZ IBARCENA, Francisco, *Entre las teorías jurídicas y el derecho indígena. Ensayo sobre la ceguera jurídica*, Bogotá, 2005.

medidas de coerción para establecer sus decisiones frente a aquel que transgrede las reglas de convivencia de la comunidad.

Ahora bien, para que se apliquen las penas y sanciones en estos sistemas de justicia comunal, existen una serie de reglamentos, normas consuetudinarias que rigen el ordenamiento social de la comunidad, también autoridades legítimamente constituidas, procedimientos establecidos para resolver los distintos tipos de conflictos que se presentan, conforme a su derecho ancestral y finalmente la determinación de la aplicación de las penas conforme al tipo de infracciones en las que se ha incurrido.

En los **casos María** y el de **Oposición de Principios**, estos rasgos señalados de la administración de justicia indígena se ven con claridad, se han producido los hechos y son esclarecidos en la comunidad, existe un procedimiento para determinar responsabilidades y las autoridades aplican una sanción en cada caso, en algunas ocasiones como ocurre en los casos señalados, estas personas sancionadas con determinados castigos no lo aceptan, y se recurre a otras instancias —generalmente la jurisdicción estatal— esperando encontrar un fallo o sanción distinto.

II. La justificación de la pena en la jurisdicción indígena

Esta forma de proceder en la jurisdicción indígena se corresponde con las teorías jurídicas existentes sobre las penas o es un elemento típico de los sistemas de control penal actual. La pena en el derecho es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito.

En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción.⁴⁹

Todo sistema social, incluso toda relación humana, necesita de instrumentos de control para evitar que los abusos de unos afecten o frustren las expectativas o los derechos de otros. Esto resulta lógico, ya que todo grupo social aspira a una mínima homogeneización que haga posible la convivencia y se logre una paz social. En este contexto aparece la sanción como medio de control, que es aplicado a los que atentan los intereses establecidos por la sociedad o el orden social.

De acuerdo con Núñez⁵⁰, “la pena es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito”. El origen

49 BRAMONT ARIAS, Luis, *Temas de derecho penal*, Lima, SP Editores, 1990.

50 NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1959.

de la pena, a diferencia de su compañera la medida de seguridad, se pierde en los albores de la humanidad. El Código de Hammurabi en Babilonia (siglo XXII a.C.), las Leyes de Manu en la India (siglo XI a.C.), las Leyes de Dragón en Atenas (siglo VII a.C.), o las Doce Tablas en Roma (siglo V a.C.), entre otros textos legales de los pueblos antiguos, dan prueba de la remota existencia de la pena.

No obstante, hay que indicar que las características de las remotas penas, poco o nada tienen que ver con las que actualmente se consideran esenciales, que sólo en épocas relativamente recientes aparecen.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es por consiguiente una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad. Más discutidos son los problemas sobre el fundamento y fines de la pena. Estos han constituido el objeto de la llamada “lucha de Escuelas”, que durante muchos años ha sido el punto de quiebre de discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho Penal. Aquí expondré sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos, distinguiéndose tradicionalmente, las teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

Para las teorías absolutas, llamadas también retributivas el fundamento de la pena radica en la mera retribución, mientras que para las teorías relativas la pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención. Se busca resocializar a la persona que comete el delito. En tal sentido, no se puede afirmar que existe función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. El siguiente cuadro grafica la discusión de las diversas teorías:⁵¹

⁵¹ GERMÁN HASSEL, Guillermo Eduardo, *Introducción y Teoría de la Ley penal*, Facultad de derecho, Santa Fe, Universidad Católica de Santa Fe, 2007.

III. La naturaleza de las penas en el sistema indígena

Señala Antonio Peña Jumpa,⁵² analizando la jurisdicción indígena, que las sanciones pueden ser definidas como la **fuerza coercitiva de la comunidad** que surgen ante el incumplimiento de sus reglas básicas. En la medida que se ha transgredido las normas de convivencia en la comunidad, las penas intentaran restaurar esa convivencia alterada. Buscan prevenir o mantener la situación de armonía de la comunidad. Dentro de esta perspectiva la sanción se puede componer de tres elementos básicos:

- La reparación del daño
- La aplicación de una pena o castigo
- La amenaza de una pena mayor

El propósito general de la pena en los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia propios es restaurar las cosas a su estado anterior a la agresión o el “delito”, si algo se ha dañado o afectado el transgresor debe reparar ese daño causado y restablecer la convivencia y la armonía en la comunidad. Aunque la mayor parte de los procedimientos de composición de conflictos de los pueblos indígenas terminan en acuerdos o conciliaciones también se establecen penas y/o castigos para aquellos que han transgredido las normas establecidas en la comunidad.

El objetivo general de la resolución de un conflicto al interior de la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales, creado por el arreglo o la decisión. Busca igualmente imponer orden y autoridad, todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. Igualmente se enfatiza en los procesos de justicia comunal que los infractores rectifiquen su conducta. Tienen que aprender una “lección”.

Un estudio socio jurídico que investigó en 2 países la justicia indígena, da cuenta que en los conflictos resueltos por la justicia comunal no todos terminan con una sanción. En este estudio, se señala que alrededor del 58.9% de los conflictos terminan con una conciliación, arreglo o transacción; mientras que un 18.7% de las actas analizadas la solución quedaba pendiente, mientras que sólo se encuentra en un 22.1% una decisión comunal que incluye las sanciones.⁵³

⁵² PEÑA JUMPA, Antonio, *Multiculturalidad y Constitución*, Lima, Centro de estudios Constitucionales, 2009.

⁵³ BRANDT, Hans-Jürgen; FRANCO VALDIVIA, Rocío, *Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, Valores y Procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en Comunidades Indígenas y Campesinas de Ecuador y Perú*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007.

RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PLURALISMO JURÍDICO Y EL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DE 1999
1. Fundamento	Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal. – Considerando... la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas (...) hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;	Art. 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana – Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.	Art. 2: Toda persona tiene derecho, Inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Artículo 1°, 7, 32 y 171	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1: El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. (...)
2. Texto de reconocimiento del pluralismo legal	Art. 8, 2: 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	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Ron	Art. 141: (...) Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de justicia, aplicando	Art. 149: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando	Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instan

(Continúa)

(Continuación)

b) la Jurisdicción Indígena y c) la institucionalidad indígena (Autoridades e instituciones propias).	<p>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.</p> <p>Art. 9,1 En la medida que ellos sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recuren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.</p> <p>días de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, 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 jurídico nacional.</p> <p>ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</p>	<p>das 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 la persona. La ley establece las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.</p>	<p>normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.</p>	<p>normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.</p>
3. Límite	<p>1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. <p>2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) el sistema jurídico b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. 	<p>Que normas y procedimientos no sean contrarios a:</p> <p>Constitución, y Leyes de la República</p>	<p>Que costumbres y procedimientos de la persona.</p>	<p>Que normas y procedimientos no sean contrarios a:</p> <p>1. Constitución,</p> <p>2. La Ley, y</p> <p>3. el orden público</p> <p>Que costumbres y procedimientos de la República</p> <p>Constitución, y Leyes</p>

1. Tipos de sanciones en la jurisdicción indígena

Dentro de los sistemas de justicia comunal o indígena existen un sin número de sanciones como sistemas pueden existir. Sin embargo aunque con diversos nombres y significados, los tipos de sanciones son similares en los diversos países donde se aplican estos sistemas, así tenemos sanciones como:

- las multas,
- la devolución de los objetos robados,
- las indemnizaciones,
- ejercicios físicos,
- multas económicas,
- el pago de los daños a través del trabajo comunal,
- el baño con agua fría,
- el castigo con ortiga, el fuete o látigo, los pencazos,
- trabajos en las comunidades,
- pérdida de sus derechos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la Comunidad, considerado también como una de las sanciones más graves.

Este conjunto de sanciones podemos decir que son tangibles, es decir, tienen una presentación material"... Agregándose que en los pueblos indígenas existen otras..."sanciones tangibles, no tienen representación material más sí simbólicas, como la exposición pública y la imposición pública de las sanciones"⁵⁴

Las multas, por ejemplo, son establecidas de acuerdo a la cuantía de la causa, como también de acuerdo a la gravedad del caso, la posibilidad económica de los accionantes; en el caso de los quichuas de Ecuador por ejemplo: siendo las más sobresalientes y notorias las siguientes: 200.000 sucre por el robo de animales, 150.000 sucre por las peleas entre familiares o vecinos, 200.000 sucre por problemas de linderos, 50.000 sucre por chismes. El fruto de las multas es destinado a los fondos de las comunidades y/o de la Organización. En otras comunidades se prioriza el castigo corporal como los fuetazos, la penqueada o el trabajo comunitario como la denominada cadena ronderil y los apremios físicos que aplican las rondas campesinas del Perú.

Peña Jumpa⁵⁵ en sus trabajos de investigación con comunidades campesinas del sur, o las comunidades nativas aguarunas del norte amazónico del Perú ha identifi-

⁵⁴ PIÑACUE, Jesús, "Aplicación autonómica de la justicia en Comunidades Paece. Una aproximación", en *La jurisdicción especial indígena. Misterio de justicia y del derecho*, Bogotá, 1997, p. 47.

⁵⁵ Ibidem.

cado algunos tipos de penas como: el calabozo o privación de la libertad, el trabajo forzado o servicio público, el humeo en la cara y la toma de ayahuasca o toé, la hortigueada, el corte de pelo, multas, etc. Son muy diversas los tipos de sanciones en cada comunidad o sistema de justicia indígena.

Las sanciones que se aplican en la jurisdicción indígena generalmente son de obligatorio cumplimiento, hay comunidades como el Tribunal superior indígena de Tolima en Colombia, que solicita siempre el apoyo de la Policía Estatal para dar cumplimiento a sus fallos, pero esto es un caso especial, **la mayor parte de las sanciones comunales las ejecutan las mismas autoridades comunales**. Todas las resoluciones que se adoptan en la administración de justicia, quedan recopiladas en actas y guardadas celosamente en los archivos de las comunidades. Esto lo hacen, previendo hechos futuros que pueden suscitarse, como por ejemplo el caso de que cualquier autoridad, de dentro o fuera de la comunidad, pretenda desconocer o sancionar nuevamente por el mismo acto, debiendo mirar el hecho de que ya fue tratado y sancionado, es decir se va formando una jurisprudencia que podría denominarse comunal.

2. Las penas y la justicia restaurativa

Hemos sostenido que las penas buscan principalmente el resarcimiento del daño y la restauración de las relaciones dañadas en la comunidad. Para ciertos sistemas normativos indígenas, el agresor es una persona que ha sido influenciado por un espíritu o una energía negativa y por lo tanto representa el mal, en algún momento se identifica el delito o el acto transgresor como el pecado o la esclavitud del pecado, y entonces cuando aplican las sanciones están liberando a la comunidad de esa energía negativa. Están expiando al transgresor de sus culpas.

Las penas en la justicia comunitaria no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican sobre la base de la confesión y el arrepentimiento. Las penas no persiguen mirar el pasado sino sobre todo restaurar el orden de las relaciones rotas en la comunidad y miran hacia el futuro; persiguen reparar el daño cometido. El investigador americano John Guillitz. Tiene una tesis interesante sobre este punto. El sostiene por ejemplo, haciendo un estudio sobre las rondas campesinas en el Perú, que en la aplicación de las penas hay un acto de purificación, y que las sanciones ronderas son parte de las costumbres de la zona, y producto de una fuerte influencia religiosa colonial. Las penas buscan expiar al transgresor con las normas comunales y la obediencia a las normas morales existentes en la comunidad.

La justicia restaurativa está presente en la administración de justicia comunitaria desde siempre y ha sido de mucho éxito ahí donde se ha practicado. La

justicia restaurativa es un nuevo movimiento en los avances de la victimología y la criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y las comunidades se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permite participar de los procesos. La justicia restaurativa es una teoría de la justicia que enfatiza en la reparación del daño o presentado por una conducta delictiva. Se alcanza mejor a través de procesos cooperativos que incluyen a todos los interesados.⁵⁶

El énfasis en la búsqueda del acuerdo y de la reparación del daño está en función del restablecimiento del equilibrio social en los caseríos y estancias, donde las relaciones sociales se construyen con base en lazos familiares, de vecindad o de parentesco generalmente frágiles. La justicia campesina funciona en el marco de un contexto social y cultural de proximidad, en que tanto el demandante como el demandado se conocen y conviven. En este aspecto, la justicia campesina se diferencia de la justicia estatal porque la primera resuelve el conflicto teniendo en cuenta el contexto de convivencia social, y la segunda, sólo tomando como referencia la ley descontextualizada. Sin embargo, la primera tiene limitaciones en la solución de conflictos porque carece de un aval de carácter coercitivo legal que imponga el cumplimiento de sus decisiones con validez. Como esta limitación es de conocimiento de las partes en conflicto, éstos recurren a las instituciones que más les convenga: desde el Poder Judicial hasta los tenientes gobernadores, pasando por los jueces de paz.

Debido a su afán de restaurar el orden social, los expertos han denominado esta forma de hacer justicia como *justicia restaurativa*, la cual, según Faundez (2003), “pone mucha énfasis en la confesión y la disculpa por el daño causado a la víctima o a la comunidad”. Efectivamente, los ronderos buscan que el infractor confiese su falta, explique las razones que lo motivaron para cometerla, pida perdón y se comprometa a no repetirla.

El maestro Raul Zaffaroni señala:

No tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países , lo racional es admitir que es preferible el comunitario y en la medida que funcione lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles.⁵⁷

⁵⁶ Centro para la Justicia y la Reconciliación, mayo del 2005, USA.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la Ley Penal”, en Derechos ancestrales. Justicia en contextos pluriinacionales, Quito, Ministerio de justicia y DDHH, 2009, p. 110.

III. De las penas y sanciones y sus límites en los DDHH

Las penas establecidas en las comunidades, hemos dicho, **pretenden regular el control social de la vida en la comunidad, no persiguen en general dañar al individuo infractor o sujeto transgresor**, sino mitigar el daño, restaurar la armonía social, no existen en los tipos de penas comunitarias la pena de muerte, la desaparición de los infractores o la tortura física o psicológica que afecta gravemente la salud de los individuos, lo que existe son castigos físicos, que guardan proporcionalidad con las responsabilidades establecidas en las asambleas. **El mayor castigo es la expulsión o la entrega a las autoridades judiciales estatales. Las sanciones que se utilizan son parte de un consenso colectivo y responden a los criterios establecidos en la misma comunidad que muchas veces para los valores del sistema de control penal formal son violatorios a los DDHH.**

Es cierto que algunas sanciones en los sistemas jurídicos indígenas vulneran derechos fundamentales, por eso es que en todas nuestras constituciones y en el propio Convenio 169 se coloca el límite de los DDHH ante el ejercicio de la potestad de juzgamiento de los pueblos indígenas. Algunas Constituciones señalan como límites “que no atenten contra el ordenamiento jurídico...” en todo caso lo importante es que al momento de evaluar estos hechos y los tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave plurista, no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario también hay que respetar las formas establecidas en los sistemas indígenas y buscar una solución intermedia, como ha sucedido con la Corte Constitucional Colombiana que ha fijado como parámetros para los diversos tipos de castigo en la justicia indígena un núcleo básico de derechos que los sistemas justicia propia deben adecuar en el momento de aplicar las sanciones en los conflictos que conocen⁵⁸.

En efecto, en la sentencia T- 254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muños), la Corte Constitucional colombiana dijo:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los DDHH como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos.

⁵⁸ La Corte Constitucional Colombiana en una sentencia que revisa las sanciones de la jurisdicción indígena ha señalado como DDHH básicos: El derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura y el debido proceso.

Sin embargo posteriormente en las sentencias T- 349 de 1996 y T- 593 de 1997 señaló que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos contenidos éticos”, esto es el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas de conformidad con la especificidad cultural de cada comunidad indígena. Esta última posición es la que no se ha rescatado de manera suficiente en la difusión de la jurisprudencia de la Corte, y es la que en propiedad, como señala Edgar Solano, es la más acorde con el principio constitucional de respeto a la identidad étnica y cultural de la nación. Pues logra conciliar el carácter universal de los DDHH con el respeto de las diferencias culturales de las minorías.⁵⁹

Todas las constituciones en América Latina como lo señala Raquel Yrigoyen, en la tabla de la legislación constitucional comparada, han señalado límites al ejercicio de la función jurisdiccional de los sistemas de justicia indígena. El principal límite es el respeto irrestricto a los DDHH, en esto también es compatible lo que se ha producido en la jurisprudencia del Perú a través de diversas sentencias o ejecutorias supremas.

Este es un tema que ha merecido mucha discusión especialmente entre los operadores de los sistemas jurídicos estatales que ven en las sanciones de la jurisdicción indígena el último reducto del sistema de justicia, sin embargo aquí corresponde tener un enfoque mayor sobre el modelo plural de justicia, y los sistemas normativos indígenas a los que hay que reconocer plenamente su derecho a ejercer la potestad de sancionar.

IV. La legislación comparada y los sistemas de sanciones

Casi todas las constituciones nacionales reconocen los sistemas de justicia propia de los pueblos indígenas, y por ende su derecho a sancionar como una facultad de los sistemas normativos de justicia. El límite que suelen indicar es el respeto a los DDHH, la ley y el orden público. Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia, Venezuela tienen estos criterios pero estos temas han sido resueltos por la vía jurisprudencial, como por ejemplo la Corte Constitucional colombiana. Esto podemos graficarlo en este cuadro comparativo elaborado por Raquel Yrigoyen⁶⁰ y que para efectos de nuestro fundamento nos interesa resaltar algunos de sus hallazgos:

⁵⁹ SOLANO GONZÁLES, Edgar (profesor, investigador de la Universidad Externado de Colombia), *La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana*, ensayo, Bogotá, 2001, p. 176.

⁶⁰ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en BERRAONDO (coord.), *Pueblos Indígenas y DDHH*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 537—567.

Para finalizar creo que debemos ceñirnos a esta regla que la Corte Constitucional colombiana ha señalado respecto a la autonomía de los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia: La regla de **maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones**, con la cual se busca salvaguardar los intereses de mayor jerarquía. Esta regla —en palabras de la propia Corte Constitucional—:

[...] supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: ... 1. A **mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía** [...] 2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares [...]. 3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural [...] Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. [Énfasis añadido]

V. Lectura recomendada

1. PEÑA Jumpa, Vicente Cabedo, Francisco López Bárcenas, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos indígenas de América latina*, Peru, PUCP, 2002.
2. *Compilación y selección de los Fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006*. Colombia, Consejo Superior de la Judicatura-Legis, 2006.
3. SOLANO González, Edgar, *La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana*, Bogota, 2001.
4. *Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*, OIT, 2009.
5. *Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en America Latina*.
6. JÜRGGEN Brandt, Hans, Roció Franco Valdivia. *Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, Valores y Procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en Comunidades Indígenas y Campesinas de Ecuador y Perú*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007.

Bibliografía

- ANAYA, James, *Indigenous Peoples in International Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2004.
- ARAYA, Jorge; CONTRERAS, Ana Gabriela; MAYÉN, M. Guisela (Coordinadores), *Acceso de los Pueblos Indígenas a La Justicia desde el Enfoque de DDHH: Perspectiva en el Derecho Indígena y en el Sistema de Justicia Oficial*, Guatemala, Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES), Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH en Guatemala (OACNUDH), 2008.
- ARIZA, Rosembert, "Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia", en *Justicia Consuetudinaria. ¿Un matrimonio imposible? Sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, Quito-La Paz, Konrad Adenauer Stiftung, 2007.
- ARIZA, Rosembert, *El derecho Profano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010.
- ASOCIACIÓN DE INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS SOCIALES, *Acceso de los Pueblos Indígenas a La Justicia desde el Enfoque de DDHH: Perspectiva en el Derecho Indígena y en el Sistema de Justicia Oficial*, Guatemala, ASIES-Oficina de Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los DDHH en Guatemala, 2008.
- ASSOCIACIÓ CATALANA DE PROFESSIONALS PER LA COOPERACIÓ, *Jueces para la Democracia y Comisión Europea, Libro Blanco sobre Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica*, San José, Costa Rica, Iberia, 2000.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *El proceso civil, comercial y penal de América Latina*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1989.
- BLANCO, Rafael; DÍAZ, Alejandra; HESKIA, Joanna; ROJAS, Hugo, *Justicia Restaurativa: Marco Teórico, Experiencias Comparadas y Propuestas de Política Pública*, Colección de Investigaciones Jurídicas, Vol. 6., Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado, 2004.
- BONILLA, Daniel, *Los derechos fundamentales y la diferencia cultural. Análisis del caso colombiano*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.
- BRAMONT ARIAS, Luis, *Temas de derecho penal*, Lima, SP Editores, 1990.
- BRANDT, Hans-Jürgen; FRANCO VALDIVIA, Roció, *Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, Valores y Procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en Comunidades Indígenas y Campesinas de Ecuador y Perú*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007.

- CARRANZA, Elías; PAULINO MORA, Luis; HOUED, Mario; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, San José de Costa Rica, ILANUD, 1983.
- CHIVI VARGAS, Idón Moisés, *El valor de la jurisdicción indígena originario campesina en Bolivia*, en *Aporte DPLF*, Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009.
- CHIVI VARGAS, Idón Moisés, *Los Desafíos de la Justicia Comunitaria (y Bases para una “Ley de Deslinde Jurisdiccional”)*, La Paz, International Institute for Democracy and Electoral Assistance, 2009.
- CLAVERO, Bartolomé, *Genocidio y Justicia. La Destrucción de las Indias: Ayer y Hoy*. Madrid, Marcial Pons, 2002.
- CLAVERO, Bartolomé, *Tratados con Otros Pueblos y Derechos de Otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- COMISIÓN DE ESCLARECIMIENTO HISTÓRICO (CEH), *Informe*, 1999.
- CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, *Compilación y selección de los Fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980- 2006*, Bogotá, Legis, 2006.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencias. (<http://www.corteconstitucional.gov.co>)
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*, New York, Routledge, 1995.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Hacia una concepción multicultural de los DDHH*, Bogotá, Uniandes, 2002.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Colombia, Siglo del Hombre editores y Universidad de los Andes, 2003.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Reinventar la democracia, reinventar el Estado*, Madrid, Sequitur, 2008.
- DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009.
- FEIRING, Birgitte (editora), *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en La Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2009.
- FLACSO-PANAMÁ. *Derecho Indígena en Panamá*. Cuadernos de Ciencias Sociales No. 5. Panamá, Arpía Impresores, S.A., 2011.
- FRANCES BAIMA, Patricia (editora), *Libro Blanco sobre Independencia del Poder Judicial y la Eficacia de la Administración de Justicia en Centroamérica*, San José de Costa Rica, Associació Catalana de Professionals per La Cooperació, Jueces para la Democracia y Comisión Europea, Iberia, 2000.
- GARRIDO; Enrique, *La Justicia Comunitaria Kuna. Nuestra Visión de la Justicia*, La Paz, Bolivia, Imprenta Aguilar, 2010.
- GAVIRIA, Carlos; ROLDÁN ORTEGA, Roque, “*La justicia indígena en la constitución colombiana de 1991 y comentario a la ponencia*”, en *Memoria*, San José, IIDH, 1999, pp. 75-88.

- GAVIRIA, Carlos, *Sentencias: Herejías constitucionales*, Bogota, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- GERMÁN HASSEL, Guillermo Eduardo, *Introducción y Teoría de la Ley penal*, Facultad de derecho, Santa Fe, Universidad Católica de Santa Fe, 2007.
- GIRALDO CASTAÑO, Jesael Antonio, Presidente Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “*Coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena. Avances del caso Colombiano*”, Intervención realizada en el Encuentro Regional Andino de Interculturalidad y Acceso a la Justicia, Santa Cruz, Bolivia, 2008.
- GÓMEZ, Herinaldy, “*De la coordinación entre el sistema judicial y la jurisdicción indígena*”, en *De la justicia y el poder indígena. Serie Estudios Sociales*, Popayán, Editorial Universidad del Cauca, 2000.
- GÓMEZ, Magdalena (coordinadora), *Derecho Indígena*, México, Instituto Nacional Indigenista-INI, Asociación Mexicana para las Naciones Unidas, 1997.
- HOWARD, Zehr, *Changing Lenses: A new focus for Crime and Justice*, Pennsylvania, Herald Press, 1990.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DDHH, *Jurisprudencia Nacional de América Latina en DDHH. Iudicium et Vita*, Julio No. 6., IIDH, Mars Edictores, S.A. San José, Costa Rica, 1998.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DDHH, *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas. Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman*, San José, Costa Rica, IIDH, 2006.
- ITURRALDE, Diego, “*Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena y la modernización del estado*”, en *Los derechos colectivos: Hacia una efectiva comprensión y protección*, Libro 16, Ecuador, Ministerio de justicia y DDHH, 2009.
- KLETT, Selva, *La jurisdicción internacional*, en *Curso de derecho procesal internacional y comunitario del Mercosur*, dirig. por Angel Landoni Sosa, Montevideo, FCU, 1997.
- LANG, A. Miriam (compiladora), *Mujeres Indígenas y Justicia Ancestral, Fondo para el Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer*, Quito, Ecuador, UNIFEM, Color Original, 2009.
- LECHENAL, Cecile. “*Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México*”, en *Hacia sistemas Jurídicos Plurales*, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- LÓPEZ H., Eleazar Pbro, *Teologías Indias en la Iglesia, Métodos y Propuestas*. Centro Nacional de Ayuda a Misiones Indígenas, México, CENAMI, 2002.
- LÓPEZ IBARCENA, Francisco, *Entre las teorías jurídicas y el derecho indígena. Ensayo sobre la ceguera jurídica*, Bogotá, 2005.
- MALLUCUNDO CADENA, Eugenio, “*Bolivia: Acceso a la Justicia de las personas y los pueblos indígena y la Defensoría del Pueblo de Bolivia*”, en *Ombusman y Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígena: estudios de caso en Bolivia, Colombia, Guatemala y Nicaragua*, San José de Costa Rica, IIDH, 2006, pp.15-167.
- MARSHALL, Tony, *Restorative Justice. An Overview*, London, Home Office, 1999.
- NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1959.

- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en America Latina*, Ginebra, OIT, 2009.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en La Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, Ginebra, OIT, 2009.
- PEÑA JUMPA, Antonio; CABEDO, Vicente; LÓPEZ IBÁRCENA, Francisco, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos indígenas de América latina*, PUCP, 2002.
- PEÑA JUMPA, Antonio, *Multiculturalidad y Constitución*, Lima, Centro de estudios Constitucionales, 2009.
- PIÑACUE, Jesús, “*Aplicación autonómica de la justicia en Comunidades Paeces. Una aproximación*”, en *La jurisdicción especial indígena. Misterio de justicia y del derecho*, Bogotá, 1997.
- RODRIGUEZ O., Javier, *Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas. Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman*, San José de Costa Rica, IIDH, 2006.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, “*Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los Sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas*”, en *América indígena: órgano oficial del Instituto Indigenista Interamericano*, Volumen 58, Números 1-2 1998.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, 2^a ed., Bogotá, UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, 2004.
- SOLANO GONZÁLES, Edgar, *La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana*, Bogotá, 2001.
- STAVENHAGEN, Rodolfo, *Los pueblos indígenas y sus derechos*, Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los DDHH y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de DDHH de la Organización de las Naciones Unidas, México, UNESCO. 2008.
- THOMPSON, José, “*Introducción*”, en *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudios en siete países de América latina*, San José, Costa Rica. Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de DDHH, 2000, pp. 23-31.
- UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. “*Justicia Comunitaria*” Parte I *Pensamiento Jurídico. Revista de teoría del derecho y análisis jurídico* No. 12, Bogotá, Unibiblos, 2000.
- VALIENTE LÓPEZ, Aresio, *Derechos de los pueblos indígenas de Panamá*, San José, Costa Rica, Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP) y Organización Internacional del Trabajo (OIT), 2002.
- VALIENTE LÓPEZ, Aresio, “*Los Modos de Resolver los Conflictos Sociales en el Mundo Indígena*”, en *Derecho Indígena en Panamá. Cuadernos de Ciencias Sociales* No. 5, Panamá, FLACSO-PANAMÁ, Arpía Impresores, 2011.
- VAN NESS, Daniel; STRONG, Karen Heetderks, *Restoring Justice*, Cincinnati, Anderson Publishing, 1997.
- VENADO, Toribia, “*La Desigualdad de Género entre la Mujer Indígena Panameña*”, en *Cuadernos Nacionales. Miradas Múltiples a Nuestra Realidad*, Panamá, Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá, 2010, pp. 71-85.

- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “*Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*”, en BERRAONDO (coord.), *Pueblos Indígenas y DDHH*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Bogotá, Editorial Temis, 1998.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la Ley Penal*”, en *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de justicia y DDHH, 2009.
- ZAMBRANO, Carlos, *Módulo de capacitación intercultural para la sensibilización de la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, Bogotá, Organización Nacional Indígena de Colombia y Universidad Nacional de Colombia, sin publicar, 2005.

Anexo

Administración de justicia por las autoridades judiciales e indígenas de Latinoamérica

Instrumentos y disposiciones internacionales

Convenio 169 de la OIT del 27 de junio de 1989
Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas del 13 de septiembre de 2007

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, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas , o parte de ellas.	Artículo 4	Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales , así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.
Artículo 2	1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad. 2. Esta acción deberá incluir medidas: b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones ;	Artículo 5	Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales , manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.
Artículo 4	1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones , los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados.	Artículo 9	Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. No puede resultar ninguna discriminación de ningún tipo del ejercicio de ese derecho.
Artículo 5	Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse	Artículo 20	1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticas, económicas y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

(Continúa)

Convenio 169 de la OIT

Declaración de las Naciones Unidas
sobre los derechos de los pueblos indígenas

	y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;	Artículo 34 Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.
Artículo 6	1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas , cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos , y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.	
Artículo 8	1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario . 2. 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.	
Artículo 9	1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.	

Instrumentos y disposiciones nacionales

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos		
Argentina	Artículo 75	Corresponde al Congreso: 17. Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades , y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.	Ley 24.071 del 4 de marzo de 1992	Por la cual se aprueba el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes
Bolivia	Artículo 1	Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.	Ley N° 1257 del 11 de Julio de 1991	Por la cual se aprueba y ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo
	Artículo 2	Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado, que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales, conforme a esta Constitución y la ley.	Ley N° 3897 de 26 de junio de 2008	Que eleva a rango de Ley los 46 artículos de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
			Ley 073 del 29 de diciembre de 2010	Artículo 1. (OBJETO): La presente Ley tiene por objeto regular los ámbitos de vigencia, dispuestos en la Constitución Política del Estado, entre la jurisdicción indígena originaria campesina y las otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente; y determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre estas jurisdicciones, en el marco del pluralismo jurídico.

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Bolivia	<p>Artículo 11 La democracia se ejerce de las siguientes formas, que serán desarrolladas por la ley:</p> <p>3. Comunitaria, por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, entre otros, conforme a Ley.</p>	
	<p>Artículo 26 I. Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva. La participación será equitativa y en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres. II. El derecho a la participación comprende: 3. Donde se practique la democracia comunitaria, los procesos electorales se ejercerán según normas y procedimientos propios, supervisados por el Órgano Electoral, siempre y cuando el acto electoral no esté sujeto al voto igual, universal, directo, secreto, libre y obligatorio. 4. La elección, designación y nominación directa de los representantes de las naciones y pueblos indígena originario campesinos, de acuerdo con sus normas y procedimientos propios.</p>	
	<p>Artículo 30 I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: 2. A su</p>	

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Bolivia	identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, y a su propia cosmovisión; 4. A la libre determinación y territorialidad; 5. A que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado, 14. Al ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión.	
	Artículo 98 I. La diversidad cultural constituye la base esencial del Estado Plurinacional Comunitario. La interculturalidad es el instrumento para la cohesión y la convivencia armónica y equilibrada entre todos los pueblos y naciones. La interculturalidad tendrá lugar con respeto a las diferencias y en igualdad de condiciones. II. El Estado asumirá como fortaleza la existencia de culturas indígena originario campesinas, depositarias de saberes, conocimientos, valores, espiritualidades y cosmovisiones. III. Será responsabilidad fundamental del Estado preservar, desarrollar, proteger y difundir las culturas existentes en el país.	
	Artículo 146 I. La Cámara de Diputados estará conformada por 130 miembros. VII. Las circunscripciones especiales indígena originario campesinas, se regirán por el principio de densidad poblacional en cada departamento. No deberán trascender los límites departamentales. Se establecerán solamente en el área rural, y en aquellos departamentos en los que estos pueblos y naciones indígena originario campesinos constituyan una minoría poblacional. El Órgano Electoral determinará las circunscripciones especiales. Estas circunscripciones forman parte del número total de diputados.	

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Bolivia	<p>Artículo 178</p> <p>I. La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos.</p> <p>II Constituyen garantías de la independencia judicial: 1. El desempeño de los jueces de acuerdo a la carrera judicial 2. La autonomía presupuestaria de los órganos judiciales.</p>	
	<p>Artículo 179</p> <p>I. La función judicial es única. La jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia, los tribunales departamentales de justicia, los tribunales de sentencia y los jueces; la jurisdicción agroambiental por el Tribunal y jueces agroambientales; la jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce por sus propias autoridades; existirán jurisdicciones especializadas reguladas por la ley. II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía. III. La justicia constitucional se ejerce por el Tribunal Constitucional Plurinacional. IV. El Consejo de la Magistratura es parte del Órgano Judicial.</p>	
	<p>Artículo 190</p> <p>I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.</p> <p>II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos</p>	

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Bolivia		y garantías establecidos en la presente Constitución.
	Artículo 191	I. La jurisdicción indígena originario campesina se fundamenta en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino. II. La jurisdicción indígena originario campesina se ejerce en los siguientes ámbitos de vigencia personal, material y territorial: 1. Están sujetos a esta jurisdicción los miembros de la nación o pueblo indígena originario campesino, sea que actúen como actores o demandado, denunciantes o querellantes, denunciados o imputados, recurrentes o recurridos. 2. Esta jurisdicción conoce los asuntos indígena originario campesinos de conformidad a lo establecido en una Ley de Deslinde Jurisdiccional. 3. Esta jurisdicción se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino.
	Artículo 192	I. Toda autoridad pública o persona acatará las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina. II. Para el cumplimiento de las decisiones de la jurisdicción indígena originario campesina, sus autoridades podrán solicitar el apoyo de los órganos competentes del Estado. III. El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina. La Ley de Deslinde Jurisdiccional, determinará los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Bolivia		constitucionalmente reconocidas.
	Artículo 211	I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos podrán elegir a sus representantes políticos en las instancias que corresponda, de acuerdo con sus formas propias de elección. II. El Órgano Electoral supervisará que en la elección de autoridades, representantes y candidatas y candidatos de los pueblos y naciones indígena originario campesinos mediante normas y procedimientos propios, se de estricto cumplimiento a la normativa de esos pueblos y naciones.
	Artículo 289	La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias.
	Artículo 290	I. La conformación de la autonomía indígena originario campesina se basa en los territorios ancestrales, actualmente habitados por esos pueblos y naciones, y en la voluntad de su población, expresada en consulta, de acuerdo a la Constitución y la ley. II. El autogobierno de las autonomías indígenas originario campesinas se ejercerá de acuerdo a sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos, conforme a sus atribuciones y competencias, en armonía con la Constitución y la ley.
	Artículo 291	I. Son autonomías indígena originario campesinas los territorios indígena origi-

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Bolivia	nario campesinos, y los municipios, y regiones que adoptan tal calidad de acuerdo a lo establecido en esta Constitución y la ley. II. Dos o más pueblos indígenas originarios campesinos podrán conformar una sola autonomía indígena originaria campesina.	
	Artículo 292 Cada autonomía indígena originario campesina elaborará su Estatuto, de acuerdo a sus normas y procedimientos propios, según la Constitución y la Ley.	
Colombia	Artículo 1 Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.	Ley 21 de marzo 4 de 1991 Por medio de la cual se aprueba el Convenio No.169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes de la OIT
	Artículo 7 El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.	Ley 270 de marzo 7 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia. Artículo 11. La Rama Judicial del Poder Público está constituida por: 1. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones a) De la Jurisdicción Ordinaria: 1. Corte Suprema de Justicia; 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial; 3. Juzgados civiles, laborales, penales, agrarios, de familia, de ejecución de penas y los demás especializados y promiscuos que se creen conforme a la ley.
	Artículo 246 Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.	 b) De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: 1. Consejo de Estado; 2. Tribunales Administrativos; 3. Juzgados Administrativos; a) De la Jurisdicción Constitucional: Corte Constitucional; b) De la Jurisdicción de Paz: Jueces de Paz; c) De la Jurisdicción de las Comunidades Indígenas: Autoridades de los territorios indígenas; 2. La Fiscalía General de la Nación; 3. El Consejo Superior de la Judicatura.
	Artículo 330 De conformidad con la Constitución y las leyes,	

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Colombia	<p>los territorios indígenas estarán gobernados por los consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios; 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo; 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución; 4. Recibir y distribuir sus recursos; 5. Velar por la preservación de los recursos naturales; 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio; 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del gobierno nacional; 8. Representar a los territorios ante el gobierno nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley. 	<p>Artículo 12. La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria. Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos expresamente por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.</p> <p>Las autoridades de los territorios indígenas previstas en la ley ejercen sus funciones jurisdiccionales únicamente dentro del ámbito de su territorio y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las Leyes. Estas últimas establecerán las autoridades que ejercen el control de constitucionalidad y legalidad de los actos proferidos por las autoridades de los territorios indígenas.</p> <p>El articulado 11 de la ley 270 de marzo 7 de 1996 fue reformado por el artículo 4 de la ley 1285 de 2009, como sigue:</p> <p>Artículo 4º. Modifíquese el artículo 11 de la Ley 270 de 1996: "Artículo 11. La Rama Judicial del Poder Público está constituida por: I. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones: a) De la Jurisdicción Ordinaria: 1. Corte Suprema de Justicia. 2. Tribunales Superiores de Distrito Judicial. 3. Juzgados</p>

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Colombia		<p>civiles, laborales, penales, penales para adolescentes, de familia, de ejecución de penas, de pequeñas causas y de competencia múltiple, y los demás especializados y promiscuos que se crean conforme a la ley; b) De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: 1. Consejo de Estado; 2. Tribunales Administrativos; 3. Juzgados Administrativos; c) De la Jurisdicción Constitucional: 1. Corte Constitucional; d) De la Jurisdicción de Paz: Jueces de Paz. 2. La Fiscalía General de la Nación. 3. El Consejo Superior de la Judicatura.</p> <p>De igual forma, el artículo 12 de la ley 270 de marzo 7 de 1996 fue reformado por el artículo 5 de la 1285 de 2009, así:</p> <p>Artículo 5°. El artículo 12 de la Ley 270 de 1996 quedará así:</p> <p>Artículo 12. Del ejercicio de la función jurisdiccional por la rama judicial. La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, según se precisa en la Constitución Política y en la presente Ley Estatutaria. Dicha función se ejerce por la jurisdicción constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.</p>
	Ley 1394 de de julio 12 de 2010	<p>Por la cual se regula un Arancel Judicial</p> <p>Artículo 12. Destinación, vigencia y recaudo. Destínense</p>

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Colombia		<p>los recursos recaudados por concepto de Arancel Judicial del que trata la presente ley para la descongestión de los despachos judiciales del país. El Consejo Superior de la Judicatura tendrá la facultad de administrar, gestionar y recaudar el mismo, sin perjuicio de que la administración y la gestión se realicen a través del sistema financiero.</p> <p>Parágrafo. Los pueblos indígenas designarán un representante que tenga acceso a la información y decisión de destinación, administración, recaudo del Arancel Judicial a efecto de establecer hasta el diez por ciento (10%) para la jurisdicción indígena.</p>
México	Artículo 2	<p>La Nación Mexicana es única e indivisible. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá</p> <p>Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca</p> <p>Artículo 16. El Estado de Oaxaca tiene una composición étnica plural, sustentada en la presencia y diversidad de los pueblos y comunidades que lo integran. El derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas se expresa como autonomía, en tanto partes integrantes del Estado de Oaxaca, en el marco del orden jurídico vigente; por tanto dichos pueblos y comunidades tienen personalidad jurídica de derecho público y gozan de derechos sociales. La ley reglamentaria establecerá las medidas y procedimientos que permitan hacer valer y respetar los derechos sociales de los pueblos y comunidades indígenas.</p> <p>Artículo 112. La Jurisdicción Indígena se ejercerá por las autoridades comunitarias de acuerdo con los usos y costumbres de los pueblos y comunidades indígenas, dentro del marco del orden jurídico vigente y en los términos que determine la</p>

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
México	<p>en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico.</p> <p>A. Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes. III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que resalte el pacto federal y la soberanía de los estados.</p>	<p>ley reglamentaria del Artículo 16 de esta Constitución.</p>

Decreto 308 del 09 de septiembre de 2006. Código procesal penal para el estado de Oaxaca

Artículo 414. Comunidades indígenas: Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de un pueblo o comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, se 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 competente. Se excluyen los casos de homicidio doloso, violación, violencia intrafamiliar, los delitos cometidos contra menores de doce años, los delitos agravados por el resultado de muerte y los delitos de asociación delictuosa.

Decreto No. 266 del 19 de junio de 1998. Ley de derechos de los pueblos y comunidades indígenas del estado de Oaxaca

Artículo 1º.- La presente Ley es reglamentaria del artículo 16 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca. Es de orden público e interés social y regirá en todo el territorio del Estado de Oaxaca en materia de derechos y cultura de los pueblos y comunidades indígenas; así como en las obligaciones de los Poderes del Estado en sus distintos ámbitos de gobierno. Sus disposiciones constituyen las prerrogativas mínimas para la existencia, pervivencia, dignidad y bienestar de dichos pueblos y comunidades indígenas. Las disposiciones de la presente Ley regirán supletoriamente en materia de derechos y obligaciones de

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
México		los pueblos y comunidades indígenas; así como en las atribuciones correspondientes de los poderes del Estado en sus distintos niveles de gobierno, para todos los casos no previstos en otras leyes locales.
	Decreto del 3 de agosto de 1990	Por el cual se ratifica el Convenio 169 de la OIT
	Ley 16 de 19 de febrero de 1953	Por la cual se organiza la comarca de San Blas (Mediante la Ley No. 99 de 23 de diciembre de 1998, se cambió el nombre de la Comarca de San Blas a Comarca Kuna Yala)
		Artículo 7. Es obligación de la primera autoridad política de toda población indígena, tomar conocimiento de las infracciones de la Ley que ocurrieren dentro de su jurisdicción, informar de lo sucedido al Intendente, y poner a las órdenes de éste a los transgresores.
		Artículo 12. El Estado reconoce la existencia y jurisdicción en los asuntos concernientes a infracciones legales, exceptuando lo referente a la aplicación de las leyes penales, del Congreso General Kuna, de los Congresos de pueblos y tribus y de las demás autoridades establecidas conforme a la tradición indígena y de la Carta Orgánica del Régimen Comunal Indígena de San Blas. Dicha Carta tendrá fuerza de Ley una vez que la apruebe el Órgano Ejecutivo, luego de establecer que no pugna con la Constitución y las Leyes de la República.
	Ley N° 22 de 8 de noviembre de 1983	Por la cual se crea la Comarca Emberá de Darién Artículo 15. En la Comarca Emberá habrán Juzgados

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
México		Comarcas con categoría de Juzgados Municipales. En las mismas condiciones existirán Agencias del Ministerio Público. Los Jueces y Agentes del Ministerio Público que se designen en la Comarca tendrán como superiores Jerárquicos a los Jueces y Fiscales de Circuito de la Provincia de Darién. El nombramiento del personal de los juzgados y agencias del Ministerio Público se hará de acuerdo con la organización judicial establecida en todo el país.
Panamá	Artículo 90 El Estado reconoce y respecta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.	Decreto ejecutivo 84 de 9 de abril de 1999
		Decreto ejecutivo 228 de 3 de diciembre de 1998
		Ley 10 de 7 de marzo de 1997
		Decreto ejecutivo 194 de 25 de agosto de 1999
		Ley 34 de 25 de julio de 2000
		Decreto ejecutivo 414 de 22 de octubre de 2008
		Ley 29 de 25 de octubre de 1984

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Panamá		Ley No. 38 de 10 de julio de 2001 Que reforma y adiciona artículos al Código Penal y Judicial, sobre Violencia Doméstica y Maltrato al Niño, Niña y Adolescente, Deroga Artículos de la Ley 27 de 1995 y dicta otras Disposiciones
		Ley 63 de 28 de agosto de 2008 Código Procesal Penal
Perú	Artículo 89 Las Comunidades Campesi- nas y las Nativas tienen exis- tencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas.	Decreto-ley 22175 del 9 mayo 1978 Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y de Ceja de Selva Artículo 19. Los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se origine entre los miembros de una Comu- nidad Nativa, así como las faltas que se comentan, serán resueltas o sancio- nadas en su caso, en forma definitiva, por sus órganos de gobierno. En los procesos civiles y penales los Tribunales Co- munes o Privativos, según el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades.
	Artículo 149 Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdic- cionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudina- rio, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.	Ley 27908 de 17 de diciembre de 2002 Artículo 1. Personalidad jurídica. Reconócese personali- dad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autéonoma y democrática de organización comu- nal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de fun- ciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesi- nas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conci- liación extrajudicial confor-

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
Perú		<p>me a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la paz comunal dentro de su ámbito territorial. 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.</p> <p>Artículo 9.- Coordinación y apoyo con autoridades jurisdiccionales. Las autoridades de la jurisdicción ordinaria establecerán relaciones de coordinación con los dirigentes de las Rondas Campesinas respetando las autonomías institucionales propias. Los dirigentes de las Rondas pueden solicitar el apoyo de la fuerza pública y demás autoridades del Estado.</p>
	Ley 24656 del 13 de abril de 1987	<p>Ley general de comunidades campesinas</p> <p>Artículo 1. Declárese de necesidad nacional e interés social y cultural el desarrollo integral de las Comunidades Campesinas. El Estado las reconoce como instituciones democráticas fundamentales, autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo, dentro de los marcos de la Constitución, la presente ley y disposiciones conexas.</p> <p>En consecuencia el Estado: a) Garantiza la integridad del derecho de propiedad del territorio de las Comunidades Campesinas; b) Respeta y protege el trabajo comunal como una modalidad de participación de los comuneros, dirigida a establecer y preservar los bienes y servicios de interés comunal, regulado por un derecho consuetudinario autóctono;</p>

(Continúa)

País	Contenidos constitucionales	Desarrollos normativos
		<p>c) Promueve la organización y funcionamiento de las empresas comunales, multinacionales y otras formas asociativas libremente constituidas por la Comunidad; y, d) Respeta y protege los usos, costumbres y tradiciones de la Comunidad. Propicia el desarrollo de su identidad cultural.</p> <hr/> <p>Resolución legislativa 26253 de 1993</p> <p>Por la cual se ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo</p>

Índice temático

A

Acceso a la Justicia 17, 18, 29, 30, 45, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 70, 71, 72, 74, 80, 87, 93
Ámbito territorial 46
Antijuridicidad 68
Antropología jurídica 35, 67, 84
Arrepentimiento 100
Asaltos 36
Asignación de competencias 36
Audencia justa 89
Autoincriminación 92
Autonomía indígena 19, 21, 25, 26, 27, 28, 38, 39, 40, 46, 47, 49, 50, 51, 53, 54, 57, 64, 69, 75, 83, 106
Autoridades tradicionales 21, 22, 30, 32, 41, 57, 67, 68, 69, 70, 77, 88, 89
Autoridad nacional competente 45
Avecindado 31, 37

B

Bloque de constitucionalidad 19, 44, 68
Bolivia 16, 18, 26, 30, 33, 38, 63, 87, 103, 107, 108, 109

C

Carácter casuístico 93
Clave intercultural 19
Código Penal 36
Coexistencia 34
Cohesión social 26, 57, 83
Colectividad 29, 38, 39, 44, 52, 53, 63, 67, 70
Comisión Interinstitucional de Acercamiento de la Justicia Tradicional Indígena y la Justicia Ordinaria 74

Competencia 24, 27, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 37, 38, 47, 48, 54, 67, 74, 86
Complementariedad 71, 72
Comunidades
Comunidades indígenas 25, 30, 32, 33, 35, 36, 37, 41, 42, 44, 46, 49, 51, 52, 71, 79, 82, 83, 86, 88, 94, 106
Conciliación 35, 73, 85, 98
Confesión 100, 101
Consenso intercultural 56, 83, 84
Consentimiento libre, previo e informado 88
Contexto cultural indígena 35, 65, 68, 70, 84
Contextos lingüísticos 17
Control de convencionalidad 49
Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 16, 27, 31, 45, 61, 63, 65, 67, 68, 77, 85, 86, 95, 106, 108, 110
Coordinación
De sistemas jurídicos 15, 18, 19, 20, 27, 32, 33, 34, 42, 43, 53, 54, 56, 57, 62, 74, 82, 102, 103
Cosmovisión 57, 59, 60, 63, 64, 67, 68, 69, 70, 73
Costumbres 28, 29, 31, 32, 34, 47, 48, 49, 50, 52, 55, 62, 63, 67, 68, 100, 106
Criterio
De oportunidad 77
De territorialidad 33, 38, 53
Culpabilidad (dolosa) 60, 68, 69, 100

D

Debido proceso 17, 19, 33, 40, 50, 60, 61, 75, 77, 78, 79, 81, 83, 85, 86, 89, 91, 92, 95, 102
Declaración Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas (DADIN) 28

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) 31, 62, 66, 85, 95
 Demarcaciones indígenas 37, 38
 Derecho aplicable 19, 25, 33, 43
 Derecho colectivo 25, 32
 Derecho indígena 16, 20, 41, 49, 68, 74, 77, 87, 90, 92, 93, 95, 103, 109, 111
 Derecho maya 77
 Derechos
 Consulta, a la 27, 86, 88
 Culturales 51
 Defensa adecuada, a la 60
 Defensa técnica, a la 40, 47, 60, 64, 68, 76, 81, 91, 92
 Identidad cultural, a la 28, 36, 57, 69, 75
 Jurisdicción indígena, a la 25, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 38, 39, 54, 56, 60, 62, 63, 71, 73, 74, 86, 94, 95, 98, 99, 100, 102, 103, 108, 109
 Libre determinación, a la 25, 26, 27, 28, 29, 30, 32, 40, 41, 46, 53, 64
 Segunda instancia, a la 33, 35, 69, 92, 93
 Derechos colectivos 19, 27, 37, 47, 54, 57, 85, 109
 Derechos colectivos, - fundamentales 19, 27, 37, 47, 54, 57, 85, 109
 Derechos humanos 16, 18, 20, 28, 29, 31, 32, 35, 39, 40, 41, 42, 45, 47, 48, 49, 51, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 72, 73, 76, 77, 81, 82, 84, 85, 86, 87, 89, 92, 94, 101, 102, 103, 107, 108, 109, 110, 111
 Núcleo duro 84, 85
 Derechos individuales 37, 50, 54, 57, 62
 Diálogo intercultural 20, 39, 56, 85, 87, 91
 Distintivos etnoculturales 57
 Diversidad étnica, cultural 21, 39, 44, 49, 51, 55, 56, 81, 82, 83, 84, 85, 102, 106

E

Educación bilingüe 47
 Ejecución de sentencias 45
 Elementos de ponderación
 Interpretación 19, 34, 44, 55, 57
 Enfoque jurídico monista 39
 Estado
 de Derecho 15, 16, 17, 64, 79
 Monista, monismo jurídico 34, 39
 Multiétnico 18

Nacional 27, 63
 Multicultural 43, 108
 Estándares del derecho internacional 17, 25, 26, 27, 29, 31, 39, 81, 86, 91, 102

F

Forum shopping 37

G

Garantías judiciales, mínimas 60, 61, 64, 65, 66, 69, 92

H

Homicidios 36

I

Idioma indígena 65
 Indígenas migrantes 38
 Información etnográfica 38
 Integridad

 Corporal 50
 Cultural 57

Interculturalidad 16, 43, 56, 71, 75, 92

J

Jerarquía normativa 19
 Juez 18, 19, 21, 24, 34, 35, 38, 44, 49, 53, 55, 61, 62, 66, 68, 77, 79, 83, 84, 89, 91
 Estatal 34
 Independencia del juez 35
 Natural 49
 Penal 24, 53
 Jurisdicción 19, 25, 29, 30, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39, 44, 45, 46, 47, 48, 54, 56, 60, 62, 63, 68, 71, 73, 74, 78, 86, 94, 95, 98, 99, 100, 102, 103, 106, 108, 109, 110, 111
 Especial, indígena 46, 64, 86, 99, 106, 108, 110, 111

Estado 37, 47, 68

Indígena 25, 26, 27

Tribunales indígenas 17

Tribunales interculturales 38

Justicia 15, 16, 17, 18, 19, 20, 26, 29, 30, 31, 34, 35, 36, 37, 39, 40, 41, 43, 45, 46, 47, 48, 53, 54, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89,

- 90, 92, 93, 94, 95, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 106, 107, 108, 109, 110, 111
- De paz 85
- Estatal 16, 26, 34, 36, 37, 39, 60, 64, 72, 73, 101
- Indígena 16, 17, 18, 19, 30, 37, 41, 45, 63, 72, 73, 74, 75, 83, 84, 87, 90, 92, 93, 94, 95, 98, 100, 102, 103, 108
- Restaurativa 85, 100, 101
- Tradicional 60, 72
- Transicional 85

L

- Lectura intercultural 37
- Legalidad 17, 32, 33, 40, 50, 75, 79, 81, 84, 88, 103
- Penas 35, 50, 54, 67, 81, 84, 91, 94, 95, 96, 98, 100, 102, 103, 111
- Lesiones 36
- Ley de Deslinde 18
- Libertad
 - De culto 19, 21, 31, 32, 51, 52, 56, 57, 69, 75
- Libre desarrollo de la personalidad 51
- Límites de tierras 36
- Linchamientos 41, 76, 87, 88, 90

M

- Mecanismos de coordinación 18, 76, 77, 88
- Mediación 73, 85
- Minorías culturales, nacionales 50
- Modelo plural de justicia 103
- Monismo
 - Concepción monista del derecho 34, 39

N

- No-indígenas 38
- Normas consuetudinarias 95
- Normas de las comunidades indígenas 44, 49
- Núcleo de las creencias 52

O

- Ombudsman 36
- Operadores de justicia 15, 67, 73
- Oposición de principios constitucionales 83
- Ordenamiento social de la comunidad 95
- Orden comunitario 35
- Orden público 25, 46, 49, 103, 106
- Orden público (interno) 25, 46, 49, 103, 106

P

- Participación solidaria 35
- Penas 20, 22, 23, 35, 50, 54, 67, 77, 78, 81, 84, 91, 94, 95, 96, 98, 100, 102, 103, 111
- Baños de agua fría 35, 54
- Cepos 35
- Ortiga 35, 99
- Pasta de ají 22
- Sanciones 33, 36, 67, 68, 79, 81, 84, 85, 94, 95, 98, 99, 100, 102, 103
- Sanciones corporales 33
- Peritaje cultural, antropológico 44, 67, 68, 69, 70, 84
- Peritos 60
- Personalidad jurídica 28
- Perspectiva intercultural 35, 43, 71, 79
- Pluralismo jurídico
 - Modelo plural de justicia 15, 18, 19, 20, 25, 26, 27, 30, 34, 39, 40, 42, 43, 44, 71, 73, 79, 82, 87, 103, 111
- Políticas interculturales de justicia 59
- Presunción de inocencia 81, 89, 92, 93
- Principios
 - De defensa 40, 47, 60, 64, 68, 76, 81, 91, 92
 - De diversidad étnica 56, 102, 106
 - De legalidad 17, 33, 40, 75, 79, 81
 - De reconocimiento 43
 - Morales, de orden cultural 77
 - Sagrados 35
- Privación arbitraria de la libertad 41
- Procedimientos consuetudinarios comarcales 47
- Prueba pericial, antropológica 38, 68

R

- Recursos naturales 47, 51, 61, 70
- Reparación del daño 35, 62, 70, 80, 100
- Reproducción social 34
- Resolución indígena 32
- Rondas campesinas 99, 100

S

- Seguridad jurídica 19, 29, 54
- Sistemas
 - Acusatorio 85
 - De justicia 18, 71, 94, 95, 98, 99, 103, 106
 - Jurídico indígena 36, 49

Normativo propio 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 53, 62, 67, 70, 94, 95, 100, 103
Normativos (internos) 29, 30, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 46, 53, 70, 94, 95, 100, 103
Sujetos activos 31, 33

T

Tala de árboles 36
Tejido social 36
Términos técnicos legales 66
Territorialidad, criterio de 33, 38, 53
Trabajo comunitario 22, 35, 90, 91, 99
Tradiciones 28, 29, 32, 35, 40, 46, 50, 52, 55, 62
Traductor 24, 62, 64, 65, 66, 84

U

Unidades políticas 38
Unión Nacional de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá 74

V

Valores jurídicos 35
Violaciones 36, 83
Violencia familiar 36

Z

Zonas de traslape 38

El presente Manual busca orientar al operador -desde una perspectiva comparada- en cuanto al marco jurídico aplicable. Establece directrices para resolver los conflictos que se suscitan a partir de la coexistencia entre la justicia estatal y la indígena.

El Manual parte de varios casos hipotéticos que recogen situaciones típicas del pluralismo jurídico. A partir de estos supuestos, el Manual recorre diferentes aspectos problemáticos, aportando criterios relevantes provenientes de la normativa y jurisprudencia comparada nacional e internacional. En este sentido pretende facilitar la práctica del pluralismo jurídico en una visión regional, para que, mediante un diálogo de los operadores de los diferentes países del continente, se vayan perfilando soluciones adecuadas.

Esta es la primera edición del Manual sobre Elementos y Técnicas del Pluralismo Jurídico en América Latina. La intención de los autores, colaboradores y coordinadores, todos ellos miembros de o cercanos al Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina auspiciado por el Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, es la de actualizar regularmente esta obra como instrumento práctico con una sólida base académica doctrinal. Solicitamos el generoso apoyo de nuestros lectores, quienes mediante su crítica y aporte de experiencias propias, nos apoyen en el enriquecimiento de esta herramienta.

