



**PARTICIPA**

Promoción de la participación y representación  
indígena en los procesos políticos de América Latina



# SISTEMAS LEGALES Y PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA



# PARTICIPA

Promoción de la participación y representación indígena en los procesos políticos de América Latina

## SISTEMAS LEGALES Y PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA

### AUTORES:

Marco Mendoza (Bolivia)  
Minda Bustamante (Chile)  
Santo Sajbochol (Guatemala)  
Marcos Del Rosario (México)  
Mirva Aranda (Perú)

Este proyecto está  
cofinanciado por la  
Unión Europea



Un proyecto  
llevado a  
cabo por :



Konrad  
Adenauer  
Stiftung



© Proyecto PARTICIPA – Unión Europea/Konrad Adenauer Stiftung e.V., 2015

### **Prólogo**

Maximilian Benjamin Hedrich

Director del Proyecto PARTICIPA, Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y del Programa Regional de “Participación Política Indígena” de la Fundación Konrad Adenauer

### **Autores**

Marco Mendoza (Bolivia)

Minda Bustamante (Chile)

Santos Sajbochol (Guatemala)

Marcos del Rosario (México)

Mirva Aranda (Perú)

### **Editores responsables**

Bernardo Ponce

Diana Soria Galvarro

### **Revisión y corrección**

Maximilian Hedrich

Bernardo Ponce

Claudia Heins

Diana Soria Galvarro

### **Diseño de portada**

Editora PRESENCIA S.R.L. (591-2) 2334210

### **Impresión**

Editora PRESENCIA S.R.L. (591-2) 2334210

### **D.L.**

xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx

Proyecto PARTICIPA

Fundación Konrad Adenauer (KAS) - Programa Regional de Participación Política Indígena (PPI)

Av. Walter Guevara No 8037, Calacoto

Tel: (+591-2) 2786910 2786478 2784085 2125577

Fax: (+591-2) 2786831

Casilla No 9284

La Paz – Bolivia

Email: [info.ppi@kas.de](mailto:info.ppi@kas.de)

[www.kas.de/ppi](http://www.kas.de/ppi)

La presente publicación ha sido elaborada en el marco del Proyecto PARTICIPA por la Fundación Konrad Adenauer (KAS), con la asistencia de la Unión Europea. El contenido de la misma es responsabilidad exclusiva de los autores y en ningún caso debe considerarse que refleja los puntos de vista de la Unión Europea o la KAS. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la inclusión de la fuente. Esta publicación se distribuye sin fines de lucro.

# Índice

PRÓLOGO.....	5
HOJA DE RUTA DE LA JUSTICIA PLURAL EN BOLIVIA En tiempos de Estado Plurinacional Comunitario .....	9
1. SITUACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA .....	10
2. FORTALEZAS Y DEBILIDADES.....	17
3. PROPUESTAS DE POLÍTICA PÚBLICA .....	20
4. CONCLUSIONES .....	28
BIBLIOGRAFÍA.....	30
PLURALISMO JURÍDICO EN CHILE: El proceso del pluralismo jurídico desde la desnacionalización del derecho.....	33
I. VISIÓN GENERAL SOBRE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....	34
II. STATU QUO DEL PLURALISMO JURÍDICO.....	37
III. FORTALEZAS Y DEBILIDADES.....	44
IV. PROPUESTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE PLURALISMO JURÍDICO .....	53
V. CONCLUSIONES .....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	57
EL PLURALISMO JURIDICO EN GUATEMALA .....	59
I. SITUACION JURIDICA DE LOS PUBLOS INDIGENAS EN GUATEMALA .....	59
II. EL PLURALISMO JURIDICO EN GUATEMALA.....	64
III. AVANCES DEL DERECHO INDIGENA EN GUATEMALA.....	79
IV. CASOS CONCRETOS EN LOS QUE SE RESPETO A EL DERECHO INDIGENA .....	82
V. PROPUESTAS DE POLITICAS PÚBLICAS RESPECTO AL TEMA.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	84

EL PLURALISMO JURÍDICO EN MÉXICO. CONSIDERACIONES PARA LOGRAR LA INCLUSIÓN Y DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS .....	87
A. Visión general sobre situación jurídica de los pueblos indígenas .....	88
B. Status quo del pluralismo jurídico .....	89
C. Fortalezas y debilidades .....	94
D. Propuestas de políticas públicas respecto al tema .....	104
E. Conclusiones .....	108
BIBLIOGRAFÍA .....	110
LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA EN EL PERU .....	111
I. Los pueblos indígenas en el Perú: .....	111
II.- La Jurisdicción Especial Indígena en el Perú .....	116
III.- Políticas Públicas en materia de Pluralismo Jurídico: avances y dificultades .....	127
BIBLIOGRAFÍA .....	138

## PRÓLOGO

La Fundación Konrad Adenauer (KAS- Konrad-Adenauer-Stiftung por sus siglas en alemán) trabaja en América Latina hace más de 50 años en el marco de la cooperación internacional. Está presente también en más de 80 países de todo el mundo. El objetivo principal de la KAS es prestar un aporte significativo a la profundización de procesos democráticos.

La KAS también trabaja temáticas específicas como medio ambiente, Estado de derecho, medios de comunicación, participación política indígena, entre otros.

En este marco, en el año 2006 se formó el Programa Regional “Participación Política Indígena” (PPI), basado en la convicción que una democracia a mediano y largo plazo sólo puede ser estable cuando existe participación de todos y cada uno de los sectores de la población. Espacios de participación política, económica y social para la población indígena han sido durante muchos siglos poco existentes en América Latina. Es por eso que el PPI persigue principalmente dos objetivos:

- 1) Fomentar un debate intercultural e interdisciplinario entre representantes indígenas y no indígenas sobre temas que son de suma importancia para los pueblos indígenas en América Latina. La democracia es diálogo y, sin un diálogo plural no puede haber una verdadera democracia.
- 2) Sensibilizar a actores tradicionales no indígenas para que incorporen temas indígenas en sus estructuras. Así se prevé un mayor entendimiento entre los actores de toda la sociedad.

En los varios talleres y seminarios realizados bajo estos dos objetivos, un problema identificado fue el poco impacto de los pueblos indígenas sobre medidas políticas que les afecta. Sólo la incorporación de todos los sectores de una sociedad, puede llevar a una democracia estable.

Fue debido a estas observaciones que, conjuntamente con socios estratégicos indígenas y no indígenas de países como Bolivia, Chile, Guatemala, México y Perú, nació la idea de diseñar un proyecto, primero piloto, que debía empoderar a los pueblos indígenas para que los mismos puedan influir en políticas públicas relacionadas a ellos. Para poder tener un impacto, es necesario mostrar un producto para poder realizar una incidencia efectiva. Es por eso que el Proyecto PARTICIPA apunta al diseño conjunto de “planes de desarrollo” o “planes de vida” para mediante estos poder incidir con las autoridades estatales respectivas. Para poder tener un impacto, es necesario mostrar un producto para poder realizar un cabildeo efectivo. Es por eso que el Proyecto apunta al diseño conjunto de “planes de desarrollo” o “planes de vida” para mediante estos poder hacer este cabildeo con las autoridades estatales respectivas.

Para que las experiencias no se queden aisladas, se propuso crear una plataforma de intercambio en los países del Proyecto PARTICIPA. Las buenas o malas prácticas de algunos países pueden tener un efecto positivo en otros. Además, se pensó que estas experiencias deberían ser reflejadas en la agenda de los medios de información masivos para también llamar la atención de la opinión pública sobre problemáticas que afectan a los pueblos indígenas. Por otro lado, las universidades también son incluidas en estas plataformas para aportar en la búsqueda de soluciones a las falencias en las currículas académicas tienen respecto a las temáticas indígenas.

De esta manera, está previsto que el Proyecto PARTICIPA dé inicio a una plataforma de intercambio continua, donde pueblos indígenas puedan tener impacto directo en políticas públicas a través de las autoridades estatales presentes, impacto sobre las currículas académicas e impacto sobre la opinión pública. Se espera, a mediano plazo, poder expan-



dir el radio de impacto a otros países en la región latinoamericana y a otros actores como organismos internacionales, etc., a largo plazo.

El Proyecto PARTICIPA tiene una duración de 30 meses e inició en abril de 2014. Su sede se encuentra con el PPI en La Paz, Bolivia. En este marco, se prevén cinco talleres temáticos. El fin es la implementación del diálogo supranacional entre los miembros de la red: líderes indígenas, representantes de asociaciones de organizaciones indígenas, autoridades estatales, representantes de los medios de información, representantes de las universidades, facilitadores locales, coordinadores del proyecto, representantes de los socios del proyecto y del PPI. Este grupo fijo de actores discutirá temas de suma importancia para la población indígena, profundizando así lo trabajado en las socializaciones locales. Los temas definidos son:

- “Sistema Legal y pluralismo jurídico”,
- “Políticas Públicas y la Institucionalización de Intereses Indígenas”,
- “Medio Ambiente, Acceso a y Propiedad de Tierra y Territorio”,
- “La Identidad Indígena en un Mundo Globalizado” y
- “Cumplimiento de los ODM en Comunidades Indígenas y Conceptos de Desarrollo”.

Estos talleres conformarán el núcleo esencial del proyecto: todas las actividades nacionales sirven para consolidar la red internacional compuesto por los actores más adecuados, legitimados e influyentes para poder identificar estrategias exitosas de promoción de la participación política indígena en la región. Esta metodología garantiza que las propuestas de políticas públicas desarrolladas en los talleres internacionales se incluyan en las agendas políticas nacionales por los propios miembros de la red.

Por cada taller temático se publicará un libro que no sólo ayudará a crear conciencia pública acerca de los temas debatidos, sino que resume las propuestas de políticas públicas desarrolladas en cada taller.

En diciembre del año 2014 se desarrolló el primer taller temático sobre “Sistemas legales y pluralismo jurídico”. Esta es la publicación que está relacionada a esta primera experiencia regional. Sin embargo, el objetivo principal de esta publicación es ayudar a crear conciencia pública acerca del tema del pluralismo jurídico y dar propuestas de políticas públicas relacionadas al tema, de acuerdo a la realidad de cada país.

La publicación dará una visión regional y actualizada del tema del pluralismo jurídico y ayudará a identificar el estado de cuestión en cada país. Se apunta a que sea una publica-

ción de referencia para los diversos actores partícipes de este Proyecto y demás interesados, y sobre todo propositiva en cuanto a políticas públicas para actores estatales. Importante es incluir la visión indígena y basarse en la demanda de las poblaciones indígenas de cada país respecto a este tema.

Agradezco profundamente a todos y todas quienes colaboraron en el taller temático, que fue la base de esta publicación, y sobre todo a los autores de este libro.

Maximilian Hedrich  
**Director - Proyecto PARTICIPA**



## HOJA DE RUTA DE LA JUSTICIA PLURAL<sup>1</sup> EN BOLIVIA En tiempos de Estado Plurinacional Comunitario

**Marco A. Mendoza Crespo**  
**Fundación CONSTRUIR**  
[mmendoza@fundacionconstruir.org](mailto:mmendoza@fundacionconstruir.org)

**E**n Bolivia, el nuevo diseño constitucional de justicia tiene el desafío de realizar los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política del Estado (CPE) y en los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos desde el bloque de constitucionalidad. Los principales compromisos asumidos por Bolivia ante la comunidad internacional, respecto a los derechos de los pueblos indígenas, han sido incorporados en la Constitución vigente, vinculando la misión de los po-

<sup>1</sup> Entendiendo que el texto constitucional crea el concepto metacomplejo “indígena originario campesino” olvidando los diversos procesos de construcción/constitución/realización de sus identidades que han resultado en su diferenciación espiritual, económica, social, política, cultural, en adelante para efectos del desarrollo de este documento, sólo se hará referencia a “indígena”, siguiendo el lenguaje de los instrumentos internacionales.

deres constituidos (Órganos) con la voluntad de constituyente, en el diseño e implementación de políticas públicas a favor de los pueblos indígenas para hacer efectivos, entre otros, tres derechos complementarios e indivisibles: derecho a la libre determinación, derecho al autogobierno y derecho a la participación y representación política efectiva, desde una Carta de Derechos ampliada, que obliga a generar nuevas/otras condiciones, términos y relaciones entre el Estado Plurinacional Comunitario y los pueblos indígenas, para una gestión del poder en clave plural e intercultural.

## 1. SITUACIÓN DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA

El proceso constituyente<sup>2</sup> y la Constitución Política del Estado<sup>3</sup> que ha resultado del mismo, muestran que la agenda indígena y los derechos de los pueblos indígenas contenidos en los instrumentos internacionales, han sido recogidos por el constituyente y expresados plenamente en toda la amplitud de la Carta de Derechos. Entonces, la lucha de los pueblos indígenas en Bolivia no pasa por la incorporación de sus derechos en el marco constitucional, sino por su realización normativa, institucional, política, económica, social y cultural, modificando la tradicional mirada en la que los pueblos indígenas son sólo portadores de cultura, para comprender que son –fundamentalmente- sujetos de derechos.

### 1.1. Proceso constituyente en curso

El proceso constituyente en Bolivia no ha concluido. Con la CPE como primer resultado de la Asamblea Constituyente, Bolivia vive un momento de transición política, normativa e institucional para hacer efectivo el nuevo pacto social, enfrentando el desafío de construir el Estado Plurinacional Comunitario<sup>4</sup> desde el conjunto de los órganos públicos y en los distintos niveles de gobierno sub-nacional autónomos. Este tránsito democrático-constitucional, normativo e institucional- tiene como nuevo marco de referencia el imperativo del artículo 1 constitucional: *“la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país”* (Bolivia: 2009, p. 2) que en su realización material debe resultar en el diseño e implementación de políticas que hagan efectivas:

- 1) La democracia plural e intercultural que tiene su origen y se realiza a partir de la articulación de tres vertientes: democracia representativa, democracia directa y participativa y democracia comunitaria.
- 2) La economía plural, tiene como principales expresiones la organización económica comunitaria, estatal, privada y social cooperativa.
- 3) El pluralismo jurídico, como expresión de una interlegalidad horizontal efectiva,

2 .....  
El Nacimiento del Estado Plurinacional. Ver: [biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/.../ElNacimientoDelEstadoPlurinacional.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/.../ElNacimientoDelEstadoPlurinacional.pdf)

3 Constitución Política del Estado. Ver: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208>

4 [http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/98CAJ\\_Estadodelarelacion.pdf](http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/98CAJ_Estadodelarelacion.pdf)

que resulte de los procesos de diálogo intercultural entre el conjunto de jurisdicciones de igual jerarquía, señaladas por el texto constitucional.

Consiguientemente, el proceso de adecuación, arquitectura e implementación normativa e institucional, deben tener como referente no solo el texto constitucional, sino el contexto en el que se ha desarrollado el proceso constituyente, y que –en gran medida- se expresa en su Preámbulo:

*“El pueblo boliviano, de composición plural, desde la profundidad de la historia (...) y con la memoria de nuestros mártires, construimos un nuevo Estado ... basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra”* (Estado Plurinacional de Bolivia: 2009, p. 1)

## **1.2. Interlegalidad horizontal en la composición del Tribunal Constitucional Plurinacional**

Así se explica que en el nuevo diseño constitucional de justicia y desde una perspectiva de construcción de espacios e instancias de interlegalidad horizontal, el Tribunal Constitucional Plurinacional<sup>5</sup> tenga una composición plural y que -por mandato constitucional- en su conformación por lo menos dos de sus miembros provengan de la jurisdicción indígena originario campesina, constituyendo uno de los más importantes hitos en la construcción de la pluralidad y el pluralismo jurídico, que debe resultar en procesos de confluencia, concurrencia y articulación en los que ambas vertientes del derecho y de la justicia: la republicana (con fuertes resabios coloniales) y la indígena originario campesina, se interrelacionen, dialoguen, coordinen y cooperen.

## **1.3. La transición autonómica indígena y la construcción del Estado Plurinacional Comunitario**

En esa misma línea, en el contexto de conversión de autonomías municipales a autonomías indígena originario campesinas<sup>6</sup> se da otro referente importante de realización de la pluralidad y pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. Allí se piensa, dice y hace una parte del Estado Plurinacional, a partir de procesos de armonización, conjugación, diálogo y articulación de economía plural, pluralismo jurídico y democracia plural e intercultural, que hacen a la esencia de este proceso de transición constitucional

5 Ley 027. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. Ver: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/126017>

6 El Órgano Electoral Plurinacional ha convocado a referéndum aprobatorio de los Estatutos Autonómicos Indígenas de Totorá y Charagua. Ver: [www.oep.org.bo/re%200271.pdf](http://www.oep.org.bo/re%200271.pdf) y [www.oep.org.bo/res%20270.pdf](http://www.oep.org.bo/res%20270.pdf)

y que en su implementación tiene como uno de sus grandes desafíos realizar la gestión pública intercultural en términos generales, y la gestión intercultural de la justicia plural<sup>7</sup>, en términos particulares, con especial referencia a la administración de justicia. Esta transición autonómica, tiene todas las características de un proceso constituyente en instancia local, porque buscan establecer un nuevo pacto social que resulte en una mayor y mejor participación de los colectivos indígena originario campesinos en la gestión pública, diseñando, desarrollando e implementando una nueva institucionalidad con vertientes que provienen del modelo republicano con otros que provienen de su memoria larga y que expresan las prácticas políticas, económicas, sociales y culturales de las naciones y pueblos indígena originario campesinos involucrados en este proceso de transición constitucional<sup>8</sup>.

En ese contexto, una de las tareas más importantes en la redacción de sus estatutos autonómicos, es la adecuación de sus sistemas de justicia al diseño constitucional, como componente fundamental de la justicia plural. En esta tarea deben tener presente el marco de referencia internacional y constitucional, para el ejercicio efectivo de sus derechos como colectivos indígenas en un contexto de articulación, coordinación y cooperación con el conjunto de las jurisdicciones señaladas por la Constitución<sup>9</sup>.

#### 1.4. La justicia en el primer momento del tránsito constitucional

Por las razones anotadas y como parte del propio mandato constitucional, en este contexto histórico de transición e implementación constitucional, normativa e institucional, el Sistema de Justicia no puede ser el ausente. Tiene como desafío instalar y sostener la articulación, coordinación y cooperación intra e inter jurisdiccional – a través de procesos de diálogo intra e intercultural- del conjunto de sus órganos, instancias y jurisdicciones a partir de procesos de desarrollo e implementación de gestión intercultural de la justicia plural<sup>10</sup>.

7 El caso de Totorá es particularmente importante por la forma en que ha incorporado la justicia en su Estatuto Autonómico a partir de principios y marcos generales, lo que le permite fortalecer su diversidad normativa interna. Sobre este tema, corresponde analizar el Estatuto Autonómico de Totorá Marka y la DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0029/2013 Sucre, 29 de noviembre de 2013 Correlativa a la DCP 0009/2013 de 27 de junio de 2013, estos documentos están disponibles en: <http://www.icees.org.bo/2014/11/estatuto-autonomico-originario-de-totora-marka-aprobado/> Respecto al proceso autonómico y el sistema jurídico de Totorá Marka. Ver: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/ABF47D155E05EE32052579C70055F479/\\$FILE/NormasProcedimientosySancionesdeLaJusticiaInd%C3%ADgenaenBoliviayPer%C3%BA.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/ABF47D155E05EE32052579C70055F479/$FILE/NormasProcedimientosySancionesdeLaJusticiaInd%C3%ADgenaenBoliviayPer%C3%BA.pdf)

8 La transición autonómica indígena, constituye el principal desafío en la construcción/articulación de la nueva institucionalidad estatal. En otro contexto de realización de derecho de participación y representación política, los Distritos Municipales Indígenas (art. 10 de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización), son parte de ese desafío de querer, entender y realizar derechos en clave plural e intercultural.

9 A ese efecto se debe considerar el contenido de la Declaración Constitucional Plurinacional 0009/2013. Disponible en: <http://www.conaioc.org.bo/documentos/item/192-declaracion-totora-marka>

10 Prácticas de Interlegalidad en el Sistema de Justicia (sección 1). Fundación Construir. Ver: [www.youtube.com/watch?v=Pl8vWPEy1GM](http://www.youtube.com/watch?v=Pl8vWPEy1GM)

Esto explica que los resultados alcanzados hasta ahora sean todavía insuficientes, pues la transición del Sistema de Justicia se encuentra en el punto ciego de decisores y gestores de los Órganos Ejecutivo, Legislativo, Electoral y Judicial, que han reducido la transición a la implementación normativa y a la elección de altas autoridades de justicia.

En la perspectiva de alcanzar el horizonte, es preciso iniciar el largo recorrido de la transición del sector justicia que no debe –ni puede– reducirse sólo a la transición judicial. El Órgano Judicial y el Tribunal Constitucional Plurinacional son una parte del sistema de justicia plural, mas, no son todo el sistema de justicia ni comprenden a todo el sector justicia. La transición de la justicia en Bolivia debe convocar y articular al conjunto de órganos e instituciones cuya misión institucional sea contribuir a la resolución de conflictos, en la búsqueda o realización de la justicia para fortalecer la paz social y la convivencia armónica.

### **1.5. Agenda de justicia con un enfoque de derechos**

A ese efecto y desde los nuevos referentes constitucionales, el Estado boliviano debe construir una agenda de justicia con un enfoque de derechos, que anime a la adopción de políticas públicas, como respuesta integral a la demanda ciudadana de un mayor y mejor servicio de justicia. Los lineamientos de política en justicia deben ser recogidos por el conjunto de planes estratégicos institucionales, para expresarse en programas, proyectos y presupuestos que hagan posible su implementación.

Como parte de esta agenda, como eje de la transición normativa e institucional, se debe buscar un mayor y mejor acceso a la justicia, entendido desde su doble connotación: como un derecho ciudadano que busca ser realizado y como una responsabilidad estatal que garantice la realización efectiva de este derecho, principalmente en referencia a los grupos en situación de mayor vulnerabilidad, a partir de los siguientes fundamentos de diseño constitucional de justicia plural boliviana:

- a) El pluralismo jurídico igualitario, expresado en la igualdad jerárquica de las jurisdicciones.
- b) La función judicial única, que reconoce como decisiones de justicia las que provienen del conjunto de las matrices civilizatorias expresadas en las jurisdicciones ordinaria, agroambiental, especial e indígena originaria campesina.
- c) Un marco de derechos que debe ser realizado desde el bloque de constitucionalidad, en toda la expresión y extensión de la Carta Universal de Derechos.
- d) Los procesos de coordinación y cooperación en el sistema de justicia: intra e interjurisdiccionales, para hacer efectiva la función judicial única.
- e) El sometimiento de la gestión judicial al control de la jurisdicción constitucional, no solamente de las decisiones de juzgados y tribunales ordinarios, sino de las

instancias jurisdiccionales de los sistemas de justicia indígena, originaria y campesina.

- f) La participación ciudadana en la elección -mediante voto universal- de magistrados y magistradas del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional Plurinacional.

### 1.6. Fortalecimiento del núcleo común

La justicia en el proceso de tránsito del Estado Republicano al Estado Plurinacional Comunitario, debe fortalecer el núcleo común del Sistema de Justicia conformado por los principios y valores compartidos por el conjunto de sus jurisdicciones, que en términos normativos se traducen en la Carta de Derechos Ampliada, a partir de tres nuevos referentes:

- a) a. toda decisión de justicia ordinaria, agroambiental, especial o indígena es decisión de servidor público de justicia a nombre del Estado Plurinacional Comunitario;
- b) b. todo asunto que conozca la autoridad de justicia indígena se tramita y decide en sede judicial, ampliando la sede judicial ordinaria a la indígena;
- c) c. desde la igualdad jerárquica entre autoridades jurisdiccionales, toda relación entre jueces y tribunales ordinarios, agroambientales o especiales con autoridades e instancias de justicia indígena es una relación entre pares<sup>11</sup>.

El sistema de justicia debe cumplir el imperativo constitucional de desarrollar procesos de coordinación y cooperación para que se realicen la función judicial única y la igualdad de jerarquía de las jurisdicciones señaladas por la CPE, porque a pesar de su distinto origen y de las diferentes lógicas jurídicas que las sustentan, la jurisdicción ordinaria<sup>12</sup> y la jurisdicción indígena originaria campesina ya no tienen la posibilidad de seguir rutas diferentes ni caminos independientes, si quieren lograr el objetivo común de alcanzar la justicia, restituir la paz social y lograr la convivencia pacífica de los bolivianos y bolivianas.

En esa perspectiva, y dado que la jurisdicción indígena originaria campesina tiene como límite el respeto a la vida, *“el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”* y que las naciones y pueblos indígena originario campesinos, cumpliendo el mandato del artículo 179 constitucional *“ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”* (Bolivia: 2009, p. ), debe entenderse que el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales deben ser interpretados de acuerdo a contextos socioculturales concretos, comprendiendo no sólo la diversidad cultural, sino más

11 Interlegalidad en el Departamento de Oruro (sección 2). Fundación Construir. Ver: [www.youtube.com/watch?v=Sfb0rzn7gBo](http://www.youtube.com/watch?v=Sfb0rzn7gBo)

12 <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Informe-Gesti%C3%B3n-Judicial-2014-TSJ.pdf>



bien sus particularidades, sus especificidades que hacen a la constitución identitaria de estos sujetos colectivos de derechos.

### **1.7. Impartir justicia haciendo efectivo el control de convencionalidad**

En el caso particular de quienes imparten justicia a nombre del Estado Plurinacional: jueces y tribunales ordinarios, agroambientales y especiales, y autoridades indígenas, originarias y campesinas, es menester recordar de manera insistente, que en el tratamiento y la resolución de las causas sometidas a su conocimiento, tienen el deber de integrar el marco constitucional y normativo interno a los instrumentos internacionales en derechos humanos. Consiguientemente, no será suficiente hacia adelante el control de constitucionalidad, sino un efectivo control de convencionalidad con lo que este hecho supone: incorporar en el razonamiento, fundamentación y sustentación de los fallos judiciales (ordinarios e indígenas) la Carta de Derechos, sin omitir la revisión, análisis y remisión de sus fallos a la jurisprudencia contenida en las sentencias de la CIDH, del Tribunal Constitucional Plurinacional y de Tribunales y Cortes Constitucionales de la Región<sup>13</sup>.

A ese efecto será importante considerar como referente aquello que se ha establecido como Reglas de Aplicación de Normas en el contexto del artículo 15 de la Ley N° 025 del Órgano Judicial:

- 1) 1. Respeto a la jerarquía normativa y distribución de competencias establecidas en la Constitución, disponiendo la aplicación preferente de la Constitución y de ley especial con preferencia a la ley general.
- 2) 2. La aplicación preferente de los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, y que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución.
- 3) 3. La obligación de precautelar el resguardo de derechos humanos y garantías constitucionales, por autoridades jurisdiccionales bajo sanción por vulneración de derechos.

### **1.8. La igualdad política de los pares de la justicia plural como presupuesto de la igualdad jerárquica de las jurisdicciones**

El marco normativo e institucional vigente no es en sí mismo suficiente para implementar el diseño constitucional de justicia si no se realiza el imprescindible diálogo de conoci-

<sup>13</sup> [http://www.derechoshumanosbolivia.org/archivos/agenda/programa\\_seminario\\_internacional\\_retos\\_y\\_desafios\\_de\\_los\\_ddhh\\_del\\_siglo\\_xxi.pdf](http://www.derechoshumanosbolivia.org/archivos/agenda/programa_seminario_internacional_retos_y_desafios_de_los_ddhh_del_siglo_xxi.pdf)

mientos y de saberes<sup>14</sup> entre los decisores y operadores públicos y el conjunto de los autogobiernos indígenas, para hacer posible la construcción concertada de la nueva institucionalidad del sistema de justicia plural para que contribuya a la generación de acciones de igualación política y social, y que –en paralelo- devuelva la confianza a la gente en un sistema de justicia desacreditado<sup>15</sup>.

En ese contexto, deberá entenderse todo sistema de justicia indígena como resultado del ejercicio de su libre determinación y expresión de su autogobierno, cuyas autoridades no solo toman decisiones políticas, sino que –además- tienen la facultad constitucional de impartir justicia a nombre del Estado Plurinacional Comunitario y que por ello, ninguna de sus decisiones de justicia puede ser modificada por sus pares de la jurisdicción ordinaria, agroambiental o especial, y que sólo queda abierta la vía de la jurisdicción constitucional para hacerlo.

En la perspectiva de realizar los derechos de los Pueblos Indígenas (y de sus miembros), contenidos en la Carta Universal de Derechos, la transición constitucional de la justicia plural debe hacer efectiva la igualdad jerárquica de las jurisdicciones, la función judicial única y el imperativo constitucional de coordinación y cooperación en el sistema de justicia, desarrollando instrumentos que hagan posible la gestión intercultural de la justicia plural<sup>16</sup>.

Nada más distante de cuanto hasta hoy hicieron los Órganos del Estado Plurinacional Comunitario en el marco de una transición normativa e institucional que tiende a restringir derechos de los Autogobiernos Indígenas<sup>17</sup>.

Como respuesta, se propone generar un conjunto de procesos que permitan atenuar los efectos de la crisis de la justicia:

- 1) Establecer una relación de coordinación entre el conjunto de los Órganos: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Electoral, en igualdad de condiciones y a partir de una lógica de equilibrio de poder.

En este contexto, el conjunto de los órganos públicos debe cooperar para que la transición constitucional de justicia se realice bajo el liderazgo del Órgano Judicial, a pesar de su débil perfil y de los cuestionamientos en su desempeño institucional.

14 Se constituyó una coordinadora plurinacional de justicia indígena originaria campesina para cumplir ese rol. Ver: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/posesionan-coordinadora-plurinacional-de-justicia-ind%C3%ADgena-originaria-campesina>

15 Ver: [http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/136Justiciaplural3final\\_42.pdf](http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/136Justiciaplural3final_42.pdf)

16 Pautas para comprender la gestión intercultural de la justicia plural en tiempos del Estado plurinacional .Ver: <http://www.auditoriajudicialandina.org/?p=2422>

17 Presentación del Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos las actividades de su oficina y la situación de los Derechos Humanos en Bolivia, 2013. Ver: <http://www.nu.org.bo/mensajes/presentacion-del-informe-de-la-alta-comisionada-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-las-actividades-de-su-oficina-la-situacion-de-los-derechos-humanos-en-bolivia-2013/>

- 2) Crear y sostener espacios de coordinación y cooperación intra jurisdiccional para fortalecer el relacionamiento al interior de cada una de las jurisdicciones señaladas por la CPE.
- 3) Crear, sostener y fortalecer los espacios e instancias de coordinación y cooperación interjurisdiccional<sup>18</sup> (entre las jurisdicciones constitucional, ordinaria, especial e indígena originario campesina), para hacer posible el diseño e implementación operativa de la justicia plural. Sólo así será posible una gestión intercultural de la justicia plural.
- 4) Crear y sostener espacios de participación ciudadana en la gestión de la justicia plural.

Sólo una apertura democrática a la participación de la sociedad civil organizada en los procesos de planificación, evaluación y monitoreo social en la gestión de la justicia, pueden generar la legitimidad que tanto necesita el Sistema de Justicia. Este y no otro debe ser el sentido de la cumbre de justicia que anunció el Presidente del Estado Plurinacional Comunitario<sup>19</sup>.

A ese efecto, los Órganos Públicos involucrados en la Reforma de la Justicia Plural en Bolivia requieren, con carácter de urgencia, generar alianzas estratégicas que involucren a la sociedad civil organizada. Respecto a las organizaciones indígena originario campesinas debe participar su amplia base social a través de la dirigencia intermedia, por cuanto sus estructuras de representación nacional han perdido credibilidad por los hechos de corrupción vinculados al desfalco del Fondo Indígena<sup>20</sup>.

## 2. FORTALEZAS Y DEBILIDADES<sup>21</sup>

Considerando que la justicia plural desafía a comprender que ha terminado el tiempo en el que sólo el Estado tenía el monopolio de decir, decidir y hacer el derecho y que ha llegado el momento en el que la sociedad boliviana y el Estado Plurinacional Comunitario comprendan que la justicia indígena es derecho vivo y está plenamente vigente. En un contexto de tránsito normativo – institucional de realización de derechos, el proceso de transición e implementación del nuevo diseño constitucional de justicia, debe ser aborda-

18 *Fundación CONSTRUIR participó en el primer Ñuvaiti de Justicias de Bolivia*. Ver: [http://www.fundacionconstruir.org/boletin/boletin\\_noticia.php?id=101](http://www.fundacionconstruir.org/boletin/boletin_noticia.php?id=101)

19 "Evo Morales anuncia cumbre y referéndum para la reforma judicial". Ver: <http://www.unitel.tv/noticias/reforma-a-la-justicia-hay-que-llevar-al-referendum-para-que-el-pueblo-decida-sobre-la-nueva-justicia-boliviana/>

20 Melendres, Miguel Ángel. "Recursos del Fondo Indígena van a 148 cuentas individuales". Ver: <http://www.eldeber.com.bo/economia/recursos-del-fondo-indigena-148.html>

21 *Los aspectos centrales de esta parte del capítulo han sido desarrollados en otro artículo*. Disponible en: <http://tierra.org/index.php/publicacion/documentos-de-trabajo/130-reflexion-y-evaluacion-sobre-derechos-y-territorios-indigenas-en-bolivia>

do como un sistema complejo en el que confluyen un conjunto de sistemas de justicia<sup>22</sup> – no sólo jurisdicciones- que provienen de diversas matrices civilizatorias con el imperativo de desarrollar procesos de coordinación y cooperación.

Sin embargo, por razones que sólo la historia explicará, los Órganos del Estado Plurinacional Comunitario han reducido el tránsito del sistema de justicia plural a una transición del Órgano Judicial, a partir de tres decisiones: 1. La Ley de transición del Órgano Judicial; 2. La elección de Magistrados y Magistradas del Órgano Judicial y del Tribunal Constitucional; 3. Desarrollo normativo sustantivo y adjetivo.

Este proceso de tránsito, cada vez más distante de la construcción de un sistema de justicia plural, ha contribuido a profundizar la crisis en que encuentra sumido el Órgano Judicial. Los Órganos de Justicia y las autoridades electas –sin posibilidad de reclamar para sí el beneficio de inventario- han asumido la pesada carga de enfrentar el conjunto de los problemas que hacen al sistema de justicia: desacreditado, inaccesible, burocrático, lento, corrupto y sometido al poder político y económico. Un sistema de justicia muy distante de la gente.

A los efectos de realizar una primera aproximación a la construcción/ejercicio de la justicia plural en este primer momento de tránsito histórico corresponde evaluar:

- Horizonte, en relación con los compromisos del constituyente.
- Avances, para evaluar los hitos alcanzados por el proceso en curso.
- Demoras, para identificar los principales obstáculos de carácter normativo, institucional, social y cultural.
- Regresiones, para comprender las decisiones de carácter estratégico en la coyuntura.
- Desafíos, para identificar los objetivos estratégicos a partir de acciones concretas en la coyuntura.
- Acciones, para establecer una agenda mínima que permita atender las emergencias de la coyuntura sin perder la perspectiva del horizonte.

#### HORIZONTE

El compromiso del constituyente que vincula la construcción/constitución del Estado Plurinacional Comunitario a la realización de los derechos indígenas, en términos de un nuevo marco de derechos, que supone otras formas de relacionamiento entre el Estado y la sociedad civil.

22. La referencia del artículo 179 constitucional a la justicia indígena es de jurisdicción indígena originaria campesina. Esta decisión del constituyente obedece a la necesidad de diseñar un sistema de justicia con igualdad de jerarquía entre el conjunto de sus jurisdicciones y de hacer viable la función judicial única. Sin embargo, en la realidad bajo una sola jurisdicción, coexisten aproximadamente 600 sistemas de justicia indígenas, originarios y campesinos diferenciados.

AVANCES	DEMORAS	REGRESIONES <sup>1</sup>
<p>Diseño constitucional de justicia plural, articulado a una carta de derechos ampliada desde el bloque de constitucionalidad.</p> <p>Creación de Viceministerios de: a. Justicia Indígena Originaria Campesina; b. Autonomía Indígena Originaria Campesina; 3. Descolonización.</p> <p>El Tribunal Constitucional Plurinacional ha generado jurisprudencia que hace posible la adecuación constitucional de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.</p> <p>Autonomías Indígenas en transición.</p>	<p>Existe una propuesta de Política Pública de Justicia Plural del Viceministerio de Justicia Indígena Originaria Campesina que no ha sido socializada ni aprobada.</p> <p>Los Órganos Ejecutivo, Legislativo y Judicial demoran la adecuación constitucional del artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.</p>	<p>Se ha quebrado el diseño constitucional de justicia con la aprobación del artículo 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional<sup>2</sup>.</p> <p>La convocatoria a elecciones subnacionales (municipales) en abril de 2010 y marzo de 2015, son regresivas porque afectan los derechos adquiridos de las autonomías indígenas en proceso de conversión<sup>3</sup>.</p>
DESAFÍOS	ACCIONES	
<ul style="list-style-type: none"> <li>Recuperar la independencia de los Autogobiernos Indígenas, afectados por la actividad/influencia/injerencia de los partidos políticos.</li> <li>Descolonizar la justicia indígena, en contextos de rescate/recuperación, reconstitución/fortalecimiento de las identidades indígenas.</li> <li>Construir y fortalecer el núcleo común de las justicias en un marco de respeto y realización de derechos.</li> <li>Atender las agendas de Género y Generacionales desde sus propias matrices culturales.</li> <li>Diferenciar el linchamiento de los actos de justicia indígena.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Recuperar el derecho a la libre determinación y al autogobierno como elementos centrales en el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.</li> <li>Fortalecer los Autogobiernos Indígenas a partir del ejercicio de la autonomía y de la justicia.</li> <li>Desarrollar acciones de litigio estratégico para el respeto a los derechos de los pueblos indígenas.</li> </ul>	

23 Dos son las hijas huérfanas del Estado Plurinacional Comunitario: La Autonomías Indígena Originaria Campesina y la Justicia Plural.

24 El legislador debió derogar los contenidos del artículo 10.II de la Ley de Deslinde Jurisdiccional. Dada esta omisión, el TCP determina los márgenes de aplicación de la norma mediante Sentencias Constitucionales, realizando su adecuación constitucional. El conjunto de operadores de justicia, indígenas y ordinarios, tiene la dura tarea de sustentar cada decisión de justicia que involucre derechos indígenas, con el bloque de constitucionalidad, vinculando su decisión a las sentencias constitucionales del TCP, Cortes y Tribunales Constitucionales de la Región, recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

25 Las elecciones municipales en abril de 2010 fueron el principal factor de presión, demora y distorsión del proceso autonómico indígena en curso: las y los alcaldes y concejales electos obstaculizaron el proceso de conversión autonómica indígena. Las elecciones municipales de marzo de 2015 son el principal factor de riesgo para el referéndum autonómico indígena en Totora y Charagua inicialmente convocado para julio de 2015.

Se debe establecer una agenda mínima que permita atender las emergencias de la coyuntura sin perder la perspectiva del horizonte, es decir, tender un puente que articule las acciones del presente con el objetivo estratégico a largo plazo.

### **3. PROPUESTAS DE POLÍTICA PÚBLICA**

La justicia en Bolivia -en un contexto de transición constitucional- tiene como principal desafío constituir/instituir, desarrollar/consolidar, materializar/sostener el pacto social que obliga a configurar nuevas relaciones de poder, abriendo espacios de mayor participación política para que los colectivos indígenas tengan la posibilidad de participar en el ejercicio real de la gestión pública en la justicia en términos de una gestión intercultural de la Justicia Plural, incorporando sus instituciones propias, sus estructuras de autogobierno, y el conjunto de sus prácticas políticas, jurídicas, económicas, espirituales y culturales a partir de su gestión territorial y sus autonomías indígenas, y de sus prácticas de pluralismo jurídico, económico y cultural, en los cuales, tengan la posibilidad de hacer efectivo su derecho al desarrollo y de expresar e incorporar sus particulares visiones de desarrollo en la gestión estatal, en el conjunto de sus órganos y de sus niveles de gobierno sub-nacional autónomos.

#### **3.1. Compromisos en la realización de Derechos.**

Desde una Carta de Derechos ampliada<sup>26</sup>, las jurisdicciones señaladas por la CPE deben realizar los derechos fundamentales comprometidos por el constituyente, fortaleciendo el núcleo común del Sistema de Justicia que tiene como base los principios y valores sobre los cuales se han construido los derechos fundamentales, con el añadido que en el caso de los pueblos indígenas, éstos encuentran su referencia en sus cosmovisiones. Así se explica que en materia de derechos indígenas, quienes imparten justicia a nombre del Estado Plurinacional: jueces y tribunales ordinarios, y, autoridades e instancias de justicia indígena, por mandato expreso del texto y contexto constitucional, deban hacerlo no sólo desde una norma particular y concreta, sino desde un marco de referencia mayor: la carta de derechos en relación con la diversidad/el pluralismo de las matrices culturales de los pueblos indígenas, y a partir/a través de sus especificidades/particularidades, como procesos complementarios e indivisibles.

26 Para comprender la amplitud del nuevo marco de derechos, el bloque de constitucionalidad expresado por el artículo 410 constitucional debe integrarse al contenido de los artículos 13 y 256 de la CPE. A partir de este contexto normativo constitucional, el bloque de constitucionalidad que subordina la normativa interna a los instrumentos internacionales en materia de DD.HH. obliga a los gestores y operadores de justicia a cumplir una Carta de Derechos ampliada, que vincula a sus decisiones de justicia –además de los instrumentos de DD.HH.- las sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional y de los Tribunales y Cortes Constitucionales de la Región, la Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de las Relatorías y Comisiones Especiales del Sistema de Naciones Unidas.

### 3.2. Marco constitucional y normativo vigente para el diseño de la política pública en Bolivia

Toda política pública, por su naturaleza busca la solución a un problema público y por ello mismo, constituye una respuesta a la demanda social. En su determinación, se vincula a la misión institucional de los órganos públicos y al desempeño de sus funciones, y supone la existencia de diversas decisiones y actividades que involucran a un conjunto de actores formales que se vinculan a su formulación.

A partir de un nuevo diseño constitucional, el diseño e implementación de políticas públicas debe traducir y reflejar las nuevas formas de relacionamiento entre los Órganos Públicos y la sociedad civil organizada, generando un mayor protagonismo y participación de la sociedad en la identificación y solución de sus problemas. De esa manera, los procesos participativos en el diseño e implementación de políticas en justicia deben involucrar a los actores sociales en todas las fases del proceso de planificación, desde la priorización de la demanda social, su compatibilización con la oferta estatal, para logro de los fines y objetivos del Estado.

Consiguientemente, a los actores estatales, debe sumarse el conjunto de actores sociales, entre ellos –con carácter prioritario e imprescindible- los Autogobiernos Indígenas. A partir del nuevo diseño constitucional de la justicia plural, el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas requiere del conjunto de los actores estatales y de las autoridades indígena originario campesinas, además de la sociedad civil organizada. Una democracia fortalecida es el resultado de procesos de participación social institucionalizados que hagan posible acuerdos con base en una agenda concertada.

Si bien el acuerdo social está contenido en el texto constitucional, corresponde compatibilizar los intereses y la visión de los actores que concurren a la formulación de la política pública en sus distintas fases. A ese efecto, se deben establecer el marco de referencia constitucional, normativo e institucional; sus elementos teórico conceptuales y los instrumentos analíticos para su diseño y formulación en un contexto de transición constitucional.

El diseño constitucional es altamente favorable para generar procesos de participación social en el diseño de la política pública. Constituye un derecho reconocido a los ciudadanos, que puede ser ejercido individual o colectivamente, además de un deber de las instituciones públicas el generar los espacios de participación social para modificar los términos tradicionales en los que se ha diseñado el implementado la política pública de justicia en Bolivia.

A partir del diseño constitucional es posible la participación ciudadana (individual o colectiva) en el diseño e implementación de la política pública.

En el caso de la política pública de la justicia plural, la participación de los Autogobiernos Indígenas<sup>27</sup> es un imperativo constitucional.

Sin embargo, corresponde anotar que todo el diseño constitucional encuentra varios obstáculos para su realización:

1. Las insuficiencias normativas contenidas en la Ley de Régimen Electoral para una mayor y mejor participación en el diseño e implementación de política;
2. La disposición transitoria primera de la Ley de Régimen Electoral que posterga el ejercicio del control social hasta la vigencia de una Ley;
3. La falta de apertura de los órganos públicos en el diseño e implementación de políticas sectoriales;
4. El proceso pendiente de adecuación normativa de la Ley SAFCO y sus normas básicas, que operan los procesos de planificación a partir de actores públicos, con ninguna o menguada participación ciudadana.

El entorno institucional ha sido diseñado y se mantiene en los moldes tradicionales de la democracia representativa, de manera que actualmente los Planes Estratégicos Institucionales de las entidades estatales que conforman el Sector Justicia, se han desarrollado y se desarrollan sin participación ciudadana.

Existen acuerdos en el sistema de justicia que constituyen referentes sobre procesos de coordinación específicos. Sin embargo, la mayor parte de ellos se han suscrito entre operadores departamentales o locales. Cuando los acuerdos han sido suscritos por Magistrados, no se han cumplido. Este es uno de los temas pendientes en la agenda de justicia: honrar los acuerdos que se suscriben con autoridades indígena originario campesinas, o con otras contrapartes del sector justicia.

Una de las debilidades congénitas del sector justicia es su incapacidad de construir y sostener alianzas estratégicas y la gestión política.

### **3.3. Agenda para una justicia plural: lineamientos para una justicia pública intercultural**

En un contexto de transición constitucional de la justicia plural y dado que hoy los derechos, la agenda y demanda indígena se encuentran en el punto ciego de los decisores y gestores estatales, y que su accionar se encuentra profundamente marcado por la coyuntura y pierde la perspectiva del horizonte, será necesario trabajar una agenda de justicia

<sup>27</sup> Sin embargo, en la actual coyuntura un manto de invisibilidad cubre a los Autogobiernos Indígenas que son simplemente ignorados por el poder.



plural que considere como centrales, los siguientes referentes para una propuesta de política pública:

1. Los derechos de los pueblos indígenas como eje articulador del texto y contexto del proceso constituyente y del diseño constitucional de la justicia plural. El proceso constituyente y la Constitución Política del Estado Plurinacional Comunitario que ha resultado del mismo, muestran que la agenda indígena y los derechos de los pueblos indígenas contenidos en los instrumentos internacionales han sido recogidos por el constituyente y expresados plenamente en toda la amplitud de la Carta de Derechos. Entonces, en Bolivia la lucha de los pueblos indígenas no pasa por la incorporación de sus derechos en el marco constitucional, sino por su realización normativa, institucional, política, económica, social y cultural, comprendiendo que los pueblos indígenas no sólo son portadores de cultura, sino –y esencialmente- sujetos de derechos.
2. El pluralismo jurídico igualitario, expresado en la igualdad jerárquica de las jurisdicciones. Esta igualdad de jerarquía está determinada por el artículo 179 constitucional, por lo que toda decisión de justicia asumida en una jurisdicción se mantiene firme y es válida si ha respetado el marco de derechos humanos establecido por el bloque de constitucionalidad y el debido proceso. En caso de que una causa o asunto sea sometido a una jurisdicción y ésta haya prevenido competencia o asumido decisión, cualquier otra jurisdicción no puede conocer el mismo asunto bajo el principio que no puede darse un doble juzgamiento (non bis in ibidem). Si se diese el caso, queda abierta la posibilidad de plantear el conflicto de competencias ante la jurisdicción constitucional.
3. La función judicial única entendida como voluntad del Estado Plurinacional Comunitaria. A partir del diseño constitucional vigente, se reconoce como decisiones de justicia las que provienen del conjunto de las matrices civilizatorias expresadas en las jurisdicciones ordinaria, agroambiental, especial e indígena. En un nuevo contexto de pluralismo jurídico igualitario y no subordinado, se entenderá por sede judicial, no sólo la sede de la jurisdicción ordinaria, agroambiental o especial. También es sede judicial la indígena.
4. Un marco de derechos que debe ser realizado desde el bloque de constitucionalidad, en toda la expresión y extensión de la Carta Universal de Derechos. Uno de los temas más relevantes del proceso constituyente boliviano y de su resultante texto constitucional, es la acogida de los instrumentos internacionales en derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad, no solamente en relación con los contenidos del artículo 410 constitucional, sino –y fundamentalmente- cumpliendo el mandato de los artículos 13 IV y 256 de la CPE vigente, es decir, haciendo efectiva la Carta Universal de Derechos configurada por la Declaración Universal, el Pacto de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y otros Instrumentos Internacionales, que desde la vigencia del nuevo texto constitucional, conforman el bloque de constitucionalidad.

5. El sometimiento de la gestión judicial al control de la jurisdicción constitucional. El conjunto de las decisiones de justicia deben someterse a control de la jurisdicción constitucional, no solamente de las decisiones de juzgados y tribunales ordinarios, sino de las instancias jurisdiccionales de los sistemas de justicia indígena. Si el conjunto de las autoridades jurisdiccionales imparten justicia a nombre del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia, las decisiones de justicia de las autoridades indígenas son decisiones del Estado Plurinacional Comunitario, consiguientemente, el Autogobierno Indígena podría vulnerar derechos cuando haga, diga y decida justicia.
6. La Gestión Intercultural de la Justicia Plural. El Estado Plurinacional y sus distintas instancias y niveles, tienen frente a sí la tarea de realizar procesos de recreación, recuperación, revalorización y articulación de experiencias que pueden aportar al diseño y gestión intercultural. La Gestión Pública Intercultural supone abrir la participación ciudadana y social tradicional a nuevos marcos de referencia política, social y cultural en términos de un diálogo intercultural horizontal en el que se encuentren en igualdad de condiciones las naciones originarias, pueblo indígenas y comunidades campesinas con los decisores y gestores públicos en todos los niveles e instancias del Estado Plurinacional. En el caso particular de la justicia, la implementación del diseño constitucional de justicia se desarrollará en términos de clave intercultural, si se instala, desarrolla y sostiene una Gestión Intercultural de la Justicia Plural.

### 3.4. Pautas para una Gestión Intercultural de la Justicia Plural

A pesar de las demoras en la transición constitucional de la justicia plural y de las regresiones normativas emergentes del intento de imposición de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, se proponen las siguientes pautas para la gestión intercultural de la justicia plural en el marco del texto constitucional vigente y de los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Plurinacional Comunitario:

- a. El diálogo horizontal como posibilidad de la realización de la interculturalidad.  
Entender la realización de la interculturalidad como un diálogo de sujetos portadores de derechos y de cultura, por lo que en su ejecución, los dialogantes son permeados y puede ocurrir su transculturización. En esa perspectiva, sólo se tendrá la certeza de cuanto se conoce en el momento inicial del diálogo intercultural en justicia, no de aquello que en su curso irá modificando su realización práctica y los matices de sus fundamentos teóricos.

b. La posibilidad de existencia de otras verdades.

La interculturalidad obliga a pensar en la existencia no de una sola verdad, sino en la posibilidad de muchas verdades, porque en procesos de diálogo intercultural, los sujetos dialogantes son pares y pueden portar otras verdades.

c. La fraternidad como posibilidad de construcción de puentes para el conocimiento.

El diálogo intercultural en el sistema de justicia tiene el desafío de construir puentes que establezcan la comunicación horizontal que resulte en procesos de coordinación y cooperación entre sus operadores. Sin embargo no es suficiente la tolerancia. Si se conceptúa al/la otro/a como enemigo, se cierran las posibilidades de aproximación cultural a los/as otros/as, de manera que sólo existe una posibilidad que resulte en aprendizajes y conocimientos mutuos para conocer de los/as otros/as y dar a conocer la cultura propia: el diálogo intercultural fundado en la fraternidad.

d. La interculturalidad como práctica e imperativo.

La interculturalidad para sectores intelectuales, políticos y sociales dominantes es una retórica de moda. Para los pueblos indígenas una práctica cotidiana. Para el sistema de justicia un imperativo constitucional y normativo.

e. Diversidad de matrices civilizatorias.

En el Estado Plurinacional coexisten justicias que tienen su origen en una diversidad de matrices civilizatorias. A partir de ellas, por mandato constitucional y legal, se debe construir y efectivizar la justicia plural. La recuperación, revalorización e incorporación de los principios, valores y prácticas de Justicia Indígena, constituye parte de la agenda pendiente en el proceso de tránsito del Estado republicano (creado bajo moldes coloniales) al Estado Plurinacional Comunitario, a través de una gestión intercultural de la justicia plural.

f. Justicias vigentes, justicias vivas.

Vigencia de prácticas propias de justicia. Un conjunto de prácticas de justicia está vigente en naciones originarias, pueblos indígenas y comunidades campesinas. Estas justicias tienen como sustento un conjunto de principios y valores compartidos por los distintos colectivos humanos, que se traducen en prácticas de constitución y gestión del poder y que asumen distintas formas en su relacionamiento intra, inter y transcultural.

g. Prácticas diferenciadas de justicia.

Muchas de las prácticas jurídicas de los pueblos indígenas -también sus prácticas políticas, culturales, espirituales, económicas y sociales- provienen de su pro-

pia matriz cultural, otras, son resultado de intercambios culturales. Son justicias porosas, susceptibles a influencias y préstamos de otras prácticas de justicia como resultado de sus procesos de resistencia, aproximación o franco relacionamiento con las formas estatales de gestión de poder. Se trata de prácticas que a pesar de tener un origen común, han sufrido grandes procesos de diferenciación en su desarrollo, de manera que nos encontramos frente a un conjunto de formas diferenciadas de ejercicio y práctica de estas justicias, haciendo imprescindible comprender no sólo sus fundamentos de origen, sino sus particulares procesos de transformación.

h. La Gestión Intercultural de la Justicia Plural como creación y recreación del derecho.

En su aplicación práctica, el nuevo diseño constitucional de justicia debe materializarse en una Gestión Intercultural de la Justicia Plural. Hoy, la gestión de la justicia se realiza bajo moldes republicanos con resabios coloniales lo que supone que no se han realizado los suficientes esfuerzos para desarrollar los fundamentos de la Gestión Pública Intercultural que corresponde a la justicia plural. El Estado Plurinacional y sus distintas instancias y niveles, tienen frente a sí el desafío de realizar procesos de recreación, recuperación, revalorización y articulación de la diversidad de prácticas de justicia, que provienen de un conjunto de matrices civilizatorias expresadas en sistemas de justicia indígena –no solo jurisdicciones- que pueden aportar al diseño y Gestión Intercultural de la Justicia Plural.

i. Apertura a otros marcos de referencia.

La Gestión Intercultural de la Justicia Plural supone abrir la gestión de la justicia a otros nuevos marcos de referencia política, social y cultura en términos de un diálogo intercultural horizontal en el que se encuentren en igualdad de condiciones las naciones originarias, pueblos indígenas y comunidades campesinas con los decisores y gestores públicos de la justicia en todos los niveles e instancias del Estado Plurinacional. A la tradicional manera cómo se ha operado la gestión pública de la justicia, se deben sumar el conjunto de experiencias, prácticas y principios indígenas para diseñar e implementar una gestión intercultural de la justicia que haga posible el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico. La gestión de la justicia – que muchas veces- se ha realizado de espaldas a nuestra realidad social se enriquecerá a partir de experiencias que provienen de un conjunto de prácticas de Justicia que tienen como punto de partida y de llegada la construcción de consensos y no la imposición de minorías por mayorías.

j. Nuevo horizonte.

Todo cuanto se lleva señalado y mucho más aún la propia realidad, obligan a repensar la justicia bajo criterios de pluralismo político y cultural a partir del diseño e

implementación de la gestión intercultural de la justicia plural. Queda como desafío del Estado Plurinacional y de las Naciones Originarias, Pueblos Indígenas y Comunidades Campesinas hacer efectivo el diseño constitucional de justicia a través de una Gestión Intercultural de la Justicia Plural.

### 3.5. Agenda para una justicia plural

En su transición constitucional, el Sistema de Justicia debe contribuir a la paz social y a la convivencia armónica, desde los nuevos referentes constitucionales expresados en una agenda de justicia que disminuya los efectos de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los pueblos indígenas para que ejerciten plenamente los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico, a partir de un conjunto de ejes temáticos vinculados a una agenda de justicia que haga efectivos el ejercicio de sus autogobiernos y la incorporación de sus estructuras propias a la institucionalidad estatal, que resulten en procesos de fortalecimiento de la justicia indígena y el establecimiento de los mecanismos de articulación con la justicia ordinaria.

Como parte de esta agenda de justicia plural se propone:

- a. diseño e implementación de política pública en justicia con participación y decisión de los autogobiernos indígenas;
- b. desarrollo de instancias de coordinación y cooperación en justicia en sus tres niveles: nacional, departamental y local, en términos de igualdad jerárquica;
- c. desarrollo de instrumentos que hagan posible la gestión intercultural de la justicia plural en términos de igualdad jerárquica de las jurisdicciones y la función judicial única: acuerdos, circulares e instructivos en términos de cumplimiento del diseño constitucional de justicia, y protocolos de actuación que materialicen los procesos de coordinación y cooperación intra e interjurisdiccional;
- d. adecuación constitucional de la Ley N° 073 de Deslinde Jurisdiccional, en los términos de cumplimiento del diseño constitucional de justicia y su vinculación a la Carta Universal de Derecho<sup>28</sup>;
- e. procesos de adecuación curricular en la formación de pregrado en Ciencias Jurídicas en el conjunto de las carreras de Derecho dependientes de las universidades públicas y privadas;
- f. procesos de adecuación curricular en la formación de jueces y fiscales por la Escuela de Jueces del Estado y la Escuela de Fiscales;
- g. mapeo del conjunto de jurisdicciones indígenas, originarias y campesinas para que el relevamiento de información de los sistemas de justicia indígenas que existen en el país sea útil en el diseño de política pública de la justicia plural y

<sup>28</sup> Ver la propuesta de adecuación constitucional en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/FollowupStudyAccessToJustice/FundacionConstruir2.pdf>

para que éste se realice en clave de interculturalidad horizontal, de manera que el conjunto de sus decisores y gestores la implementen en términos de una gestión pública intercultural.

Desde la perspectiva del cumplimiento del imperativo constitucional y los compromisos del constituyente, uno de los desafíos más importantes es la adecuación constitucional de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, como marco normativo para el desarrollo de procesos de coordinación y cooperación en un contexto de realización de la función judicial única, la igualdad jerárquica de las jurisdicciones y la gestión intercultural de la justicia plural, en términos de un diálogo intercultural horizontal en el que se encuentren en igualdad de condiciones las naciones originarias, pueblos indígenas y comunidades campesinas con los decisores y gestores públicos vinculados a la justicia en todos los niveles e instancias del Estado Plurinacional.

#### **4. CONCLUSIONES**

En Bolivia, el nuevo diseño constitucional de justicia tiene el desafío de realizar los derechos fundamentales establecidos en la CPE y en los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad. Los principales compromisos asumidos por el Estado Plurinacional Comunitario con la comunidad internacional en materia de derechos de los pueblos indígenas se encuentran expresados de manera textual en la CPE vigente.

El proceso de transición constitucional que vive Bolivia debe garantizar el principio de no discriminación y el pleno ejercicio de los derechos que consagra la Carta Universal de Derechos configurada por la Declaración Universal, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y otros instrumentos internacionales, que conforman el bloque de constitucionalidad, asumiendo el compromiso de promover y realizar los derechos de los pueblos indígenas desde tres derechos complementarios, interdependientes e indivisibles: libre determinación, autogobierno y participación efectiva.

La incorporación y desarrollo de los derechos indígenas, que es uno de los temas más relevantes en el texto constitucional, de la misma manera que la incorporación de los instrumentos internacionales en derechos humanos como parte del bloque de constitucionalidad, supone otras formas de relacionamiento entre el Estado y la sociedad, y por esto mismo, un conjunto de desafíos que deben enfrenar los órganos públicos para su realización.

Este hecho obliga al conjunto de las jurisdicciones señaladas en el texto constitucional, a fortalecer el núcleo común del Sistema de Justicia, conformado por los principios y va-

lores compartidos por el conjunto de las jurisdicciones del Sistema de Justicia referidos en la Carta de Derechos, con el añadido que, en el caso de la justicia indígena, éstos se encuentran contenidos en sus cosmovisiones. Así se explica que en materia de derechos indígenas, quienes imparten justicia a nombre del Estado Plurinacional: jueces y tribunales ordinarios, y autoridades e instancias de justicia indígena, por mandato expreso del texto y contexto constitucional, deban hacerlo no sólo desde una norma jurídica particular y concreta, sino desde un marco de referencia mayor: la carta de derechos en relación con la diversidad/el pluralismo de las matrices culturales de los pueblos indígenas, y a partir/a través de sus especificidades/particularidades, como procesos complementarios e indivisibles.

En el caso concreto de quienes imparten justicia a nombre del Estado Plurinacional: jueces y tribunales ordinarios, agroambientales y especiales, y autoridades indígenas, originarias y campesinas, el tratamiento y la resolución de las causas sometidas a su conocimiento, debe integrar el marco constitucional y normativo interno a los instrumentos internacionales en derechos humanos mediante acciones de control de constitucionalidad y control de convencionalidad, incorporando en el razonamiento, fundamentación y sustentación de los fallos judiciales (ordinarios e indígenas) la Carta de Derechos, sin omitir la revisión, análisis y remisión de sus fallos a la jurisprudencia contenida en las sentencias de la CIDH, del Tribunal Constitucional Plurinacional y de tribunales y cortes constitucionales de la región.

A ese efecto deberá considerarse como referente aquello que los propios órganos legislativo y ejecutivo han establecido como Reglas de Aplicación de Normas en el contexto del artículo 15 de la Ley N° 025 del Órgano Judicial en relación con el respeto a la jerarquía normativa, la aplicación preferente de los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y la obligación de precautelarse el resguardo de derechos humanos y garantías constitucionales por autoridades jurisdiccionales bajo sanción por vulneración de derechos.

Para dejar en el pasado el Estado colonial y republicano, se debe asumir el reto histórico de construir colectivamente el Estado Plurinacional Comunitario, en un marco de participación efectiva de las naciones originarias y pueblos indígenas de Bolivia que demandan un compromiso con la libre determinación de los pueblos, donde predomine la búsqueda del vivir bien, *“con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra”*.

La Paz, marzo de 2015

## BIBLIOGRAFÍA

1. Comisión Andina de Juristas: *"Prácticas de Interlegalidad en el sistema de justicia"*, 2009. Disponible en: [www.youtube.com/watch?v=Pl8vWPEy1GM](http://www.youtube.com/watch?v=Pl8vWPEy1GM)
2. Comisión Andina de Juristas: *"Prácticas de Interlegalidad en el sistema de justicia"*, 2009. Disponible en: [www.youtube.com/watch?v=Sfb0rzn7gBo](http://www.youtube.com/watch?v=Sfb0rzn7gBo)
3. Comisión Andina de Juristas: *"Seminario Internacional: Retos y desafíos de los Derechos Humanos del Siglo XXI"*, 2012. Disponible en: [http://www.derechoshumanosbolivia.org/archivos/agenda/programa\\_seminario\\_internacional\\_retos\\_y\\_desafios\\_de\\_los\\_ddhh\\_del\\_siglo\\_xxi.pdf](http://www.derechoshumanosbolivia.org/archivos/agenda/programa_seminario_internacional_retos_y_desafios_de_los_ddhh_del_siglo_xxi.pdf)
4. CÓNDOR, Eddie (coordinador): *"Estado de la relación entre la justicia indígena y la justicia estatal"*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2010, pp. 107. Disponible en: [http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/98CAJ\\_Estadodelarelacion.pdf](http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/98CAJ_Estadodelarelacion.pdf)
5. CÓNDOR, Eddie (coordinador). MENDOZA CRESPO, Marco Antonio y Eliana Rivera Alarcón: *"Normas, Procedimientos y Sanciones de la Justicia Indígena en Bolivia y Perú"*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 2010, pp. 107. Disponible en: [file:///C:/Users/DELL/Downloads/Libro%20de%20Normas%20Pocedimiento%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/DELL/Downloads/Libro%20de%20Normas%20Pocedimiento%20(1).pdf)
6. CUIZA, Paulo (2014, 11 de febrero): *"Evo Morales 'En vano incorporamos poncho, pollera y sombreros (a la Justicia) porque no cambia nada"*, La Razón, Versión Digital. Disponible en: [http://www.la-razon.com/nacional/Presidente-incorporamos-pollera-sobreros-Justicia\\_0\\_1996600397.html](http://www.la-razon.com/nacional/Presidente-incorporamos-pollera-sobreros-Justicia_0_1996600397.html)
7. Cumbre Judicial Iberoamericana: *"Reglas de Brasilia"*, 2008, s/d. Disponible en: <http://www.pj.gov.py/book/100reglas/reglas.html>
8. Estado Plurinacional de Bolivia: *"Constitución Política del Estado"*, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 2009, s/p. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/36208>
9. Estado Plurinacional de Bolivia: *"Ley N° 26 de Régimen Electoral"*, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 2010, s/p. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/126007>
10. Estado Plurinacional de Bolivia: *"Ley N° 35 del Órgano Judicial"*, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 2010, s/p. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/listadonor/10/page:5>
11. Estado Plurinacional de Bolivia: *"Ley N° 73 de Deslinde Jurisdiccional"*, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 2010, s/p. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscarg/LEY%20DESLINDE%20JURISDICCIONAL>



12. Estado Plurinacional de Bolivia: *"Plan Estratégico Institucional 2011 – 2015"*, Ministerio de Justicia, pp. 138, versión digital, La Paz, Bolivia.  
<http://www.justicia.gob.bo/index.php/normativa/plan-estrategico-poa/pei-2012>
13. Estado Plurinacional de Bolivia: *"Ley N° 212 de Transición Judicial"*, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, s/p, La Paz, Bolivia, 2010. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/139722>
14. Estado Plurinacional de Bolivia: *"Ley N° 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional"*, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, s/p, La Paz, Bolivia, 2010. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/1206017>
15. Estado Plurinacional de Bolivia: Convocatoria a referéndum aprobatorio de Estatutos Autonómicos Indígenas. Disponible en: [www.oep.org.bo/re%200271.pdf](http://www.oep.org.bo/re%200271.pdf) y [www.oep.org.bo/res%20270.pdf](http://www.oep.org.bo/res%20270.pdf)
16. Fundación CONSTRUIR: *"Justicia Plural"*. Disponible en: [http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/136Justiciaplural3final\\_42.pdf](http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/136Justiciaplural3final_42.pdf)
17. Fundación CONSTRUIR: *"Nuvaiti de Justicias"*. Disponible en: [http://www.fundacionconstruir.org/boletin/boletin\\_noticia.php?id=101](http://www.fundacionconstruir.org/boletin/boletin_noticia.php?id=101)
18. Fundación TIERRA: *"Reflexión y evaluación sobre derechos y territorios indígenas en Bolivia"*, marzo 2015. Disponible en: <http://ftierra.org/index.php/publicacion/documentos-de-trabajo/130-reflexion-y-evaluacion-sobre-derechos-y-territorios-indigenas-en-bolivia>
19. MELENDRES, Miguel Ángel. *"Recursos del Fondo Indígena van a 148 cuentas individuales"*. Ver: <http://www.eldeber.com.bo/economia/recursos-del-fondo-indigena-148.html>
20. MENDOZA, Marco: *"Diagnóstico de la justicia en Bolivia"*, Comisión Andina de Juristas, La Paz, Bolivia, 2012, pp. 90.
21. MENDOZA, Marco: *"Pautas para comprender la gestión intercultural de la justicia plural en tiempos del Estado plurinacional"*, Comisión Andina de Juristas. Disponible en: <http://www.auditoriajudicialandina.org/?p=2422>
22. MENDOZA, Marco y David Crispín: *"FUNDAMENTOS PARA LA ADECUACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL"*. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/FollowupStudyAccessToJustice/FundacionConstruir2.pdf>
23. Organización de Naciones Unidas: *"Presentación del Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos las actividades de su oficina y la situación de los Derechos Humanos en Bolivia 2013"*. Disponible en: <http://www.nu.org.bo/>

[mensajes/presentacion-del-informe-de-la-alta-comisionada-de-las-naciones-unidas-para-los-derechos-humanos-las-actividades-de-su-oficina-la-situacion-de-los-derechos-humanos-en-bolivia-2013/](#)

24. República de Bolivia: *"Ley de Administración y Control Gubernamentales"*, Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, La Paz, Bolivia, 1990, s/p. Disponible en: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/view/126007>
25. República de Bolivia: *"Consolidación Institucional del Sistema Judicial"*, Corte Suprema de Justicia, versión digital, Sucre, Bolivia, 2003, 95 pp.
26. República de Bolivia: *"Revolución Judicial para Vivir Bien"*, Ministerio de Justicia, Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz, Bolivia, 2006, pp. 47.
27. República de Bolivia: *"Nacionalizar la justicia descolonizando el derecho"*, Ministerio de Justicia, Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz, 2006, pp. 15.
28. República de Bolivia: *"Plan Nacional de Derechos Humanos Para Vivir Bien 2008 – 2013"*, Ministerio de Justicia, Viceministerio de Justicia y Derechos Humanos, La Paz, 2008, pp. 260.
29. Tribunal Supremo de Justicia: *"Informe de Gestión"*, enero 2014. Disponible en: <http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/Informe-Gesti%C3%B3n-Judicial-2014-TSJ.pdf>
30. Tribunal Constitucional Plurinacional: *"Firma de Convenio crea el Consejo Nacional de Desarrollo Estratégico del Sistema Judicial Boliviano"*. Disponible en: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/firma-de-convenio-crea-el-consejo-nacional-de-desarrollo-estrat%C3%A9gico-del-sistema-judicial>
31. Tribunal Constitucional Plurinacional: *"Coordinadora de Justicia Indígena Originaria Campesina"*. Disponible en: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/posesionan-coordinadora-plurinacional-de-justicia-ind%C3%ADgena-originaria-campesina>
32. Tribunal Constitucional Plurinacional: DECLARACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL 0029/2013 Sucre, 29 de noviembre de 2013 Correlativa a la DCP 0009/2013 de 27 de junio de 2013. Disponibles en: <http://www.icees.org.bo/2014/11/estatuto-autonomico-originario-de-tutora-marka-aprobado/>
33. Schavelzon, Salvador. El Nacimiento del Estado Plurinacional. Ver: [biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/.../ElnacimientodelEstadoPlurinacional.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/.../ElnacimientodelEstadoPlurinacional.pdf)
34. UNITEL: "Evo Morales anuncia cumbre y referéndum para la reforma judicial". Disponible en: <http://www.unitel.tv/noticias/reforma-a-la-justicia-hay-que-llevar-al-referendum-para-que-el-pueblo-decida-sobre-la-nueva-justicia-boliviana/>

## PLURALISMO JURÍDICO EN CHILE:

El proceso del pluralismo jurídico desde la desnacionalización del derecho

**Minda Bustamante Soldevilla<sup>29</sup>**  
**Abogada**

**E**l pluralismo jurídico es la manifestación de dos o más regímenes legales que interactúan en el sistema jurídico de los Estados latinoamericanos, muchas constituciones políticas reconocen expresamente la vigencia del derecho propio de los pueblos indígenas y de esta manera explícitamente el pluralismo jurídico.

En el caso de Chile, la entrada en vigencia del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha generado reconocimiento de derechos colectivos de los pueblos indígenas, pese a que

<sup>29</sup> Abogada y Magister en Análisis sistémico Aplicado a la Sociedad por la Universidad de Chile, investigadora en Derechos de Pueblos Indígenas del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile, Asesora de Organizaciones indígenas en Chile y en Perú.

éstos no están incluidos en su Constitución. Con este acto se generan algunos cambios al interior del sistema jurídico chileno siendo uno de los más importantes, la aplicación directa por parte de tribunales, de las normas que contiene el Convenio 169 de la OIT. Nos encargaremos de abordar si en el caso de Chile, la entrada en vigencia de dicho Convenio, ha generado situaciones de pluralismo jurídico, analizando las sentencias que se han emitido aplicando el Convenio 169 de la OIT en los ámbitos penal y civil de los tribunales chilenos. Entendiendo que desde la perspectiva sistémica la emisión y aplicación de algunas normas jurídicas dejó de ser básicamente estatal para incorporar en sus sistemas normas de alcance global.

## **I VISION GENERAL SOBRE LA SITUACION JURIDICA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS**

A diferencia del resto de los países de América Latina, los pueblos indígenas en Chile no tienen reconocimiento constitucional. La Constitución Política del Estado fue promulgada en 1980 en plena dictadura militar y tiene una vocación clásica, republicana y unitaria; Constitucionalmente el Estado chileno es uno y la nación también. En la Constitución, no existe reconocimiento del derecho a la identidad étnica y tampoco al ejercicio de derechos colectivos. Después de 1990 y con el regreso del país a un sistema de gobierno democrático, se dan las condiciones para comenzar el debate sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas y sus derechos. Es así que en 1993 se promulga la Ley Indígena, Ley N° 19253, que regula las normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) que es la institución encargada de promover los derechos de los pueblos indígenas contenidos en la Ley antes señalada.

Posteriormente se han venido dando otras normas legales que han reconocido parcialmente los derechos de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales, recursos pesqueros, forestales y culturales, sin que se establezca en forma activa y real la participación y la consulta previa.

En el año 2008 Chile suscribió el Convenio 169 de la OIT, que entra en vigencia en septiembre de 2009, después de estar en un largo debate político (18 años) desde que se pidiera su ratificación, casi a la par de la discusión y promulgación de la Ley Indígena.

Posterior a la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, se han llevado a cabo procedimientos legales de avance en la reivindicación de derechos, tanto en políticas públicas como en normas jurídicas que reconocen y regulan sobre todo el derecho a la consulta previa. En el caso específico del reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígenas de Chile, no hay regulación normativa, solamente la iniciativa de la Defensoría Penal Pública (DPP) de generar un sistema de defensa penal indígena, con el que se empieza a

reconocer la existencia de “formas propias” de solución de conflictos en sedes judiciales, sobre todo de la región de la Araucanía. A continuación se realizará un análisis de los principales aspectos normativos que regulan los derechos de los pueblos indígenas en Chile.

## **A. LA LEY INDÍGENA (LEY N° 19253)**

Como se ha señalado en líneas anteriores, la norma que reconoce y contiene los derechos de los pueblos indígenas en Chile es la Ley Indígena. Ella consta de 80 artículos, divididos en VIII títulos. El Título I se refiere a los principios generales, las etnias que existen en Chile y sobre todo las formas de obtener la calidad de indígena. Las etnias indígenas reconocidas por esta Ley son nueve: la Mapuche, Aimara, Rapa Nui o Pascuense, Atacameña, Quechua, Colla y Diaguita del norte del país, Kaweshkar o Alcalufe y Yamana o Yagán de los canales Australes. Los requisitos para obtener la calidad de indígena se definen en el artículo 2, señalando entre ellos, la filiación, los apellidos indígenas y los que mantengan rasgos culturales de alguna etnia indígena reconocida por la Ley. La calidad de indígena la otorga la CONADI, institución que entrega un certificado de pertenencia a un pueblo indígena, así como también se encarga del registro de comunidades y asociaciones indígenas.

La población indígena en Chile, según el Censo de 2002, ascendía a un total de 692.192 personas según fuentes del Instituto Nacional de Estadística (INE), la que aumentó en un 147% según los datos del fallido Censo de 2012, ascendiendo a un total de 1.714.000 personas aproximadamente, estos son datos por confirmar en el siguiente censo.

Los otros títulos de la Ley Indígena abordan derechos políticos y de participación, el derecho a la tierra y al agua, derechos culturales y el derecho al desarrollo.

Sobre el caso específico del derecho propio, no se evidencian referencias. A lo que se refiere la Ley Indígena es a “la costumbre indígena y su aplicación en materia de justicia”, es decir, a las costumbres indígenas que pueden ser hechas valer en un juicio como eximente o atenuante de responsabilidad, todo ello en el trámite de un proceso penal, en la que la administración de justicia recae en el juez penal chileno. No existe, en ninguna norma, el reconocimiento de autoridades indígenas que administren justicia de acuerdo a su propio derecho.

Lo cierto es que la población indígena y la reivindicación de sus derechos han ido creciendo. La exigencia de garantías al Estado ha venido en aumento también con la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT como veremos más adelante.

## **B. NORMAS SECTORIALES**

Entre las normativas que regulan los derechos de los pueblos indígenas, se encuentran las que legislan los derechos de agua en el Código de Aguas y sus modificaciones, el Código

de Minería y la Ley 18 097 de 1982 sobre concesiones, la Ley de Pesca y Acuicultura de 1981 y sus modificaciones, el Decreto Ley 701 de Fomento Forestal y sus modificaciones, la Ley 20 283 de Bosques Nativos de 2008 y la Ley 19 657 de 2000 sobre concesiones geotérmicas.

Para el caso de analizar formas propias de resolución de conflictos, interesa sobre todo profundizar sobre los derechos de agua. En Chile rige un modelo de privatización de los recursos hídricos que ha sido establecido por la Constitución Política de 1980 y regulada además en el Código de Aguas de 1981. Según esta normativa, los derechos de agua deben ser concesionados, teniendo la característica de ser un derecho real de aprovechamiento perpetuo. Las concesiones generan especulación, monopolización y acaparamiento del recurso, que va en desmedro del derecho al agua que debe ir en conjunto con el derecho a las tierras y territorio (Aylwin 2013). En ese sentido, el Código de 1981 divide las aguas en marítimas y terrestres.

Entre la normativa que regula los recursos naturales de los pueblos indígenas, la forma de resolución de conflictos se dirime ante los tribunales mediante la presentación de un recurso de protección o acción de amparo, no reconociéndose legalmente las formas propias de resolución de conflictos que tienen los pueblos indígenas.

### **C. CONVENIO 169 DE LA OIT**

Como se explicó previamente, Chile no tiene un reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas, ni tampoco de sus derechos colectivos situación que significaba una deuda histórica del Estado con los pueblos.

El Convenio 169 de la OIT entra en vigencia en Chile el 15 de septiembre del año 2009, situación que genera algunas modificaciones al interior del sistema jurídico chileno. Este Convenio fue aprobado por la Cámara de Diputados en el año 2000 y posteriormente por la Cámara de Senadores en el 2008. El 15 de septiembre de 2008 el Estado de Chile depositó su ratificación ante el Director General de la OIT. Desde ese momento el Convenio 169 de la OIT se incorpora al ordenamiento jurídico interno del Estado chileno y con él los principios rectores que contiene, los derechos colectivos y obligaciones estatales para con los pueblos indígenas de Chile.

En el marco de la incorporación del Convenio 169 de la OIT al ordenamiento jurídico chileno, se empieza a reconocer derechos colectivos al territorio y a la consulta previa (pese a no estar reconocidos en otras normas jurídicas), los que empezaron a ser invocados ante tribunales mediante recursos de protección o acciones de amparo. Asimismo, desde la Defensoría Penal Pública (DPP), se empezó a difundir a lo largo del territorio nacional la defensa penal indígena, que generó diversa jurisprudencia que incluye el reconocimiento

de los derechos de los pueblos indígenas a solucionar los conflictos entre sus miembros de acuerdo a su propio derecho pero en el marco de un proceso penal. Estas situaciones se han venido plasmando y haciendo visibles en diversos fallos y sentencias emitidas tanto por tribunales de garantía (civiles) como por tribunales penales, que han incorporado las normas del Convenio 169 de la OIT y por ende los derechos colectivos de los pueblos indígenas en el sistema jurídico chileno, situación que se analizará con más detalle en el siguiente capítulo.

## **II. STATU QUO DEL PLURALISMO JURÍDICO**

La mayor parte de países de América Latina que ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, reconocen también en sus constituciones políticas el pluralismo jurídico, derecho que tienen los pueblos de poder administrar su propia justicia en sus territorios y que es reconocido por los organismos estatales que administran justicia.

En el caso de Chile la administración de justicia ha sido exclusiva de los tribunales de justicia, quienes ven causas indígenas como no indígenas; así está reconocido en la Constitución Política de la República.

La hipótesis que tenemos para el desarrollo de esta sistematización, es que en Chile se produce un tipo de pluralismo jurídico diferente al que hay en el resto de América Latina, un pluralismo jurídico que surge desde la aplicación de una normativa internacional de carácter global y vinculante, la que se ha venido aplicando directamente por medio de los tribunales nacionales que incorporan y reconocen derechos de los pueblos indígenas. En ese sentido las preguntas que pretendemos responder son las siguientes: ¿La entrada de vigencia del Convenio 169 de la OIT como expresión del régimen jurídico internacional ocasiona pluralismo jurídico en Chile? ¿Qué tipo de pluralismo jurídico se podría generar en Chile desde ese momento? ¿Cómo se evidencia este pluralismo?

### **A. PLURALISMO JURÍDICO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO Y EL CASO DE CHILE**

En los países de América Latina que reconocen la pluralidad étnica o la plurinacionalidad, también se ha reconocido la pluralidad jurídica, es decir, que los pueblos indígenas tienen el derecho de administrar su propia justicia. Con estos hechos se va hacia un horizonte del constitucionalismo pluralista (Yrigoyen 2010). En este horizonte se cuestiona la monoculturalidad, la identidad Estado-nación, la identidad Estado –derecho o el monismo jurídico y finalmente la propia raíz colonial de los Estados latinoamericanos que fueron configurados sin considerar a los pueblos indígenas.

Yrigoyen (2010) señala además que este constitucionalismo pluralista, no sólo concibe a los colectivos indígenas como culturas diversas, objeto de reconocimiento de los derechos culturales por parte de los Estados, sino que los reconoce como pueblos que son capaces de ser sujetos de un nuevo pacto con el Estado.

Los Estados de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia reconocieron el pluralismo jurídico en sus constituciones entre las décadas del 90 y el 2000. Sus constituciones establecen que se deberán crear formas de coordinación entre la justicia indígena, entendida como derecho propio, con la justicia ordinaria, entendida como derecho estatal mediante leyes especiales. En el caso de estos países el reconocimiento constitucional establece la existencia de pluralismo jurídico al interior del Estado y con ello la coexistencia de un régimen jurídico estatal y de un régimen jurídico indígena.

En Colombia, la Corte Constitucional, como ente supremo que garantiza los derechos constitucionales, se ha pronunciado por una interpretación favorable al principio del pluralismo y la búsqueda de un “consenso intercultural”. Según la Corte, la jurisdicción especial sólo está obligada a respetar algunos mínimos fundamentales (no matar, no esclavizar, no torturar y respetar el principio de legalidad de las penas, según su propio derecho) para que pueda ser ejercida por sus autoridades tradicionales. Colombia acoge el Convenio 169 en 1991 y efectúa su reforma constitucional en ese mismo año. La Constitución reconoce la pluralidad étnica de la nación y la pluralidad jurídica en su artículo 246.

En Perú se ratifica el Convenio 169 por el Congreso Constituyente Democrático en noviembre de 1993, casi a la par en que se promulga la Constitución (diciembre de 1993). Al igual que en Colombia, en Perú se reconoce la pluralidad jurídica, estableciendo como límite para ejercer dicha jurisdicción el respeto de los derechos humanos. El reconocimiento de la identidad étnica, se da como un derecho individual de cada peruano y peruana. Si bien la Constitución reconoce el pluralismo jurídico, recién se ha presentado el proyecto de Ley de Coordinación al Congreso en octubre de 2011. En el caso del Perú, la jurisdicción especial debe respetar los derechos fundamentales de las personas. Es el texto constitucional que más se acerca a los estándares establecidos por el Convenio 169.

Ecuador y Bolivia son los dos países que han avanzado más en el reconocimiento del pluralismo jurídico, ya que sus recientes constituciones van de la mano con la refundación de Estados plurinacionales. Este tipo de reconocimiento ha “revivido” en algunos pueblos, donde ya estaba en desuso el ejercicio del derecho propio de pueblos indígenas, como en la provincia de Cotopaxi en Ecuador (Souza 2012).

En el caso de Bolivia hay todo un capítulo en la Constitución dedicado a la jurisdicción especial; en este ordenamiento se señala que tanto la justicia ordinaria como la indígena gozarán de igual jerarquía normativa; por lo tanto, toda autoridad o persona acatará las



decisiones que emanen de la justicia indígena. Este tipo de pluralismo es el que acepta la concurrencia de dos sistemas jurídicos en un mismo Estado territorial. Cuando se menciona el pluralismo jurídico en estos países, se lo relaciona inmediatamente en la coexistencia de sistemas jurídicos nacionales e indígenas en un mismo territorio. En consecuencia, hasta este punto del análisis, se puede sostener la existencia, en los países analizados, de un régimen jurídico nacional en el que coexisten el derecho estatal y el derecho propio, que será llamado “pluralismo jurídico constitucional”.

En el caso de Chile no hay reconocimiento constitucional de pluralidad étnica, cultural o legal. Las modificaciones constitucionales no han ido a la par del resto de América Latina y la ratificación del Convenio 169 de la OIT se ha producido casi diez años después que en la mayoría de los países. Por lo tanto, lo que se ha definido como “pluralismo jurídico constitucional”, en Chile no es existente. Para ello se ha elaborado el siguiente cuadro:

Análisis comparativo de reconocimiento de pluralismo jurídico constitucional de países de América Latina						
Instrumentos legales que reconocen derechos indígenas	Hitos	País				
	Año de reforma constitucional	Chile (1980)	Ecuador (2008)	Colombia (1991)	Bolivia (2009)	Perú (1993)
	Entrada en vigencia del Convenio 169 OIT (vinculante)	Marzo 2009	Agosto 1998	Agosto 1991	Diciembre 1991	Febrero 1994
	Firma de la Declaración ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (no vinculante)	La Asamblea General de la ONU adopta la Declaración en Septiembre de 2007				
	Reconocimiento del pluralismo jurídico en la Constitución	No	Art. 171 Funciones jurisdiccionales, normas y procedimientos propios de los pueblos indígenas.	Art. 246 Funciones jurisdiccionales, normas y procedimientos propios. Ley de coordinación justicia ordinaria	Cap. IV Jurisdicción indígena originaria campesina. Funciones jurisdiccionales	Art. 149 Funciones jurisdiccionales, autoridades campesinas y nativas. Ley de coordinación justicia ordinaria

Fuente: Elaboración propia

En Chile entonces no se ha producido una reforma constitucional que incluya o reconozca los derechos de los pueblos indígenas. La función jurisdiccional depende exclusivamente de los tribunales de justicia y del poder judicial. La ratificación del Convenio 169 de la OIT se ha dado mucho más tarde que en otros países de la región. Sin embargo, está generando cambios al interior del sistema jurídico chileno, cambios que se plasman en la aplicación directa de las normas del Convenio 169 de la OIT por los tribunales de justicia y que denominamos pluralismo jurídico desde la desnacionalización de las normas o de la globalización del derecho que desarrollamos a continuación.

## **B. PLURALISMO JURÍDICO DESDE LA DESNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO**

La evolución del sistema del derecho se visibiliza en el sistema jurídico de los Estados-nación con la pérdida de “jurisdicción” exclusiva que tienen para la elaboración de normas. Lo dicho permite centrar el análisis en la diferenciación del derecho, la evolución y la relación entre diferentes regímenes jurídicos (el internacional y el nacional) o pluralismo jurídico, para su posterior aplicación en el análisis del sistema jurídico chileno a partir de la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte del Estado.

Para explicar el enfoque o postura sobre el pluralismo jurídico de la autora, se sostiene que regímenes jurídicos internacionales surgen con suficiente capacidad para regular problemas emergentes de la sociedad mundial que ningún orden jurídico estatal es capaz, por sí solo, de resolver. Pero en uno y otro caso, el Estado subsiste y subsiste mundialmente. Existe así “una agudización de la diferenciación funcional que corre paralela a un anclaje del Estado a nivel territorial” (Mascareño 2005, 1398). En otras palabras, se evidencian movimientos sociales, conflictos y reivindicaciones que afectan los sistemas de la sociedad mundial. Estos “problemas emergentes” se manifiestan territorialmente en los Estados-nación, pero para su “resolución” requieren de normas que son transversales a todos los Estados y que los obligan a su cumplimiento como “instituciones jurídicas globales”. Mascareño (2005, 1398) señala lo siguiente: “[...] los sistemas funcionalmente diferenciados de la sociedad mundial tienden a operar con prescindencia del territorio nacional y dadas las altas interdependencias entre las dimensiones política, económica y jurídica, la tarea del Estado es la de propiciar, desde su espacio territorial, condiciones para la coordinación del funcionamiento sistémico”.

Aplicando lo dicho en el párrafo anterior, se puede sostener que el Convenio 169 de la OIT es una norma internacional vinculante sobre derechos de pueblos indígenas, que obliga a los Estados-nación a implementar medidas jurídicas que tienden a la efectividad en el goce de los derechos que este instrumento reconoce. En el caso de los países de América Latina que lo han ratificado, muchos han modificado sus constituciones pero no se han dictado “otras normas nacionales”, que en algunos casos las mismas constituciones

ordenan, que busquen implementar efectivamente estos derechos. Con esta ratificación, los Estados se obligan a presentar a la OIT informes anuales sobre su implementación. En caso de incumplimiento, la OIT puede emitir observaciones, como en el caso de los informes sobre Chile de los años 2010 y 2013<sup>30</sup>.

En lo que sigue, se revisarán algunos autores y sus posicionamientos teóricos sobre la desnacionalización del derecho o derecho global o globalización del derecho, o derecho mundial, y la validez del pluralismo jurídico a fin de tomar una posición en cuanto al concepto de pluralismo

Boaventura de Sousa (1998) afirma que la globalización del derecho, es producto de la globalización de la sociedad, tal como ocurre con los mercados, las comunicaciones, la cultura etc. Además señala que la globalización del derecho se trata de la proliferación reciente de normas e instituciones jurídicas que superan el ámbito nacional que había servido de base a todo derecho moderno. Este no sería un fenómeno totalmente nuevo; su carácter novedoso reside en la intensidad con que se afirmó en las últimas décadas. Para el autor, uno de los ámbitos en los que se ha manifestado de forma más intensa la globalización del derecho es en el campo de los derechos humanos. Afirma que los Estados-nación se han mantenido en el centro de la problemática de los derechos humanos, ya sea como sus principales garantes o sus principales violadores.

Boaventura se ubica en una posición antipositivista, ya que el positivismo jurídico es una concepción restrictiva para el análisis de los procesos socio-jurídicos que acontecen en la sociedad mundial actual. El autor define al derecho “como un cuerpo de procedimientos y estándares normativos regulados, que se considera exigible ante un juez o un tercero que imparte justicia y que contribuye a la creación y la prevención de disputas, así como a su solución mediante un discurso argumentativo”. Además considera correcto afirmar que en la actualidad interactúan en los Estados una pluralidad de ordenamientos jurídicos en un mismo espacio y tiempo estatales. Estos ordenamientos pueden ser nacionales, supraestatales y transnacionales y coexisten en el sistema mundial, por lo que prefiere usar la definición de pluralidad de ordenamientos jurídicos para definir el fenómeno jurídico social que interesa en este caso y que se evidencia en la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT en Chile.

Entre los autores para destacar, se encuentra también Otfried Höffe, que analiza la evolución del sistema del derecho basado en un enfoque que considera una “república mundial complementaria”, en la que el proceso de globalización es un desafío para el sistema del derecho en búsqueda de la “paz global” (Höffe 2008). Höffe desarrolla el tema del derecho y de la pluralidad legal refiriéndose además a la aplicación de “justicia en un mundo glo-

30 Comisión de expertos de la OIT en febrero de 2010 y 2013.

balizado”. La postura de Höffe sobre el derecho global y el pluralismo jurídico se refiere a un Estado mundial que no tiene lugar exclusivamente en “la cultura occidental” y que tampoco está sujeto a las condiciones especiales de una sola cultura. El tema forma parte de un discurso jurídico intercultural (Höffe 2008), es decir, un derecho intercultural mundial.

Tamanaha (2008) se refiere al pluralismo jurídico como un evento que se sitúa en el campo del derecho y que se puede estudiar desde el pasado hasta el presente y desde lo local a lo global y viceversa. Cuando se refiere a campos legales en interacción o a órdenes legales que se relacionan, hace alusión a seis órdenes normativos diferentes: “[...] The forms of normative ordering commonly discussed in studies of legal pluralism can be roughly separated in the following six categories: (i) official legal systems; (ii) customary/cultural normative systems; (iii) religious/cultural normative systems; (iv) economic/capitalist normative systems; (v) functional normative systems; (vi) community/cultural normative systems (Tamanaha 2008)”. En su perspectiva teórica, Tamanaha señala que el primero de los sistemas “el sistema oficial” está relacionado con el aparato legal estatal, que se manifiesta como congreso, poder judicial y normas, que se relacionan con los otros cinco regímenes normativos generando conflictos o soluciones en una jurisdicción determinada. En este caso el pluralismo jurídico se define como un fenómeno de interacción (armonización y conflicto) de regímenes jurídicos en un mismo territorio. Esta interacción se genera en un mismo Estado pero los otros regímenes tienen fuentes de origen normativo diverso.

Desde el enfoque sistémico, Mascareño (2005) sostiene que por efecto de la globalización, los Estados han ido perdiendo su monopolio en la producción legislativa. Esta globalización ha llevado a la formación de una sociedad que opera desde distintos ámbitos sociales (economía, derecho, política, etc.) atendiendo cada uno de ellos una función específica. En el caso del sistema jurídico se observa un despliegue normativo que va más allá de las legislaturas nacionales. Surge un derecho reflexivo que constituye la coexistencia de diversos regímenes normativos nacionales e internacionales que se denomina pluralismo jurídico.

Para fundamentar la tesis sobre la desnacionalización del derecho, la base es el concepto de Mascareño, que señala que la globalización económica y la transnacionalización de regímenes normativos pueden alterar el ámbito de intervención de las autoridades estatales, pero no crean una nueva forma de organización de la vida política distinta al modelo de los Estados soberanos. En este contexto, no corresponde decir que la globalización económica o la producción normativa nacional lleven a una disminución de la soberanía estatal, sino que el Estado-nación puede seguir manteniendo la tuición sobre su territorio y el monopolio de uso de la violencia legítima; es decir, la soberanía de lo político sigue siendo política, no económica ni jurídica. Sí es cierto, sin embargo, que el manejo de la

economía a nivel nacional se resiste cada vez más a intervenciones políticas, especialmente en el campo del mercado financiero y comercial, y es innegable también que regímenes jurídicos internacionales surgen con suficiente capacidad para regular problemas emergentes de la sociedad mundial que ningún orden jurídico estatal es capaz, por sí solo, de resolver. Pero en uno y otro caso, el Estado subsiste y subsiste mundialmente. Existe así una agudización de la diferenciación funcional que corre paralela a un anclaje del Estado a nivel territorial. En otras palabras, el desarrollo de los sistemas económico y jurídico trasciende con mucho las fronteras nacionales, lo que impide su control desde el territorio que cada Estado gobierna.

Se analiza lo señalado en el siguiente gráfico:<sup>31</sup>



En este gráfico se puede visualizar los diversos sistemas jurídicos que hay en el mundo desde la perspectiva de la globalización del derecho. Se ha graficado como es que normas jurídicas generadas desde organismos internacionales son aplicables en los Estados del mundo que las ratifican y las reconocen directamente, generando un pluralismo jurídico que va más allá del reconocimiento puramente constitucional.

Tanto para describir el pluralismo jurídico constitucional, como para caracterizar el pluralismo jurídico en la desnacionalización del derecho, se adopta la postura de la diferenciación al interior del sistema jurídico, que se ha descrito. El Convenio 169 es emitido por la OIT en 1989 y desde ese momento se hace vinculante y obligatorio para los Estados que

<sup>31</sup> Fuente: Derecho civil y sistemas jurídicos. <http://www.dgonzalez.net/papers/ids/html/cap07.htm>

lo han suscrito, por ende pasa a formar parte de ese régimen jurídico obligatorio que en el caso de Chile se ha venido aplicando directamente en las sentencias emitidas por los tribunales de justicia.

### **III. FORTALEZAS Y DEBILIDADES**

Entre las fortalezas que se dan en el caso de Chile, el Convenio 169 de la OIT, desde su entrada en vigencia, empezó a aplicarse directamente en sentencias emitidas por parte de los tribunales, desde los de garantía, hasta la Corte Suprema de Justicia, incorporando los derechos que reconoce el Convenio directamente a la legislación nacional, generando jurisprudencia vinculante que ha fortalecido el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, incorporando además términos propios del Convenio y que no estaban reconocidos en la legislación sobre pueblos indígenas de Chile. Los conceptos jurídicos que se han ido incorporando son los de pueblos, territorio, consulta previa, recursos naturales de los pueblos indígenas, entre otros. En ese sentido, se puede señalar que una de las principales fortalezas de este tipo de pluralismo jurídico, es que por medio de los recursos de protección que reivindican derechos fundamentales, se ha incluido, como parte de los mismos, los derechos colectivos de los pueblos indígenas y éstos han venido siendo acogidos por los tribunales de justicia.

La principal debilidad que se encuentra en el caso de Chile, es la poca o nula necesidad de reivindicar el ejercicio del derecho propio, como un derecho colectivo por parte de los integrantes de pueblos indígenas. En Chile la aplicación del Convenio 169 de la OIT se ha centrado alrededor de la consulta previa. Esta ha sido la principal exigencia en los recursos de protección presentados a los tribunales.

Se analizará a continuación algunas sentencias emitidas por los tribunales chilenos, apuntando a las primeras sentencias que se emitieron, ya que fueron las que iniciaron este proceso pluralista, tanto en lo penal como en lo civil.

#### **A. LA DESNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO Y EL PLURALISMO JURÍDICO EN LAS SENTENCIAS DE LOS TRIBUNALES CHILENOS**

En el análisis de las sentencias que se aborda desde la perspectiva de la desnacionalización del derecho, éstas constituyen comunicaciones jurídicas, que definen el funcionamiento y aplicación de los sistemas normativos en un espacio territorial estatal. Además los tribunales son los encargados de la selección y aplicación de las normas en sus sentencias, las que deben ajustarse a derecho. El análisis de las sentencias se aborda desde dos ámbitos: el primero referido al derecho civil y el segundo al derecho penal.

- i. Los referidos a la consulta previa sobre territorio indígena (ámbito civil)
- ii. Los referidos a administración de justicia y derecho propio (ámbito penal)

El fundamento de la opción anterior se presenta a continuación:

Cuando estos dos aspectos son abordados por los tribunales chilenos, se podrá visibilizar el pluralismo jurídico a partir de la desnacionalización del derecho con la aplicación directa del Convenio 169 como normatividad vinculante.

Por otra parte, se debe tener presente que los derechos colectivos de los pueblos indígenas, son garantizados no solamente por el Convenio 169 de la OIT, sino también por la Declaración de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas, que son parte del régimen jurídico internacional y que podrían contribuir al desarrollo del pluralismo jurídico en Chile. Lo anterior se enlaza con lo que dice Cadenas, cuando afirma que el derecho y la política se relacionan a través de dos dimensiones de sentido: la social y la espacial (Cadenas 2012). En este caso la dimensión social es la que hace aplicable el Convenio 169 como norma vinculante para el Estado aplicado a colectividades sociales y la espacial que se aplica con un criterio de territorialidad en Chile.

Por último, el cumplimiento del Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas para los Derechos de los Pueblos Indígenas son “supervisadas” por el Sistema de las Naciones Unidas y su incumplimiento puede ocasionar que los Estados sean denunciados ante tribunales internacionales (por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Esta acción es teóricamente abordada por Luhmann (2005, 382) cuando señala que los tribunales de justicia son los encargados de manifestar de manera concreta la evolución del sistema del derecho, ya que son ellos los encargados de manejar las paradojas del sistema, en este caso el derecho a la igualdad ante la ley que supone una diferencia.

## **B. ANÁLISIS DE SENTENCIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL: LA “CONSULTA” EN EL SISTEMA JURÍDICO**

El tema referido al derecho de consulta previa fue ampliamente debatido en el sistema político desde su presentación al Congreso en el año 1991 y es analizada por el Tribunal Constitucional cuando es llamado a hacer la distinción sobre la constitucionalidad del Convenio y sobre la auto-ejecutabilidad de la consulta en agosto del año 2000.

El sistema jurídico, por medio del Tribunal Constitucional, en el año 2000 emitió una comunicación (sentencia) que indicaba que el artículo referente a consulta del Convenio era “auto-ejecutable”, es decir, que no necesitaba de otra normativa para poder ser efectivo, por lo que los jueces en sus sentencias pueden utilizar directamente los derechos reconocidos por el Convenio 169 de la OIT a los pueblos indígenas, aunque no exista un reconocimiento constitucional.

Por lo tanto, el Convenio 169 de la OIT, por medio de este artículo, obliga a los “gobiernos” (Estados-nación) a implementar la consulta a los pueblos indígenas cada vez que se pre-

vea generar medidas legislativas y administrativas que puedan afectarles “directamente”.

Sobre el artículo 6 del Convenio, el Tribunal Constitucional en el año 2000 observó lo siguiente: “[...] Esta norma a juicio del Tribunal, tiene el carácter de autoejecutable o de aplicación directa, tanto por los términos perentorios en que se encuentra redactada [...]”.

El rol de los tribunales al interior del sistema del derecho es gravitante, ya que por una parte se encarga de hacer las distinciones y selecciones sobre las normas generando nuevas comunicaciones jurídicas y dándoles a las “normas” nuevo sentidos.

Con su implementación e invocación directa, el Convenio 169 de la OIT es una norma del derecho internacional que es aplicada como norma nacional. Mascareño (2005) define este proceso de la siguiente forma: “[...] La Constitución, junto con fundar la existencia de las normas creadas internamente (normas de generación interna), según la tramitación respectiva que dispone el propio ordenamiento jurídico (que de otro modo no podrían nacer a la vida del derecho), también se remite y hace aplicable a nivel interno normas que no tienen su origen en el ámbito nacional, sino que tienen su principio en el ámbito internacional, de acuerdo a las formas de creación propias de ese otro sistema jurídico (normas de generación externa)”.

Los tribunales chilenos, desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, han venido introduciendo en su jurisprudencia el derecho a la consulta y reconociendo su aplicación directa en sentencias emitidas en los primeros años de vigencia (2010 y 2011) por las cortes de apelaciones de Puerto Montt, Valdivia, Temuco, Concepción y Valparaíso. Se extrae como línea rectora el reconocimiento a rango constitucional y aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, el reconocimiento del derecho al territorio y la obligatoriedad de la consulta en decisiones del Estado que puedan afectar a los pueblos indígenas.

De los siguientes casos se enfocará lo más emblemático para poder analizar como los tribunales incorporan progresivamente la semántica de consulta en sus comunicaciones jurídicas y aplican el Convenio 169:

### **Caso Pepiukelén**

Las comunidades huilliches de Pepiukelén interpusieron un recurso de protección en contra de la autorización a la empresa de alimentos para salmones “BIOMAR” por la construcción de una piscina para retener aguas de lluvia en tierras indígenas, sin que se haya aplicado la consulta previa.

En julio de 2010, la Corte de Apelaciones de Puerto Montt emitió una sentencia en la que se reconocen los siguientes derechos a la comunidad indígena Huilliche de Pepiukelén:



1. Se reconoce la existencia de tierra indígena según artículos 13 párrafo 2 del Convenio 169.
2. El Convenio 169 tiene jerarquía de ley en la República.
3. Ya sea Declaración de Impacto Ambiental o Estudio de Impacto Ambiental, los pueblos indígenas deben ser consultados.
4. El derecho a la consulta del Convenio 169 es distinto al derecho de participación reflejado en la Ley 19.300 (Ley de Participación Ciudadana).

### Caso Palguín

Las comunidades mapuches de Palguín, interpusieron un recurso de protección en contra de la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) otorgada a la Empresa Terratur Ltda., porque esta empresa había ejecutado un proyecto de piscicultura en territorio mapuche, con el fin de introducir 80 toneladas de salmonoides al año, aguas arriba, sin que se haya efectuado la consulta.

La corte de apelaciones de Temuco en enero de 2010, emitió una sentencia a favor de la comunidad, señalando lo siguiente:

1. Los artículos 6 y 7 del Convenio 169 son normas autoejecutables y fuente de derecho interno.
2. El D.S. 124 reglamenta el artículo 34 Ley 19.253; no reglamenta los artículos 6 y 7 del Convenio.
3. La RCA es una “medida administrativa”.
4. La RCA es “susceptible de afectarles directamente”.
5. El Convenio 169 “perfecciona y llena de contenido” el artículo 34 de la Ley 19.253.
6. La consulta no es igual a “actos de socialización”.

A modo de conclusión se puede decir que las sentencias emitidas por tribunales chilenos analizadas, permiten observar la inclusión del derecho a la consulta en sus sentencias y por ende en su sistema jurídico. Con este hecho se comprueba cómo el Convenio 169 está siendo integrado y aplicado por tribunales chilenos, pese a ser una normativa que no ha sido emitida por el Poder Legislativo chileno, sino por una entidad internacional y que con su ratificación se hace vinculante para el Estado.

La desnacionalización del derecho y el pluralismo jurídico se evidencian con lo señalado en los párrafos anteriores por lo siguiente: “El Convenio 169 de la OIT es una norma internacional que es vinculante para el Estado de Chile; está siendo utilizada por el sistema jurídico (tribunales) como norma vinculante”.

### C. ANÁLISIS DE SENTENCIAS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PENAL: EL “DERECHO PROPIO” EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL CHILENO, LOS ACUERDOS REPARATORIOS

Se ha afirmado que la entrada en vigencia del Convenio 169 reivindica derechos colectivos de los pueblos indígenas e introduce nuevos derechos emanados de una normativa externa en el sistema jurídico nacional. También se ha revisado el caso de la consulta en el derecho civil y en el caso del derecho penal. En lo que sigue, se examinará en el derecho penal la introducción del derecho a administrar la propia justicia o el “derecho propio” y para ello se analizarán las sentencias emitidas por los tribunales de la región de la Araucanía.

Como se mencionó anteriormente, el Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la consulta previa es una norma autoejecutable. En el caso del “derecho propio” el mismo Tribunal señala que el artículo 9 es una norma que requiere de regulación progresiva para su aplicación y que le corresponde al poder judicial resolver:

“[...] Confrontado el texto del artículo 9, número 1, con el contenido de los artículos 73 y 19, Nº 3, de la Constitución, debe necesariamente concluirse que lo que el Convenio dispone es absoluta y nítidamente incompatible con el sistema procesal nacional. [...] Por lo tanto, dicha disposición excluye el empleo de cualquier otro medio de solución de conflictos que pudieran usar los pueblos interesados para la represión de los delitos cometidos por sus miembros, como lo es el que propone el artículo 9 del Convenio 169 que, por ende, es inoponible e incompatible con nuestro sistema procesal penal contemplado para la sanción de los ilícitos que tipifica” (Constitucionalidad del Convenio 169 2000).

Como visto en la primera parte, la Ley 19 253 en su Artículo 54 se refiere a “costumbre indígena” y su validez ante el sistema de justicia, es decir que la costumbre es válida siempre y cuando sea un medio probatorio. Este artículo señala, que la costumbre hecha valer en juicio ante indígenas de la misma etnia, constituirá prueba de eximente o atenuante de culpa siempre que no sea incompatible con la Constitución.

La resistencia de los pueblos indígenas en los Estados latinoamericanos ha implicado siempre la conservación de una cultura, un sistema de organización política y un sistema de organización jurídica para el ejercicio de sus derechos colectivos en sus territorios ancestrales. El Convenio 169 reconoce y obliga a los Estados a respetar y garantizar el ejercicio de derechos.

En Chile la reivindicación del ejercicio del “derecho propio” como un derecho colectivo, no había estado presente dentro de las demandas indígenas. Sin embargo, después de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT ha estado siendo invocado en tribunales penales para casos en que se juzga imputados indígenas. Según Curtis (2009), cuatro son

los temas referidos a pueblos indígenas de los que los tribunales latinoamericanos se han encargado con mayor énfasis: 1) el caso de la reivindicación de tierras y territorios, 2) el derecho a la consulta previa (que se analizó como parte de este estudio), 3) las obligaciones de los Estados para con las necesidades de los pueblos indígenas y 4) el derecho penal y su aplicación (Curtis 2009, 72).

Sobre el derecho penal y el ejercicio del “derecho propio”, en un estudio hecho en el 2009 sobre jurisprudencia indígena en Chile (Castro y Vergara 2009), se analizaron los temas que más se abordan por tribunales penales chilenos. En esta materia se resalta primero los casos referidos a la valoración penal de la costumbre indígena, la que generalmente se prueba mediante peritajes antropológicos. Segundo, se hace énfasis en el error de prohibición y el ejercicio legítimo de un derecho. Tercero, se analizan los casos de la Ley Antiterrorista. En los dos primeros se hace el análisis jurisprudencial desde la entrada en vigencia de la Ley Indígena (el Convenio 169 aún no estaba en vigencia). Las conclusiones a las que se llega en materia penal son las siguientes (Castro y Vergara 2009, 75):

- a. En general los tribunales suelen ser más perceptivos al elemento cultural cuando se trata de delitos que no ponen en peligro bienes jurídicos de mayor relevancia como la vida o la integridad física (por ejemplo usurpaciones, desacatos, etc.).
- b. Cuando se trata de delitos que afectan la vida, la integridad o la identidad sexual, no se valora el elemento cultural por las restricciones que establece el art. 54 de la Ley indígena.
- c. Al momento de emitir sentencia, no se toman en consideración los contextos sociales y culturales de los imputados indígenas.
- d. Los tribunales orales penales del norte parecen tener mayor conciencia del elemento cultural que los del sur.

Este estudio es relevante, ya que constata que el tema referido al ejercicio del “derecho propio” no se invocaba en tribunales antes de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT.

El análisis previo se ha centrado en las primeras sentencias penales emitidas en Chile después de la ratificación del Convenio 169 de la OIT y únicamente en las referidas a imputados Mapuche, porque en ellos se evidencia la demanda y la reivindicación de la defensa de imputados indígenas del ejercicio del “derecho propio” y además la aplicación del artículo 9 del Convenio 169 de la OIT, como expresión de pluralismo jurídico, aunque este artículo, como se vio anteriormente, no era autoejecutable y entraba en colisión directa con el ordenamiento jurídico nacional.

Desde el año 2011, se implementó, desde la Defensoría Penal Pública (DPP) de Chile, un programa de defensa penal indígena, en el que se formaron 190 defensores penales públi-

cos en todo el país en materias de derechos de pueblos indígenas, con el fin de aplicar el modelo de defensa penal indígena preparado por dicha institución (DPP 2011). Es a partir de ese momento que en la región de la Araucanía se empieza a invocar el derecho propio de los pueblos indígenas ante Tribunales Orales en lo Penal (TOP).

En estos primeros procesos, se invoca el artículo 9 en el marco de los acuerdos reparatorios, como una figura en la que tanto imputado como víctima, si pertenecen al mismo pueblo o comunidad indígena, piden solucionar la controversia de acuerdo con sus costumbres indígenas. Se analizará a continuación el *azmapu* u ordenamiento del universo del pueblo Mapuche.

#### D. EL AZMAPU

Las relaciones entre el Estado chileno y los pueblos indígenas han estado marcadas por las políticas de integración de las comunidades indígenas a la nación chilena. Esto fue así con todos los pueblos o naciones indígenas que habitaban Chile. En el caso de los pueblos de los canales Australes como los Yaganes y Kaweshkar, la extinción fue casi completa, con lo que el derecho propio y los idiomas se han perdido casi por completo y quedan pocos descendientes directos de dichos pueblos (Aguilera 2013).

En el caso del pueblo Mapuche, la penetración republicana fue tan fuerte que logró reemplazar algunas instituciones propias del pueblo Mapuche, como es el caso de su sistema jurídico, dejando inutilizadas casi por completo las formas de “derecho propio”, para optar por la administración de justicia estatal.

El pueblo Mapuche tiene una conformación diferente a la de los otros pueblos indígenas de América Latina. Bengoa (2007) señala que a la llegada de los españoles, los Mapuches seguían siendo un pueblo libre que no habitaban un lugar específico, sino que disponían de la totalidad de su territorio (desde el río Maule hasta la Patagonia). Eran un pueblo guerrero que por la riqueza de su territorio no necesitaba una estructura política definida como los otros pueblo indígenas sino que cada clan (*lof*) tenía una autoridad propia que tenía el mismo status que cada uno de los *loncos* de las comunidades mapuches. Cuando Bengoa se refiere a la organización social del pueblo Mapuche, se refiere a que la familia (*lof*) era el centro de esta sociedad. En general eran familias extensas y complejas formadas por los descendientes masculinos del padre o jefe de familia (Bengoa 2007, 26). Para la solución de sus conflictos señala:

“[...] Lo que sí existía era un sistema de regulación de conflictos y diversos sistemas de alianzas. Para regular conflictos estaban los grandes sabios, viejos, por lo general hoy en día denominados *ulmén*, que hacían las paces entre grupos, impartían justicia, daban consejo. Se les ha llamado toquis en tiempos de paz, pero no tenían más poder que aquel que

les otorgaban las partes en conflicto, para la solución de ese conflicto. En la vida cotidiana eran como cualquier otro Mapuche [...]” (Bengoa 2007).

El mismo autor refiere que no hay un sistema de poder especializado, que ningún *toqui*, *ulmén* o *lonco* tenía influencia más allá de su grupo familiar, que sí existía un sistema de regulación de conflictos (“derecho propio”), un sistema para hacer alianzas y emprender acciones comunes (*Azmapu*). Muchas veces comunidades contiguas y que tenían relaciones de parentesco entre sí reconocían a un *ulmén* como consejero o juez para resolver controversias surgidas al interior de los *lof*. El *Azmapu* es la forma como ven la vida las poblaciones Mapuche, que recién con la entrada en vigencia del Convenio 169 y la armonización entre regímenes jurídicos, está cobrando importancia por su aplicación efectiva a casos concretos, por lo que la investigación sobre el tema es escasa.

En mayo del 2002, se inició una investigación sobre la pertinencia y la aplicabilidad de sistemas de “derecho propio” Mapuche. Se hicieron entrevistas y trabajo de investigación con representantes del pueblo Mapuche. Ellos reivindicaron que aun mantenían instituciones que administraban justicia, instituciones que estaban siendo investigadas por la Universidad de la Frontera en el marco del proyecto “Mapu Territorialidad”.

Una de las instituciones jurídicas referidas fue la de *Azmapu*, señalando que ella, no está relegada, que es una práctica común en el pueblo mapuche y que no sólo se dedica al conocimiento de delitos menores y conductas “reprochables”, sino que también está presente en la vida cotidiana del pueblo, en los conceptos y prácticas ceremoniales que se desarrollan en la comunidad y que su propósito es mantener la comunicación y restablecer equilibrios en la vida. Esto es retomado también por la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato (2003).

Las autoridades Mapuche que intervinieron, indicaron sobre el caso específico de “derecho propio” la aplicación del *Azmapu*, que se lleva a cabo a nivel de *lof*, y donde se resuelven los conflictos al interior de la comunidad pero sin pasar a otras instancias “extra comunales” a no ser que sea un caso muy grave y que en esos casos muchas veces también se pasa a la justicia *wingka* (no-mapuche).

Otra investigación de importancia sobre el “derecho propio” del pueblo Mapuche, es el Tomo II de la Comisión de Verdad y Nuevo Trato (2003), que hace una investigación exhaustiva sobre el tema y su pertinencia con el pluralismo jurídico en el Derecho chileno.

En 2014 Myrna Villegas elaboró un estudio con datos cualitativos sobre la vigencia del *Azmapu*, que señala la vigencia de este sistema propio de los pueblos indígenas como sistema sancionatorio indígena que subsiste embrionariamente en comunidades que han experimentado criminalización por parte del Estado, manifestando así la desconfianza

que hay a la justicia estatal. Señala que no hay un “Derecho Penal Mapuche” y que en su aplicación no se diferencian lo civil y lo penal (Villegas 2014), Señalando en sus conclusiones que se debe profundizar en la interrelación entre la justicia penal y el azmapu.

El derecho propio del pueblo Mapuche debe ser investigado y reivindicado por los propios pueblos indígenas. En general, del derecho propio de los pueblos indígenas no forman parte elementos estáticos o abstracciones, sino que está directamente en relación con el derecho de los Estados. La presencia y la institucionalidad del Estado chileno han generado que se vayan perdiendo las prácticas de derecho propio.

## **E. LOS CASOS: TRIBUNALES PENALES ANTE EL “DERECHO PROPIO” Y EL CONVENIO 169 DE LA OIT**

El conflicto surge entre dos integrantes de una comunidad Mapuche, cuando uno de ellos es acusado de haber ingresado a la casa del otro para intentar robar sin que se haya producido el hecho (Causa RIT 206-2011). Este conflicto llega al Juzgado de Garantía y como es un caso que se da entre dos indígenas Mapuches, que provienen de la misma comunidad y que se conocen desde hace muchos años, se asume la defensa del caso como un caso indígena. Al tratarse de un proceso penal abreviado, la audiencia es oral y se destaca los aspectos relevantes de la defensa que introducen el “derecho propio” y visibilizan la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT:

a) Alegatos de la Defensa:

“[...] hice presente que son personas mapuches, voy a solicitar al tribunal tenga en consideración el Convenio 169 de la OIT, ley vigente y ratificada en Chile, posterior al Código Procesal Penal, superior también porque es un tratado internacional de derechos humanos, el que [señala] en el artículo 9 número 1 y 2, esta defensa entiende que da la posibilidad de extender el ámbito 241 inciso 1 [...]. [...] el mismo artículo 9 número 1[...] dice que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse el “derecho propio”, en este caso dos personas mapuches que viven en la Isla Lican [...] entonces en virtud del artículo 241 en relación al artículo 9 del Convenio 169, solicito al tribunal su señoría aceptar el acuerdo reparatorio planteado”.

b) Alegatos de la Fiscalía:

“[...] es improcedente un acuerdo reparatorio, ahora bien la defensa ha alegado la existencia del Convenio 169, pero este establece dos requisitos también para poder considerarlo, el primer lugar que se pruebe la costumbre, en este caso no hay costumbre que se haya esgrimido y que aparezca acreditada o que al menos sea de conocimiento del tribunal y de los intervinientes de manera clara y fehaciente.” “[...] el segundo requisito, que también

establece el Convenio 169, es que esta costumbre no atente contra el sistema jurídico nacional y en tal sentido el sistema jurídico nacional establece claramente cuáles son los bienes jurídicos respecto de los cuales se puede aplicar un acuerdo reparatorio y por lo tanto entender lo contrario significa o iría en contraposición a lo establecido en el sistema jurídico mencionado en el artículo 241.”

c) Resolución del juez/a:

“Atendiendo a los propios argumentos de la defensa, se aprueba el acuerdo reparatorio en los términos propuestos”.

La entrada en vigencia del Convenio 169 y su aplicación directa como norma de derecho interno, es aceptada en un proceso penal y utilizada en las argumentaciones de todos los operadores de justicia. La defensa lo señala como fundamento para el ejercicio del derecho propio, mientras que la fiscalía no se opone a la utilización del Convenio 169 como norma de aplicación directa, sino que señala que en caso de lesiones no procede un acuerdo reparatorio y que en todo caso, la costumbre indígena no está probada.

Como se ha visto, después de la ratificación del Convenio 169 de la OIT, en el caso de los tribunales en la región de la Araucanía, la forma de argumentación está avanzando progresivamente con respecto a los aspectos culturales y la invocación de los artículos del Convenio 169.

Después de este caso, se han venido generando otros casos en tribunales penales que han ido reivindicando el ejercicio del derecho propio de los pueblos indígenas en los procesos penales e invocando el Convenio 169 de la OIT como norma de aplicación directa.

Se finaliza el análisis de las fortalezas de las sentencias concluyendo que tanto en el ámbito civil como en el penal, la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT, como norma que pertenece al régimen jurídico internacional, evidencia la desnacionalización del derecho. Con esta aplicación directa se puede sostener que en el sistema jurídico chileno se está generando un tipo propio de pluralismo jurídico con la coexistencia de al menos dos regímenes jurídicos (internacional y nacional) en las sentencias analizadas.

#### **IV. PROPUESTAS DE POLÍTICAS PÚBLICAS SOBRE PLURALISMO JURÍDICO**

Uno de los principios rectores de la ratificación del Convenio 169 de la OIT es la adecuación de la normativa interna a los derechos que este cuerpo normativo aporta. En el caso de Chile, se han venido trabajando en propuestas normativas desde el año 2013. En ese año se trabajó en la propuesta de normativa que regula el derecho a la consulta previa. Después de un trabajo con algunos conflictos entre el Gobierno y organizaciones de pueblos indígenas, se emitió a fines del 2013 el Decreto 66, que define la forma en que

se llevará a cabo la consulta previa en materias que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas. Este reglamento ha venido siendo aplicado desde principios del 2014 por organismos del Estado.

Durante el 2014, se planteó la iniciativa de generar una nueva institucionalidad indígena y se empezó el proceso de consulta para la creación del Ministerio de Pueblos indígenas y el Consejo de Pueblos indígenas. Se llevaron a cabo procesos de consulta con varias organizaciones y comunidades indígenas a lo largo de todo Chile<sup>32</sup>. El Gobierno presentó una propuesta de normativa, la que fue trabajada y modificada por los representantes de los pueblos indígenas. En ella deberían ser incluidas las demandas y reivindicaciones que los pueblos indígenas consideran deben ser parte de la nueva institucionalidad, así como los derechos que quieren que sean reconocidos y garantizados por el Estado. En las reuniones de deliberación interna de los pueblos indígenas, se propuso la creación de diversas divisiones sobre los derechos del Convenio 169, idiomas indígenas, salud intercultural, defensa indígena, asesoría técnica, división de territorio indígena y recursos naturales y una de consulta previa. Sin embargo, el tema de la reivindicación y ejercicio del derecho propio no surgió en las reuniones de deliberación interna, es decir, que el ejercicio del “derecho propio” no es visto como una necesidad o como el reconocimiento de un derecho colectivo. Lo que surgió de los debates fue la necesidad de una defensa indígena ante tribunales, una defensa que tenga pertinencia cultural y que se hable en idioma indígena, que se capacite a los operadores de justicia y ministros de la corte<sup>33</sup>.

Sobre políticas públicas referidas al reconocimiento del ejercicio del derecho propio indígena o la necesidad de una jurisdicción especial indígena en Chile no ha habido iniciativas legislativas o administrativas.

Sin embargo la sola existencia de un pueblo indígena que reconoce sus autoridades tradicionales, cultura y organización propias debe incluir el reconocimiento de un sistema propio de resolución de conflictos, situaciones que deben ser investigadas en los diversos pueblos indígenas de Chile.

---

32 Procesos de consulta indígena para el Ministerio de Asuntos Indígenas y Consejo de Pueblos puede revisarse el proceso en [www.consultaindigena.cl](http://www.consultaindigena.cl)

33 En el proceso llevado a cabo por el Estado Chileno, mi participación fue como asesora de tres pueblos indígenas, Pueblos Yagán y Mapuche Huilliche de Magallanes y Aymara en Arica. Se elaboraron documentos y propuestas que no han sido publicados por el Ministerio de Desarrollo Social, quien fue el encargado de llevar a cabo el proceso.



## V. CONCLUSIONES

Cuando se inició la presente sistematización, se hicieron las siguientes preguntas:

- ¿La entrada de vigencia del Convenio 169 de la OIT, como expresión del régimen jurídico internacional, ocasiona pluralismo jurídico en Chile?
- ¿Qué tipo de pluralismo jurídico se podría generar en Chile desde ese momento?
- ¿Cómo se evidencia este pluralismo?

Para concluir, se puede señalar que en el caso de Chile, después de la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, se generó una forma de pluralismo jurídico que ha sido analizada desde lo que se ha llamado el pluralismo jurídico de la desnacionalización del derecho, al hacerse evidente la aplicación directa de las normas del Convenio 169 de la OIT en sentencias emitidas por tribunales chilenos, las que utilizan artículos del Convenio 169 de la OIT como norma directa pese a no tener un origen estatal.

Los pueblos indígenas en el caso de Chile, tienen un reconocimiento legal, emanado de la Ley N° 19253, Ley Indígena, que reconoce nueve etnias presentes en Chile.

No hay un reconocimiento constitucional de pluralismo cultural étnico o jurídico, lo que diferencia a Chile del resto de países de América Latina analizados (Perú, Ecuador, Bolivia y Colombia), quienes han tenido cambios constitucionales y todos reconocen el pluralismo jurídico a nivel constitucional. Por ello se ha llamado a esta forma de pluralismo “pluralismo jurídico constitucional”.

Desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT, se han venido emitiendo sentencias civiles y penales que han incorporado como normativa de aplicación directa artículos del Convenio 169, que han reconocido a los pueblos indígenas el ejercicio de derechos colectivos que no estaban regulados en ningún otro cuerpo legal. Estos son el derecho a la consulta previa, el derecho al territorio ancestral, al desarrollo de la cultura y, en forma incipiente, el derecho propio por medio de acuerdos reparatorios.

No hay políticas públicas en Chile que fomenten el reconocimiento o ejercicio del derecho propio de los pueblos indígenas y tampoco es una reivindicación que surja desde las organizaciones indígenas o desde los propios pueblos para el ejercicio de una jurisdicción especial indígena.

En el caso de Chile, el pluralismo jurídico sostenemos que emana de la aplicación directa del Convenio 169 de la OIT como una norma que no ha sido emitida por ningún organismo estatal y que forma parte del sistema jurídico internacional. Cuando se aplican las normas del Convenio 169 por parte de tribunales, se evidencia la coexistencia de dos regímenes

jurídicos: el nacional y el internacional en una misma sentencia. Esta situación demuestra una forma propia de pluralismo jurídico al integrar las normas de dos regímenes jurídicos diferentes, tal como sucede con otros regímenes jurídicos propios de la globalización del derecho como son, la *lex mercatoria*, *lex sportiva* o las normas de derechos humanos.

Esperamos que desde el Estado y las instituciones operadoras del sistema de justicia, se fomente el debate sobre el uso del Derecho Propio de los pueblos originarios de Chile, para que en la discusión del nuevo proceso constituyente que se iniciará en septiembre de 2015<sup>34</sup> se incluya el debate sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas y entre ellos se incluya el derecho propio.

---

34 El proceso constituyente fue señalado por la Presidenta Bachelet en abril de 2015, como parte de las reformas que se van a implementar en su gobierno.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilera, Nelson. «Pueblos Indígenas en Magallanes: Perspectivas en el Siglo XXI.» En *Pueblos Originarios y Sociedad Nacional en Chile: La Interculturalidad en las Prácticas Sociales*, de Jhon Durston, 161-180. Santiago de Chile: PNUD, 2013.
- Aylwin, José. *Los Pueblos Indígenas y el Derecho*. Santiago de Chile: LOM ediciones, 2013.
- Bengoa, José. *Emergencia Indígena en América Latina*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- Cadenas, Hugo. «Paradojas de la diferenciación del derecho. Una perspectiva Regional.» En *Niklas Luhmann y el legado universalista de su teoría*, de Hugo Cadenas, Aldo Mascareño y Anahí Urquiza, 265-296. Santiago de Chile: Ril Editores, 2012.
- Castro, Milka, y Juan Vergara. *Jurisprudencia Indígena. Comovisión y Legislación*. Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2009.
- Comision de Verdad y Nuevo Trato. *Tomo II*. Santiago de Chile: CVNT, 2003.
- Constitucionalidad Convenio 169 de la OIT*. 309 (Tribunal Constitucional, 2000).
- Curtis, Cristian. «Apuntes sobre la Aplicación del Convenio 169 de la OIT pro los Tribunales de América Latina.» *Sur Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2009: 53-83.
- DPP. *Modelo de Defensa de Imputados Indígenas*. Informe Defensorial, Santiago de Chile: DPP, 2011.
- Höffe, Otfried. *Derecho Intercultural*. Barcelona: Gedisa, 2008.
- Luhmann, Niklas. *El Derecho de la Sociedad*. Mexico: Herder, 2005.
- Mascareño, Aldo et al. «La Desnacionalización del Derecho y la Formación de Regímenes Globales de Derecho.» En *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, Presente y Futuro (Tomo II)*, de M. Martinic et al. (dirección), 1398. Santiago de Chile: Lexis-Nexis, 2005.
- ONU. «ACNUR- Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas.» febrero de 2008. <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/6451> (último acceso: 12 de diciembre de 2012).
- Santos, Boaventura de Sousa. *La Globalización del Derecho*. Bogotá: ILSA, 1998.
- Severo, Leonel. «Observaciones sobre la Observación Luhamaniana.» En *A verdade sobre*

*AUTOPOIESE NO DEREITO*, de Michael King, Leonel Severo y Germano Shwartz, 11-39. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

Souza, Boaventura De. *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. La Paz: Abya Yala, 2012.

Tamanaha, Brian. «Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global.» *Sydney Law Review*, Vol. 30, 2008: 375-411.

Villegas, Myrna. «Sistemas Sancionatorios Indígenas y Derecho Penal. ¿Subsiste el Azmapu?» *Política Criminal*, 2014: 213-247.

Yrigoyen, Raquel. *A los 20 años del Convenio 169 de la OIT: Balance y Retos de Implementación de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Latinoamérica*. Lima: Gráfica Cuatro, 2010.

## EL PLURALISMO JURIDICO EN GUATEMALA

**Dr. Santos Sajbochol Gómez**  
**Coordinador Unidad de Asuntos Indígenas**  
**Organismo Judicial**

La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala, los avances del pluralismo jurídico, las autoridades indígenas, sus prácticas en la resolución de conflictos así como el reconocimiento del sistema jurídico oficial son los temas que se abordarán.

### I. SITUACION JURIDICA DE LOS PUBLLOS INDIGENAS EN GUATEMALA

La situación de los derechos de los pueblos indígenas en Guatemala se puede analizar partiendo desde ciertos enfoques, en las siguientes líneas se analizará desde las ciencias jurídicas y los avances del pluralismo jurídico, desde dos premisas iniciales; la Autoridad Indígena y el Derecho

Indígena como instrumentos de cohesión social y herramientas para la solución de los distintos conflictos que se generan en la sociedad para mantener la armonía social y la convivencia en paz.

En el contexto del marco jurídico que posibilita su viabilidad se hará referencia a los instrumentos jurídicos más trascendentes, así la Constitución Política de la República (en parte dogmática) regula en su artículo 66 que “el Estado reconoce, respeta y promueve las formas de vida, costumbres, tradiciones y formas de organización social de los pueblos indígenas”; el respeto, la promoción de las costumbres y formas de organización social a la que se refiere este artículo constitucional abre la posibilidad del reconocimiento de las formas propias e históricas de organización social y que hoy se conocen como alcaldías indígenas, estas instituciones son política y jurídicamente representativas de los pueblos indígenas y las comunidades en casos concretos.

Asimismo el Artículo 58 indica: “se reconoce el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres” en coherencia con el artículo anterior sobre el reconocimiento de la organización social, expresada a través de las autoridades indígenas, y el presente artículo (sobre el reconocimiento de la identidad cultural de acuerdo a sus valores y sus costumbres) le dan vida a tres tópicos fundantes que analizaremos: la identidad cultural, las autoridades indígenas y el derecho indígena.

Se ha hecho referencia al marco constitucional, sin embargo el marco jurídico ordinario también contiene artículos específicos sobre el tema, señalados en el Código Municipal, que en su Artículo 18 reconoce a las autoridades indígenas como una forma de organización social, aún que en el epígrafe se refiera a la organización de vecinos, en el contenido del artículo intrínsecamente hace referencia a las propias formas históricas de organización al indicar que “Los vecinos podrán organizarse en asociaciones comunitarias, incluyendo las formas propias y tradicionales surgidas en el seno de las diferentes comunidades, en la forma que las leyes de la materia y este código”; de una forma más directa y específica el artículo 20 del mismo cuerpo legal establece que “Las comunidades de los pueblos indígenas son formas de cohesión social y natural y como tales tienen derecho al reconocimiento de su personalidad correspondiente, con respeto de su organización y administración interna que se rige de conformidad con sus normas, valores y procedimientos propios, con sus respectivas autoridades tradicionales reconocidas y respetadas por el Estado, de acuerdo a disposiciones constitucionales y legales”.

De la misma manera el Artículo 21 del instrumento legal referido indica: “relaciones de las comunidades de los pueblos indígenas entre sí, se respetan y reconocen las formas propias de relación u organización de las comunidades de los pueblos indígenas entre sí, de

acuerdo a criterios y normas tradicionales o a la dinámica que las mismas comunidades generen”.

El Artículo 55 del Código Municipal regula lo referente a las Alcaldías Indígenas así: “el gobierno del municipio debe reconocer, respetar y promover las alcaldías indígenas, cuando éstas existan, incluyendo sus propias formas de funcionamiento administrativo”; aparte, el Artículo 56. Alcaldías comunitarias o alcaldías auxiliares señala: “El concejo Municipal, de acuerdo a los usos, normas y tradiciones de las comunidades, reconocerá a las alcaldías comunitarias o alcaldías auxiliares, como entidades representativas de las comunidades, en especial para la toma de decisiones y como vínculo de relación con el gobierno municipal”.

El bloque normativo que se citó tiene coherencia con el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, toda vez que este acuerdo es producto de las discusiones sostenidas entre representantes del gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria para alcanzar la paz firme y duradera que le da fin a 36 años de conflicto armado, reconoce “que la normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y por consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión. El Estado reconoce que tanto el desconocimiento por parte de la legislación nacional de las normas indígenas que regulan la vida comunitaria indígena como la falta de acceso de los pueblos indígenas al sistema jurídico escrito, han dado lugar a la denegación de derechos, discriminación y marginación”, como consecuencia de la premisa se han promulgado distintas normas jurídicas que van encaminadas al reconocimiento y respeto de las propias formas de organización social, el respeto de los derechos específicos y la garantía de cumplimiento de los mismos, finalmente se cita el Convenio 169 de la Organización Internacional del trabajo (OIT) como el instrumento que constituye el marco jurídico de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Estos artículos constituyen el parámetro general de protección de los derechos de los pueblos indígenas desde varias dimensiones, pero para efectos de este trabajo se abordará únicamente desde dos;

1. los derechos específicos,
2. las autoridades indígenas y su función en la aplicación del derecho indígena.

### **1.1. Algunos derechos específicos de los pueblos indígenas**

En principio la ley es abstracta y general para todos los habitantes en un Estado, esta premisa constituye el principio general; por ello no existiría una razón para distinguir derechos generales a derechos específicos a grupos minoritarios o especiales; sin embargo, este principio solo constituye una utopía que no se ajusta a la realidad guatemalteca

tomando en cuenta las grandes diferencias reales y formales en el ejercicio de los derechos. En este sentido, la tendencia de los Derechos Humanos universales de la actualidad aboga por la discriminación positiva, como un principio que tiene por finalidad equiparar en cierta manera el ejercicio de los derechos.

En el caso de los derechos de los pueblos indígenas, no necesariamente es por lo minoritario o grupo especial, simplemente por las desventajas que se encuentran en todo sentido: pobreza, analfabetismo, discriminación formal y real, por ello es necesario dotar algunos derechos específicos para alcanzar el desequilibrio social y el respeto de los derechos inherentes a la cultura que cada pueblo tiene, por ello *“El derecho a sus derechos, el respeto a sus derechos y la aplicación de su propio derecho, constituye el punto de partida en el reconocimiento de su personalidad jurídica”*<sup>35</sup> los derechos son generales para los seres humanos, como principio general por el simple hecho de existir como seres humanos; sin embargo, para los pueblos indígenas el derecho positivo les ha otorgado algunos derechos específicos consagrados en la Constitución Política de la República de Guatemala, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, Convenio 169 de la OIT, el Código Procesal Penal y Código Penal. *“Otro elemento central del modelo multicultural en la región es el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y el reconocimiento legal de sus derechos colectivos. En vez de las viejas políticas basadas en ideas asistencialistas para integrar los indígenas a la nación y otorgarles beneficios colectivos (como las tierras en programas de reforma agraria), el nuevo paradigma está basado en sus derechos. Queda claro que los derechos universales, como los derechos humanos individuales, se pueden combinar con derechos específicos o especiales de sectores o grupos particulares”*<sup>36</sup> A continuación se desglosa un catálogo de algunos de esos derechos sin que ello constituya un número cerrado no superable por otros derechos que surjan o que no se haya citado.

35 Jose Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes. Ob. Cit. Pág. 174

36 Rachel Sieder. Boletín Especial 30 aniversario del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales. El Nuevo Multiculturalismo en América Latina: ¿Regulación o Emancipación? Pág. 33



DERECHOS GENERALES APLICABLES A TODO SER HUMANO	DERECHOS ESPECÍFICOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS
1. Igualdad en derechos y obligaciones	1. Espiritualidad
2. Educación	2. Lugares sagrados
3. Trabajo	3. Derecho a la aplicación del Derecho indígena
4. Salud	4. Acceso a la Justicia Estatal, en el caso de ser necesario
5. Seguridad	5. Justicia Multilingüe
6. Asistencia Social	6. Irrenunciabilidad del derecho de contar con intérprete, en un proceso judicial
7. Derecho al desarrollo Económico sostenible	7. Derecho a que se respete la propia cultura
8. Propiedad, uso y posesión de la tierra	8. Peritajes culturales, como prueba en el proceso
9. Derecho al medio ambiente	9. El derecho al uso del traje indígena
10. Libertad de profesar su propia religión	10. Idioma indígena
11. Derechos políticos	11. Propiedad intelectual colectiva
12. Derecho a la participación política	12. No discriminación
13. Derecho a la participación en cargos de dirección y toma de decisiones a todo nivel	13. Consulta
14. Igualdad en la capacidad jurídica y en su ejercicio	14. Libre determinación
15. Libre acceso al trabajo, y a la formación de sindicatos, y a todos los derechos que establece la ley laboral	15. Derecho a la identidad cultural
16. A ser sujeto político, es decir, a ejercer su ciudadanía plena	16. Derecho a no ser asimilada por una cultura ajena
17. Derecho a la salud	17. Derecho a modificar costumbres y tradiciones que afectan su dignidad
	18. Derecho a recuperar costumbres y tradiciones que fortalecen su identidad
	19. Derecho a un trato digno, humano y respetuoso

Este cuadro constituye un resumen de los derechos que se extraen de una serie de leyes como:

La Constitución Política de la República de Guatemala,

- El Código Municipal,
- El Convenio 169 de la OIT,

- La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas,
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos,
- La Convención Internacional de los Derechos Humanos.

## 1.2. Autoridades indígenas y el ejercicio del propio derecho

Las comunidades cuentan con sus propias formas de organización política y jurídica, aquellas organizaciones ancestrales que históricamente han mantenido de forma milenaria, esa forma organizativa tradicional que han mantenido los propios pueblos indígenas, un sistema jurídico expresado a través de sus decisiones en la resolución de sus controversias.

El término de autoridad recae en la actualidad en las llamadas alcaldías, indígenas, alcaldías auxiliares, principales, kamalbé's, quienes cumplen esa función de armonizar la vida de la comunidad, mantener la paz y la convivencia y pacífica de la sociedad, sobre la base de los principios, cosmovisión y filosofía de vida de un pueblo cohesionado.

Para ocupar algún cargo en las alcaldías indígenas o ser considerado como tal, se toman en cuenta elementos muy profundos previos al momento de ser electo en la asamblea comunitaria, las personas que ocuparán esos cargos o roles deben gozar los más altos grados de confianza, legitimidad y liderazgo, deben ser el paradigma de la sabiduría, moralidad y ética en el actuar de su vida diaria, ejemplo de una conducta intachable para traducirse en la confianza de la dirección y resolución de los conflictos que se generan dentro de la sociedad; dentro de los elementos característicos se encuentran el reconocimiento de los servicios prestados en el pueblo y el consenso que puede darse para su elección, ya que la comunidad es quien le deposita la confianza para el buen desarrollo de su labor, y por lo tanto sus resoluciones son acatadas por la legitimidad que representan.

## II. EL PLURALISMO JURIDICO EN GUATEMALA

En el ámbito de la práctica de la justicia indígena es el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, el marco que da vida a su reconocimiento.

**Comunidades y Autoridades Indígenas Locales.** Teniendo en cuenta el compromiso constitucional del Estado de reconocer, respetar y promover estas formas de organización propias de las comunidades indígenas, se reconoce el papel que corresponde a las autoridades de las comunidades, constituidas de acuerdo a sus normas consuetudinarias, en el manejo de sus asuntos, específicamente en cuanto al Derecho consuetudinario y la literal "a" que indica: "La normatividad tradicional de los pueblos indígenas ha sido y sigue siendo un elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y, por

consiguiente, para el mantenimiento de su cohesión”; la literal “b” establece: “Proponer, con la participación de representantes de las organizaciones indígenas, disposiciones legales para incluir el peritaje cultural y desarrollar mecanismos que otorguen atribuciones a las autoridades comunitarias para que señalen las costumbres que constituyen su normatividad interna”; por último la literal “c” expresa: “Impulsar, en coordinación con las universidades de Guatemala, las asociaciones profesionales y las organizaciones indígenas, un programa permanente para jueces y agentes del Ministerio Público sobre la cultura y rasgos de identidad de los pueblos indígenas, en especial en el conocimiento de sus normas y mecanismo que regulan su vida comunitaria”, en este marco jurídico, se desprende que el derecho indígena es un sistema jurídico constituido por un conjunto de normas escritas y no escritas, axiológicas y filosóficas, trasladadas de forma oral a las distintas generaciones.

Las autoridades y procedimientos, que históricamente han vivido en organización y en colectividad, aún que la colonización y otros acontecimientos históricos modificaron sin éxito las formas de vida de los pueblos indígenas.

No obstante de lo anterior, en la actualidad, aún persiste la existencia y práctica de muchas de esas formas organizativas propias de los pueblos indígenas, un ejemplo claro son las autoridades de Solola, San Juan Comalapa, Quiché, Coban Alta Verapaz, Totonicapan y San Marcos que constantemente resuelven sus propios conflictos comunitarios a través de las denominadas alcaldías indígenas o autoridades indígenas; en la práctica cotidiana existe este modelo de organización que ha funcionado a nivel de comunidades y tienen un reconocimiento tal por las mismas comunidades, de ahí deriva la importancia del rol que desempeñan en la sociedad, comprometiendo también a su vez a las comunidades, porque son las que eligen a sus autoridades. Es decir que, a pesar de imposiciones mono culturales dirigidas a la desaparición de estas prácticas que sin duda han tenido repercusiones nefastas para los pueblos indígenas (al grado de la desaparición de muchas formas de impartición de justicia), hoy más que nunca muchas comunidades en resistencia practican todo este cúmulo de conocimiento encaminados a la revitalización de sus derechos, como sujetos de derechos tanto en lo individual como en lo colectivo.

El derecho indígena constituye un verdadero sistema jurídico, científico y verificable al estar conformado por procedimientos, metodologías, normatividad e instituciones propios de los pueblos indígenas; en ese marco de ideas el derecho indígena es un sistema jurídico propio de los pueblos indígenas aplicado en la vida comunitaria como una forma de impartición de justicia de la sociedad en su conjunto, tiene como fin teleológico la armonía y la paz social.

El sistema jurídico oficial no dimensiona su importancia puesto que lo limita a una forma alternativa de resolución de conflictos, cuando va más allá de una simple resolución, puesto que para llegar a ello se debe pasar por todo un proceso de estudio y análisis del caso para luego emitir una resolución final.

En la actualidad se está abriendo un campo para el conocimiento, estudio y análisis del derecho indígena, mostrando interés por parte de algunos sectores; asimismo en la institucionalidad de justicia estatal los derechos indígenas empiezan a ser reconocidos llegando en algunos casos a adoptar medidas administrativas consideradas muchas veces sin peso pero de mucho significado.

Guatemala está viviendo una época de cambios en la cultura jurídica y política generados por la participación y ejercicio de las autoridades indígenas; se ha profundizado la aplicación del derecho indígena, proceso que sistemáticamente ha sido una parte integral del sistema jurídico y político, con autonomía en su funcionamiento, basado en la Constitución Política de la República de Guatemala y el Convenio 169, que al ser avalado por la Corte de Constitucionalidad en su opinión consultiva, afirma que no contradice la Constitución Política de la República de Guatemala, al contrario, la complementa en el ámbito de las garantías a los derechos fundamentales; se invoca este Convenio tomando en cuenta que es el instrumento internacional que le da sustento y soporte al derecho indígena.

Es en el expediente número 199-95 de la Corte de Constitucionalidad el 18 de mayo de 1995 se emite la opinión consultiva, a solicitud del Congreso de la República de Guatemala en ejercicio de las facultades que le confiere el Artículo 171 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad.

Opinión de la Corte de Constitucionalidad

CONSULTA	OPINIÓN DE LA CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD DE GUATEMALA
<p>El Congreso de la República compareció ante la Corte de Constitucionalidad para solicitar a través de su Presidente, opinión consultiva y para el efecto formuló la pregunta siguiente: LA CONSTITUCIONALIDAD DEL CONTENIDO DE LAS NORMAS DEL CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, SOBRE PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES EN PAÍSES INDEPENDIENTES.</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>✓ Esta Corte considera que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución y es un instrumento jurídico internacional complementario que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional.</li> <li>✓ El contenido de las normas del Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, no contradice la Constitución Política de la República.</li> </ul>

El contenido de este cuadro es el extracto de la opinión consultiva de la Corte de Constitucionalidad, contenido en el Expediente 199-95 de la Corte de Constitucionalidad de fecha 18 de noviembre de 1995, en relación a la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT.

La opinión de la Corte de Constitucionalidad, es coherente con el espíritu social y personal de la Constitución Política de la República de Guatemala, como instrumento político y jurídico del país, que en su Artículo 66 reconoce la estructura social y la forma de organización política y jurídica indígena.

El derecho indígena es una forma de vida de un pueblo, es la esencia misma de organización social y sobre todo la filosofía de vida, entonces no existe ni debe existir incongruencia en cuanto a su fundamentación constitucional; cabe mencionar que puede existir alguna discusión sobre ciertos aspectos, sin embargo, en cuanto a su asidero constitucional es determinante y evidente que no está en contradicción con la Constitución.

En cuanto a su ubicación jerárquica legal, los derechos indígenas forman parte de la integridad del derecho guatemalteco, de acuerdo con el conocimiento social y común y forman parte del sistema jurídico en igualdad de condiciones sin sujeción alguna; sin embargo, bajo un razonamiento más técnico, se encuentran sujetos únicamente a la Constitución Política de la República de Guatemala, como parte de la integridad del derecho.

Lo ordinario consiste en el nivel jerárquico de las leyes, en el caso del derecho indígena, no constituye jerarquía con ningún otro sistema jurídico ni con alguna rama del derecho, ni con el derecho positivo, por ello, la autonomía se ha invocado en ocasiones reiterativas, tomando en cuenta que ninguna herramienta de solución de conflictos jurídicos puede sujetarse a algún otro; sin embargo, si se trata de punto referencial constitucional, no puede estar al nivel de la Constitución, sino más bien sujeta a ella.

En el ámbito internacional el Convenio 169 de la OIT ha constituido un instrumento jurídico de vital importancia para la fundamentación y protección de los derechos de los pueblos indígenas; en Guatemala, su aplicación es aún muy escasa en virtud de que existe resistencia por parte de los operadores de justicia; en cuanto a su aplicación, muchos de los defensores no hacen valer los contenidos del instrumento jurídico en casos concretos, los fiscales por su parte tampoco fundamentan sus peticiones ante los órganos jurisdiccionales, en consecuencia los juzgadores no encuentran las bases de su aplicación en los casos que se les presenta, todo ello pasa por una discusión estéril entre los académicos y los funcionarios judiciales, sobre si este Convenio pasa a formar parte integral del sistema jurídico guatemalteco; discusión que en ocasiones se convierte sin fundamento, en virtud de que desde el momento de la suscripción por parte del Estado, se convierte en ley positiva en el territorio.

Como parte idiosincrática de los políticos guatemaltecos, los Diputados del Congreso de la República, antes de suscribir el referido Convenio internacional por parte del Estado, fue solicitada la opinión de la Corte de Constitucionalidad, quien por la vía de la consulta a la Corte, con un análisis técnico jurídico y sobre todo científico, afirmo que en el Convenio no contradice la constitución, no vulnera si no por el contrario fortalece los derechos contenidos en la Constitución Política de la República de Guatemala, de manera que los derechos contenidos en el referido Convenio debe ser considerados como parte integral de la Constitución.

Esta consulta es de mucha importancia, en primer ámbito, en la discusión positivista del derecho, y en segundo ámbito en la filosofía de los derechos colectivos, porque el Convenio 169 de la OIT regula instituciones novedosas, como la consulta a los pueblos, el reconocimiento de la cultura, el derecho como sistema jurídico, el derecho a las tierras de los pueblos originarios, entre otros.

En Guatemala, existe un aforismo común que dice “la Constitución dice, lo que la Corte de Constitucionalidad dice que dice”; este aforismo contiene una verdad, indiscutible e irrefutable, en cuanto a la interpretación de la Constitución Política de la Republica de Guatemala, como irrefutable es el reconocimiento de los derechos culturales de los pueblos indígenas. Pero esta premisa genera muchos problemas, por la integración de la Corte de

Constitucionalidad en su mayoría o casi siempre está conformada por personas sin comprensión de las identidades culturales de los pueblos indígenas, es decir, por personas de cultura ladina; esto genera un problema al momento de ser o no una persona indígena, pues conlleva a un asunto de contenido cultural: la respuesta es y puede ser la evidente negación de derechos culturales por la incompreensión del tema o el rechazo del mismo.

## 2.1. Coherencia del sistema jurídico guatemalteco

El derecho indígena y el derecho constituido no se contradicen entre sí en el contexto jurídico guatemalteco, de manera que no debería haber inconveniente alguno en la aplicación del derecho indígena. Cuando las normas jurídicas remiten a la costumbre o al uso del comercio, se trata de un modo de comportamiento esperado, es decir, de un tipo de frecuencia empírica. Los usos y costumbres son formas de comportamiento que sugieren dentro del contexto social que generan fuente de derecho. *“que son practicadas, en general, por los miembros de un grupo comunitario determinado y que se refieren inmediata o mediatamente al tráfico negocial se convierte en normas porque la ley o en el caso particular, un contrato, remiten a ellas. En la moral social dominante, a la que, al menos en parte, se hace referencia con la fórmula de las buenas costumbres, se trata, en cambio, de reglas que tienen ya un carácter normativo en la conciencia de aquellos que las cumplen o que juzgan según ellas. No obstante, solo se convierten en normas jurídicas debido a que el orden jurídico remite a ellas y solo en cuanto concuerdan con los principios y bases de valoración del orden jurídico vigente. Las costumbres del tráfico, los usos comerciales y la Moral social en cuanto tales, tienen para los juristas el significado de estándares, es decir de pautas normales de comportamiento social concreto, aceptadas en la realidad”*<sup>37</sup>

Por ello, el derecho indígena es parte integral del sistema jurídico guatemalteco, se puede mencionar a manera de *“ejemplo de la variante filosófica estaría dado por las teorías iusnaturalistas, en donde los conceptos jurídicos fundamentales están representados por aquellos valores que, como datos previos al Derecho surgidos de la naturaleza de las cosas condicionan la definición de Derecho. Esta concepción del concepto jurídico no constituye el elemento primario de la conformación jurídica, sino que es el resultado de la síntesis de un pensamiento ordenador en el que influyen, por una parte, los múltiples datos previos del orden de la vida, así como las condiciones históricamente dadas de la sociedad y, por otra parte, las exigencias del deber ser de las ideas, esto es: factores de determinación esencialmente distintos de los factores lógicos”*<sup>38</sup> factores lógicos que en esencia se integran en el sistema único del derecho.

37 Villegas Lara, René Arturo, Temas de introducción al estudio del derecho y de teoría general del derecho, Pág. 95

38 Eduardo Ángel Russo. Teoría General del Derecho Pág. 96

## 2.2 Teoría general del Derecho Indígena en Guatemala

El abordaje del derecho indígena debe ser coherente con la pluralidad o diversidad cultural del país, que en la actualidad y de acuerdo a los avances alcanzados ha sido un aspecto que se ha superado, principalmente en lo que se refiere al reconocimiento de la multiculturalidad del país, reconocido política y jurídicamente por variados instrumentos legales tanto de carácter nacional como internacional, principalmente entre los que cabe mencionar, la Constitución Política de la República de Guatemala, la ratificación del Convenio 169, los Acuerdos de Paz y más recientemente la aprobación de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es posible afirmar que el derecho indígena es un sistema jurídico porque está constituido por la existencia de un sistema de normas, autoridades y procedimientos, que históricamente han vivido en organización y en colectividad, sin embargo la colonización y otros acontecimientos históricos posteriores modificaron esas formas de vida. No obstante en la actualidad aún persiste la existencia y práctica de muchas de esas formas organizativas propias de los pueblos indígenas, un ejemplo claro es la forma de resolver sus propios conflictos que rigen la vida en comunidad, a través de las denominadas alcaldías indígenas, alcaldías auxiliares, autoridades indígenas como explica Carlos Fredy Ochoa “ *el término alcalde.... es un concepto emblemático; igualmente en las sociedades mayas este término también designa la función judicial así como las múltiples funciones de regimiento (gobierno de los asuntos públicos locales)*”<sup>39</sup>. Es decir que en la práctica cotidiana existe este modelo de organización que ha funcionado a nivel de comunidades y tiene un reconocimiento tal por las mismas comunidades, de ahí deriva la importancia del rol que desempeñan en la sociedad, comprometiendo también a su vez a las comunidades porque son quienes eligen a sus autoridades. Es decir que a pesar de la imposición monoculturales dirigidas a la desaparición de estas prácticas que sin duda ha tenido repercusiones nefastas para los pueblos indígenas (al grado de la desaparición de muchas formas de impartición de justicia), hoy más que nunca muchas comunidades en resistencia practican todo este cumulo de conocimiento encaminado a la revitalización, como sujetos de derechos tanto en lo individual como en lo colectivo.

Más adelante se desarrollará cada uno de estos elementos que se aplican en la vida y práctica comunitaria, que como se ha dicho en líneas anteriores, constituyen la fundamentación del derecho indígena como sistema jurídico. Una vez conocida la forma y aplicación del derecho indígena en las comunidades, cabe desarrollar los postulados que fundamentan esos sistemas jurídicos de acuerdo a la pluralidad de los pueblos y el marco de transición de un monismo jurídico hacia un pluralismo jurídico, que tenga como presupuesto el reconocimiento de la existencia y práctica de los derechos de los pueblos

<sup>39</sup> Ochoa, Carlos Fredy. “Alcaldía Indígenas a diez años de su reconocimiento por el Estado” Pág. 22



indígenas de Guatemala. El autor Quin Juan Santiago indica al respecto: *“autonomía de los pueblos indígenas y pluralismo jurídico están estrecha y dialécticamente relacionados; porque reconocer y aceptar, política y jurídicamente, el derecho fundamental de los pueblos indígenas a ejercer su propio sistema de aplicación de justicia, se funda en un derecho más amplio que es el de su autonomía, como pueblos indígenas en la jurisdicción del Estado en que se hallan asentados; asimismo, el ejercicio de su propio sistema jurídico fortalece y reafirma esta autonomía.”*<sup>40</sup> Siendo el derecho indígena un sistema jurídico propio de los pueblos indígenas aplicado en la vida comunitaria como una forma de impartición de justicia, la sociedad en su conjunto no dimensiona su importancia puesto que el sistema oficial lo limita a una forma alternativa de resolución de conflictos, cuando va más allá de una simple resolución, puesto que para llegar a ello es necesario todo un proceso de estudio y análisis del caso para luego emitir una resolución final.

Otros autores que han estudiado el tema se refieren a que: *“Se habla en plural sobre “sistemas jurídicos”, no sólo porque existen tres pueblos Indígenas en Guatemala, sino además porque los mayas se integran en diversos grupos étnicos o lingüísticos, y si bien es cierto que cada grupo cuenta con su tradición propia, también es cierto que éstos tienen elementos y principios comunes que los sustentan, a saber: flexibilidad, dinamismo, circulación, armonía, equilibrio, dualidad, procesualidad, complementariedad, respeto, consenso, participación, aporte o contribución y escucha, entre otros.”*<sup>41</sup>

No hay respuestas satisfactorias desde el campo eminentemente jurídico, al pretender establecer de dónde surge el derecho indígena, la sociología es la que proporciona mayores datos para determinar el origen del Derecho Indígena, apoyada por la Antropología Social. En el seno de las ciencias sociales se ha determinado que *“el individuo y el de reproducción de la especie, fueron los factores que determinaron la formación del Derecho Indígena”*<sup>42</sup>, el párrafo citado se hace en razón de su importancia y sustento teórico para afirmar que desde el inicio de la humanidad puede haber surgido el derecho indígena.

La necesidad humana de vivir en sociedad dio origen a la primera relación social, que luego se transformó en relación jurídica, el individuo hubo de limitar su libertad personal para poder conservarse la cohesión del clan, creándose las primeras normas del Derecho Civil, *“la necesidad de conservar la armonía del clan, hizo que el maya sancionase las violaciones a las normas subjetivas, convirtiéndolas por solo ese hecho, en normas objetivas,”*<sup>43</sup> Estos antecedentes históricos se conectan con los acontecimientos más recientes que ha vivido Guatemala. En ese sentido, después de la guerra que sufrió, las expresiones de De-

40 Quim, Juan Santiago, *“Hacia el Pluralismo Jurídico en Guatemala”*, Instituto de Estudios Comparados, pág. 19

41 Pág. 81. <http://www.ohchr.org.gt/documentos/publicaciones/Gu%C3%ADa%20convenio.pdf>. Fecha de consulta 05 de enero de 2015

42 Juan de D Pérez Galaz, *Derecho y Organización Social de los mayas*. Pág. 49

43 Ídem. Pág. 50.

recho Indígena, Derecho Maya, Jurisdicción Indígena, Derecho Consuetudinario, Justicia Comunitaria, Ley Maya y otras que en temas determinados se hace notar con relevancia evidente, llama la atención a los medios de comunicación que en reiteradas ocasiones se lee en las páginas de los periódicos, radio, televisión y notas que se refieren a un derecho distinto al acostumbrado a escuchar. La situación genera el debate y la discusión sobre la interrogante que constituye el pilar fundamental del renacimiento de un Derecho y que por años había sido ignorado y fue simplemente inexistente a la luz del derecho positivo. No obstante, de lo anterior resulta innegable hacer las siguientes interrogantes: ¿Existe un derecho indígena o maya? Efectivamente, la respuesta es afirmativa sobre la existencia de un derecho, instrumento propio de una pueblo que hoy por hoy se denomina indígena o maya. Resulta estéril entrapar una discusión sobre la terminología correcta si es **derecho indígena o derecho maya**; es cuestión idiomática, pero que en esencia lo que se analiza es igual al contexto. Negar la existencia el derecho indígena, es un argumento que día a día se queda con menos fundamento; las corrientes de pensamiento que aún se aferran a la negación de su existencia, utilizan argumentos como el que en un Estado no pueden existir sistemas jurídicos distintos.

Todos los sistemas jurídicos evolucionan, cambian y se desarrollan como cualquier ser, por ello, *“El termino evolución se emplea para describir perfeccionamiento del orden jurídico, social y económico, lo cual tampoco sucede necesariamente, pues existen avances y retrocesos según los factores benéficos o nefastos que actúen en la comunidad. Por lo demás, vale también ponderar los elementos tradicionales que perduran a lo largo de los años, como instituciones pétreas que resisten el embate de la historia. Nada es sencillo para discernir y todo deviene complejo como suele suceder con lo relacionado a la condición humana”*.<sup>44</sup> El reconocimiento de los sistemas normativos es otro de los derechos referidos a situaciones que históricamente se han ejercido por los pueblos indígenas, como un importante elemento para mantener su cultura. Son formas de justicia que les han permitido regularse de manera interna, enfrentar el conflicto y mantener la cohesión colectiva. Se habla de sistemas porque tienen órganos específicos de tipo colegiado, procesos orales con garantía de audiencia para los implicados y las implicadas, sistema de sanciones y verificación de su cumplimiento y, sobre todo, normas de cohesión y control social.

***El reconocimiento constitucional otorgaría validez jurídica a las decisiones comunitarias y estatut de derecho público. Quedaría claro que la justicia indígena es justicia propiamente dicha y no forma de resolución de conflictos entre particulares, como se ha pretendido equiparar. “El Dinamismo del derecho está dado por su poder de adaptación a las circunstancias históricas sin desnaturalizar los fines que persigue. No obstante atravesar periodos de cierta flexibilidad, nunca permanece estático: está en continuo fluir. Por ello, la interpretación***

.....  
44 Marcelo Urbano Salerno. Derecho Civil Profundizado. Pág. 240.

**de las disposiciones jurídicas varía en el tiempo, pues la jurisprudencia capta ante el legislador las transformaciones que ocurren”.<sup>45</sup> *Los conflictos no se pueden equiparar con la justicia, pues la justicia es un valor de convivencia en sociedad en mutuo respeto de los bienes universales y jurídicos del ser humano.***

El sistema jurídico indígena es un hecho social real, en el que cada pueblo ha sobrevivido conservando su cosmovisión, se ha aplicado como un subsistema del derecho positivo escrito estatal, aunque ha enfrentado las contradicciones con éste. Esta situación se da también de forma frecuente entre los órdenes jurídicos de los pueblos indígenas y el orden jurídico gubernamental, es decir: entre los grupos sociales también puede existir conflicto o contradicción y ante los sistemas gubernamentales. *“Las normas jurídicas al contemplar y regular substancialmente una determinada parte de la realidad social adicionan a ésta una serie de consecuencias de naturaleza jurídica y acotan un espacio de la esfera realidad social que convencionalmente denominamos realidad jurídica”<sup>46</sup>*

La nueva era del sistema jurídico en Guatemala, es cada vez más cambiante y da lugar a fenómenos sociales en cuanto a las nuevas formas de convivencia social; linchamientos, conflictos, desconfianza de la ciudadanía en el sistema positivos jurídico guatemalteco constante, el reproche a la criminalidad, impunidad y corrupción da lugar a fenómenos conductuales, porque en esencia se convierte en cambios sociales a niveles de desborde del control social, sin embargo, como ya se ha afirmado en el presente estudio, Guatemala está compuesto por indígenas y ladinos: el pueblo indígena no es ajeno a esta realidad que vive el sistema jurídico guatemalteco, en los inicios del siglo XXI.

El sistema jurídico indígena guatemalteco ha constituido una alternativa para la convivencia social, pero sobre todo como herramienta de convivencia que se traduce finalmente en la solución de conflictos jurídicos entre personas en campos del derecho distintos, penal, civil, familia. Esencialmente, en ese sentido *“Es necesario tomar en consideración las necesidades sociales y culturales que aparecen en un momento y lugar determinados con todas sus posibles fricciones y conflictos, y bajo todos sus aspectos: económico, político, religioso y moral.”<sup>47</sup>*

Para ir profundizando el análisis del sistema jurídico indígena en Guatemala es menester acotar que: *“Las normas de un orden jurídico regulan conducta humana. Pareciera, por cierto, que esto solo correspondiere a los sistemas sociales de los pueblos civilizados, puesto que en sociedades primitivas también el comportamiento de los animales, las plantas inclusive de cosas inanimadas es regulado en idéntica manera por el orden jurídico que el de los hombres.”<sup>48</sup>*

45 *Ibidem*. Pág. 240

46 Rafael Díaz Roca. Teoría General del Derecho. Pág. 283

47 Roco Pound. Las Grandes Tendencias del Pensamiento Jurídico. Pág. 31

48 Hans Kelsen. Teoría Pura del Derecho. Pág. 45

Partiendo de esta premisa afirmativa, cabe recalcar que las normas no necesariamente están escritas como normalmente se conoce al derecho positivo uno de los pilares fundamentales que sustenta el sistema jurídico guatemalteco.

Por otro lado, es necesario invocar el derecho natural así *“La ley natural, es cognoscible racionalmente, no contando con ningún intérprete investido de autoridad dogmática u oficial, encargado de definir sus preceptos, Esta es la razón de que su contenido incluso su existencia pueda discutirse, porque no está esculpida o tallada en tablas ni impresa en códigos, se halla, sencillamente, escrita en el corazón humano con trazos tan indelebles, que ni siquiera la iniquidad puede borrar.”*<sup>49</sup> Por otro lado Jürgen Habermas, establece el parámetro político y jurídico al indicar *“Yo distingo entre derechos del hombre fundados moralmente y derechos del hombre de carácter jurídico que han cobrado validez positiva, es decir, que se han vuelto vigentes a través de las Constituciones, es decir, que han sido provistos de la garantía de ser impuestos por medio del poder de sanción estatal dentro del orden jurídico vigente en cada caso”*.

<sup>50</sup> En el contexto guatemalteco y la corriente indigenista que impulsa el reconocimiento y el respeto del derecho indígena, se ha utilizado el **pluralismo jurídico**; con un contenido científico porque se refiere a los diversos sistemas jurídicos existentes en el mundo; en Guatemala hay dos sistemas jurídicos como se ha sostenido; dos sistemas jurídicos divorciados entre sí, sin ningún punto de encuentro. Por eso es tan importante aspirar y promover un **Pluralismo Jurídico Guatemalteco**, en donde el derecho positivo escrito sea tan solo una parte y el sistema jurídico en general y el sistema jurídico indígena la otra parte, por ello se afirma al pluralismo jurídico como dos sistemas jurídicos totalmente distintos y para su aplicación se puede hablar de coordinación entre ambos.

Únicamente promoviendo un sistema jurídico íntegro, es decir, derecho positivo escrito y derecho indígena, cohesionados entre sí podrá sentirse incluido el derecho indígena de forma integral, sin jerarquía alguna sino un todo, una integralidad y no asimilado o subordinado, como se podría pensar o enfocar erróneamente.

Definitivamente no se propone una asimilación, porque esto significaría la subordinación del derecho indígena al derecho positivo escrito; por esa línea debe ir el planteamiento de quienes respaldan esta corriente que debe abogar por la integración en igualdad de condiciones con el derecho oficial o derecho positivo guatemalteco: *“El derecho indígena es una fuerza cohesiva importante en los pueblos y comunidades indígenas; representa uno de los elementos centrales de la identidad étnica y un vector crucial para la reproducción de los intereses colectivos. Así como el derecho positivo nacional organiza al Estado dentro del concepto de soberanía, el derecho indígena se articula para garantizar la existencia y reproducción del pueblo indígena, y su sentido de conjunto es la cohesión y reproducción colectivas; por ello, es*

49 Lino Rodríguez – Arias Bustamante. Ciencia y Filosofía del Derecho. Pág. 228.

50 Jürgen Habermas Mas Allá del Estado Nacional. Pág. 161

*un derecho cuyas probidades son la defensa de la integridad territorial y de recursos del pueblo indígena y sus comunidades, la legitimación de las autoridades propias y el restablecimiento de las relaciones de solidaridad y reciprocidad. No es un derecho estructurado con la concepción punitiva, sino restauradora del tejido social. Su instrumento principal no es la cárcel ni la segregación del individuo, sino la reparación del daño y la reincorporación del infractor a la vida comunitaria. Por esto mismo, incluye también una dimensión de lo que en la sociedad hegemónica se denomina readaptación social.*"<sup>51</sup> Así, bajo una concepción universal, la Organización de Naciones Unidas ONU, define qué es una comunidad indígena y señala: *"Comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que [...] se consideran a sí mismos diferentes de otros sectores de la población..."*.<sup>52</sup> Aunque el contenido del texto transcrito, constituye una aseveración por parte de la ONU; al hacer diferenciación de un grupo de otro, sobre argumentos no convincentes como el que comunidades, pueblos y naciones indígenas son aquellos que se consideran a sí mismos diferentes de otros sectores de la población.

El autor Juan de Dios Pérez Galaz, en su obra *Derecho y Organización Social de los Mayas*, al citar a Stambler indica: *'La historia del Derecho es algo más que un simple medio de cultura deseable para los juristas'*<sup>53</sup> esta aseveración induce a hacer reflexiones en cuanto al origen del derecho y a la función del derecho, pero sobre todo invita a la razón de su existencia y construcción; así, remontarse al establecimiento de su historia y al momento histórico social que corresponde. *"Esta nueva adecuación de los derechos indígenas advierte, contrario sensu a los fines de la globalización, que el Estado postmoderno capitalista reconoce la existencia de diversos sistemas de derecho que confluyen conjuntamente con el hegemónico, a lo que algunos autores han denominado como pluralismo jurídico; sin embargo, habrá que cuestionar en qué medida, dentro de un mismo territorio, la soberanía del Estado permitirá la aplicación eficaz de diversos sistemas de derecho, es este caso, los que corresponden a los pueblos indios. Es evidente que en este debate subyace un problema de poder"*.<sup>54</sup>

Como ya se ha afirmado en este estudio, el derecho indígena es un sistema que forma parte de una familia jurídica, *"De esta manera, constituye un reto para los científicos sociales, para el movimiento de indios y sus intelectuales orgánicos, establecer los argumentos que con suficiencia expliquen esta nueva adecuación de los otros sistemas de derecho o su viabilidad en el mundo postmoderno, aspecto que de alguna manera, contribuirá al fortalecimiento del marco conceptual de la futura Declaración de los Derechos Indios, por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU)"*.<sup>55</sup> Se debe pedir auxilio a otras

51 Lilia Mendoza Cruz. Antología sobre Derechos Indígenas en la Procuración de Justicia: Retos y Realidades. Pág. 220

52 Carlos h. Durant Alcántara. Hacia una Fundamentación Teórica de la Costumbre Jurídica India. Pág. 2

53 Juan de De Pérez Galaz, *Derecho y Organización Social de los Mayas*. Página 49.

54 Carlos h. Durant Alcántara. Ob. Cit. Pág. 2

55 Ídem. Pág. 2

disciplinas científicas y filosóficas, como la Antropología, la Sociología y la Filosofía, para encontrar la fundamentación del derecho indígena. Aunque como plantea Norberto Bobbio, al referirse a la fundamentación de los derechos humanos, es más importante materializar los derechos humanos a través del respeto práctico de los mismos, que encontrar la fundamentación filosófica de los derechos humanos. Este argumento es aplicable al derecho indígena; sin embargo, en Guatemala es necesario encontrar la garantía que puede transformar la práctica, porque es muy difícil hacer valer lo que no este en ley, en ese sentido: *“En la sociología contemporánea, en la que suelen distinguirse dos grandes orientaciones la macro sociología, preocupada por construir una teoría sociológica o cuerpo único de razonamiento teórico - sistemático, por los problemas del cambio y del conflicto, por los diferentes tipos de sociedad, y por el desarrollo de las grandes instituciones, familia, política, religión, educación y la macro sociología que orienta su interés hacia las organizaciones, los roles, los grupos y las pequeñas comunidades.”*<sup>56</sup> Tomando en cuenta el carácter sociológico del derecho indígena, su eficacia es inminente y evidente; por ello: *“La eficacia del derecho indígena radica en varias cosas; primero, en la legitimidad, y segundo, en la estabilidad de la decisión. ¿Por qué? Porque como el juez natural de la comunidad vive allí, puerta con puerta con el infractor y la víctima, cualquier decisión que no se funde en el consenso se va a derrumbar. La eficacia del derecho indígena radica en que tiene que nacer de una profunda legitimación, mediante el diálogo, el debate. De otra manera no hay posibilidad de sostenerlo pues no hay elementos de coerción, como la fuerza policial”*.<sup>57</sup>

### 2.3. Epistemología del derecho indígena

El carácter científico de esta disciplina jurídica, se basa en su práctica cotidiana, en su emanación, en su método, en los principios generales de su aplicación, su efectividad y su contenido en corrientes doctrinarias; por ello: *“Son los principios científicos los que hacen del derecho una construcción cuya verdad está por encima de cualquier diferencia social, encontramos un enorme problema. La contradicción en el terreno de la práctica jurídica no se resuelve por un camino de consenso científico, sino por una vía pontifical, dada cuando los grupos de elite -lo mismo económico que política- crean una narrativa con héroes y episodios fantásticos, epopeyas científicas y cívicas y seleccionan un determinado tipo de conocimiento para presentarlo como conocimiento oficial, creando así las principales ficciones morales de una época. De esta forma, este tipo de conocimiento suple las creencias de fe y se convierte en una nueva creencia, dando la apariencia de normalidad a la ley y a la autoridad que la representa y de anormalidad a lo y los que difieren de ella. El derecho y la autoridad que lo ejerce, se presentan al sentido común de la mayoría de la sociedad como algo dado, objetivo, deseable, natural, trascendente e incuestionable”*.<sup>58</sup> Considerar que el derecho indígena como una

56 Juan González-Anleo, Para Comprender la Sociología, Pág. 69

57 Víctor Ferriño. Pluralidad Jurídica en el Umbral del Siglo 119

58 Lilian Mendoza Cruz. Ob. Cit. Pág. 228

costumbre cotidiana hoy por hoy no es correcto; el derecho indígena tiene categoría científica, porque se basa en una metodología y principios propios, totalmente verificable por medio de la ciencia del derecho.

Es posible, desde la teoría general del Derecho y de la Antropología, establecer el estudio sistematizado de la Antropología Jurídica, disciplina que se encarga del estudio del conjunto de los sistemas de derecho indígena, que históricamente ha regulado las relaciones sociales de esos pueblos. En su ámbito más general, esta nueva disciplina –la Antropología Jurídica– se refiere al perfil del ser humano ante la norma jurídica, partiendo del criterio de diversidad cultural históricamente desarrollado por los pueblos, advirtiendo de esta manera la existencia de la diversidad de formas legales y extralegales que les regulan. En particular, las generalidades de la antropología jurídica que fundamentan al derecho indígena, derivan de la cultura de cada pueblo, en donde sobresalen el parentesco, la cosmovisión, el lenguaje y las relaciones de reciprocidad que se fincan en la tierra, son no sólo un simple medio de producción, sino un vínculo necesario para la reproducción global de la etnia.

El derecho indígena, si bien es múltiple, complejo e histórico, existe como un conjunto de sistemas de regulación jurídica que se diferencian de los sistemas hegemónicos del derecho. Las estructuras y el procedimiento en que se fincan los sistemas de derecho indígena, se sustentan como una normalización *ad hoc* a la racionalidad indígena por cuanto que es eficaz en su aplicación al ajustarse a los patrones culturales de cada etnia. Las nuevas definiciones del derecho positivo deberán advertir la necesidad del reconocimiento de los derechos indígenas, así como de sus órganos aplicadores de dichos sistemas de derechos. Siguiendo a Wener Krawietz, Carlos Durant Alcántara afirma: *“concebimos que en la teoría general del Derecho exista una nueva visión metodológica, epistemológica y paradigmática del mismo que, en buena medida, acude a una interpretación sociológica del Derecho y que surge como una crítica a la dogmática jurídica, cuyo fundamento es el de la comprensión de los fenómenos jurídicos a partir de la praxis jurídica. La discusión central de este ensayo se ubica en intentar explicar el significado peculiar que adquieren las relaciones jurídicas que se desarrollan en el medio indígena, y si a partir de esto es viable reconocer al derecho consuetudinario indio como un sistema legal. Una segunda fundamentación radica en ubicar la existencia de formaciones sociales en las que subyace un modelo pluralista de derecho. La construcción epistemológica de los sistemas de derecho indígena, forma parte de un conjunto de categorías más amplias como son, entre otras, la cosmovisión y la cultura de los pueblos indígenas, las que a su vez nos permiten reconocer la identidad grupal que subyace en cada uno de ellos”*.<sup>59</sup> El autor prosigue, en su línea sociológica explicando que *“al identificar al sistema de derecho indígena, es indispensable adecuarlo en el medio sociocultural en que*

.....  
59 Carlos h. Durant Alcántara. Ob. Cit. Pág. 2

se conoce y aplica”.<sup>60</sup> Por ende, la idea central del autor emerge dentro del contexto sociológico, por ello el derecho indígena es de tal importancia que *“Las investigaciones acerca de los sistemas normativos jurídico-indígenas –es decir, la aplicación integral del conjunto de reglas, principios, normas, acciones, procedimientos y órganos ejecutores- del derecho indígena, no han alcanzado su plena madurez”*.<sup>61</sup> Si el derecho indígena emerge dentro del seno de la sociología entonces es más que científico por un razonamiento elemental de sentido común, porque se demuestra con la práctica: *“El derecho maya no es un sistema extraño o exótico, sino es una forma dinámica y moderna de organización social en las comunidades indígenas, producto de la exclusión pero también de la particularidad cultural, de las personas que hacen uso del sistema”*<sup>62</sup> por ello el derecho indígena no es una mera actividad social ni una exótica y extraña forma de solucionar conflicto como se podría pensar fuera del contexto del derecho.

La antropología social también se convierte en fuente primordial del derecho; en ese sentido: *“El derecho maya desarrolla sus posibilidades como regulador de las relaciones sociales en un sistema de valores compartidos por toda o la mayor parte de los individuos y familias que integran la comunidad. Esos valores actúan a cada momento como indicadores del comportamiento grupal e individual y los cuales son reconocidos por la comunidad por medios diversos como las actitudes, comportamientos, las relaciones sociales, el ejemplo y otros: Dichos valores pueden ser, el servicio, el trabajo, la obediencia, el conocimiento de algunos elementos de otros sistemas culturales (conocer el castellano, la institucionalidad nacional, por ejemplo), el respeto, la inteligencia, etc.”*.<sup>63</sup> En ese sentido *“El derecho maya entonces, se basa, posee y desarrolla un contenido cultural particular. Por eso se puede decir que este es un sistema coherente y dinámico que involucra un ordenamiento normativo, una concepción cultural, instituciones, concepciones o definiciones prácticas no codificadas. Este Derecho es dinámico y está fuertemente involucrado en el contexto social, cultural y jurídico en el que se desarrolla, es decir, el Estado Guatemalteco. Como todo derecho abarca el señalamiento de acciones dañinas y los mecanismos de regulación de las faltas individuales, colectivas e institucionales”*.<sup>64</sup>

En realidad el derecho indígena, al igual que el derecho positivo, *“no es un solo cuerpo procesal, sino sustantivo, que se estructura a partir del reconocimiento del derecho del pueblo indígena a reproducirse y desarrollarse en cuanto tal; esto es, implica su derecho a contar con un territorio como base político-cultural de su existencia como pueblo, a tener acceso y control de uso y disfrute de los recursos naturales visibles e invisibles, a proteger y enriquecer su propio patrimonio cultural, a elegir sus propias autoridades y sistemas de gobierno, a decir sus formas*

60 Ídem. Pág. 2

61 Íbidem. Pág. 2

62 Edgar Esquit e Iván García. El Derecho Consuetudinario, la Reforma Judicial y la Implementación de los Acuerdos de Paz. Pág. 14

63 Ídem. Pág. 15

64 Íbidem. Pág. 15



*de convivencia y organización social, a contar con su religiosidad propia, a aplicar y desarrollar sus sistemas normativos, a preservar y enriquecer sus lenguas, saberes y tecnologías propias, y a promover un desarrollo que sea socialmente equitativo, ambientalmente sustentable y culturalmente sostenible*“.<sup>65</sup> Lo procedimental es algo inherente al derecho no importando la modalidad y la forma de su expresión.

Para Juan Pu, autoridad indígena dice: *“Cada caso es único, cada consecuencia también”. Se busca el arreglo voluntario, que incluya a toda la comunidad. (“Nosotros pensamos en los efectos, si tiene hijos, si sostiene a su mamá. Si va a la cárcel es contraproducente y nadie velará por su familia). Si no se resuelve por la vía voluntaria, el alcalde deberá buscar una solución que beneficie a las dos partes. Si no hay negociación, si no se logra acuerdo, la autoridad consulta a la comunidad e impone un castigo. (“Los ancianos son los más escuchados”).”*<sup>66</sup>

### III. AVANCES DEL DERECHO INDIGENA EN GUATEMALA

La legislación guatemalteca hoy ya cuenta con normativa relacionada al respeto y reconoce el derecho indígena, no obstante ésta no es suficiente para alcanzar la plena vigencia de los derechos de los pueblos indígenas; ejemplo de ello es que en la actualidad se encuentran algunas dificultades para que el sistema oficial reconozca la labor que realizan las autoridades indígenas en el desempeño de su propio ejercicio de justicia que diariamente realizan las autoridades indígenas en las comunidades; aún persiste la dificultad de que algunos juzgadores u operadores del derecho oficial niegan la existencia del derecho indígena, otros sí aceptan su existencia pero lo conciben como subordinado ante el sistema oficial, y otros simplemente lo desconocen o ignoran, al no valorar aquellas resoluciones emitidas por la autoridad indígena al momento de conocer casos ya resueltos por una autoridad indígena.

Estas son algunas de las limitaciones existentes en la realidad y práctica guatemalteca que no permiten que el derecho indígena cobre vigencia, a pesar de su reconocimiento legal y político en el país; es decir, que hay una resistencia para su aplicabilidad muy recurrente en los operadores de justicia, no obstante es sumamente importante mencionar que se han hecho múltiples esfuerzos para contrarrestar esas limitaciones, entre ellos, la responsable de impartir justicia; el Organismo Judicial entre algunas acciones adoptadas, implementó procesos de formación y capacitación a jueces y magistrados para el conocimiento de la legislación nacional e internacional que protege derechos de pueblos indígenas.

La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala, en abril de 2012 emitió la Circular 7-2012 dirigida a jueces, juezas, magistrados y magistrado de salas de compe-

65 Lilian Mendoza Cruz. Ob. Cit. Pág. 219

66 [www.plazapublica.org.gt](http://www.plazapublica.org.gt). Dos Justicias. Fecha de consulta 30 de marzo de 2014

tencia penal en toda la República, lo más trascendente es que en el apartado del asunto reconoce la existencia del derecho indígenas, e instruye a la observancia del sistema jurídico indígena en coordinación con el sistema jurídico oficial; a su vez se les recuerda la normativa relacionada a la materia:

- a. La Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales.
- b. La Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- c. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales de Países Independientes.
- d. La Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo y la Discriminación Racial, la Xenofobia y las formas Conexas de Intolerancia.
- e. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- f. Las reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad y
- g. Los Acuerdos de Paz especialmente el Acuerdo Global sobre Derechos Humanos y el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Circular 7-20012 regula que los tratados y convenios internacionales tienen carácter indivisible e integrales y conforme al Art. 46 de la Constitución Política de la República de Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno y que los jueces y magistrados deben de aplicarlo en los casos concretos en los que intervienen personas indígenas para garantizar acceso a la justicia, la tutela judicial efectiva, y promover la complementariedad y armonización del ordenamiento jurídico nacional integrado y el sistema jurídico oficial indígena.

Los jueces y magistrados deben respetar el derecho consuetudinario, usos y costumbres que identifican a cada grupo étnico de las comunidades mayas, como forma de resolución de conflictos. Es vinculante para el juez a la hora de emitir una resolución y fallo el mencionar los acuerdos, circulares convenios y tratados internacionales que regulan los principios y derechos de la comunidades indígenas; el numeral IV que ya reconoce la existencia del sistema jurídico tradicional de los pueblos mayas, como elemento esencial para la regulación social de la vida de las comunidades y el mantenimiento de su cohesión en la resolución de conflictos.

La circular impone la obligación a los jueces y magistrados de observar el compromiso asumido por Guatemala en relación al respeto de los convenios que garantizan la organización jurídica de los pueblos indígenas, el respeto al derecho consuetudinario que conlleva las costumbres basadas en sus altos valores morales y espirituales, así como aplicar

las normativas internacionales al momento de presentarse un conflicto en una comunidad indígena. Ambos documentos reconocen a las comunidades la libertad de actuar con el objeto de proteger su identidad cultural, de acuerdo a sus valores y costumbres.

En el ámbito de los compromisos adquiridos propiamente por el Organismo Judicial están las **100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en** condición de vulnerabilidad, documento que contiene los principios axiológicos de acceso a la justicia en condiciones de vulnerabilidad, como antecedente se puede citar que en mayo 2008 se celebró **XIV** Cumbre Judicial Iberoamericana, concretamente en la sección 2ª.- de las referidas reglas se menciona como documento dirigido a los Beneficiarios de las Reglas 4.- Pertenencia a comunidades: *“Las personas integrantes de las comunidades indígenas pueden encontrarse en condición de vulnerabilidad cuando ejercitan sus derechos ante el sistema de justicia estatal. Se promoverán las condiciones destinadas a posibilitar que las personas y los pueblos indígenas puedan ejercitar con plenitud tales derechos ante dicho sistema de justicia y sin discriminación alguna, pueda fundarse en su origen o identidad indígenas. Los poderes judiciales asegurarán que el trato que reciban por parte de los órganos de la administración de justicia estatal sea respetuoso con su dignidad, lengua y tradiciones culturales. Todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la Regla 48 sobre las formas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas, propiciando su armonización con el sistema de administración de justicia estatal”*.

Siempre el mismo documento se refiere en la Sección 6ª.- al derecho indígena como un sistema utilizado por los pueblos indígenas para la resolución de sus controversias. **Sistema de resolución de conflictos dentro de las Comunidades indígenas (48)** “Con fundamento en los instrumentos internacionales en la materia, resulta conveniente estimular las formas propias de justicia en la resolución de conflictos surgidos en el ámbito de la comunidad indígena, así como propiciar la armonización de los sistemas de administración de justicia estatal e indígena basados en el principio de respeto mutuo y de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

(49) “Además serán de aplicación las restantes medidas previstas en estas Reglas en aquellos supuestos de resolución de conflictos fuera de la comunidad indígena por parte del sistema de administración de justicia estatal, donde resulta asimismo conveniente abordar los temas relativos al peritaje cultural y al derecho a expresarse en el propio idioma”.

## IV. CASOS CONCRETOS EN LOS QUE SE RESPETO A EL DERECHO INDIGENA

### a. Casación Penal 01004-2012-01848

Motivo de fondo de la casación: Se fundamenta en el caso de procedencia consignado dentro del numeral 5 del Artículo 441, del Código Procesal Penal; errónea aplicación del Artículo 261 del Código Penal, en relación con los Artículos 5, 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT. Artículo 66 de la Constitución Política General de la República, artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos Indígenas, Artículo 1 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial e inobservancia del Artículo 483, numeral 1, del Código Penal.

Define claramente el derecho indígena como un sistema jurídico único en su dimensión cultural, social y espiritual. La sentencia de casación refleja la ponderación entre los dos sistemas jurídicos coexistentes en Guatemala, además de cumplir con no violentar el principio *"non bis in idem"* toda vez que ya se había juzgado una conducta en un juicio previo en el derecho indígena.

La Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia declaró el recurso procedente. La decisión comunal fue legal y legítima por haber sido adoptada en Asamblea General convocada para el efecto, y en la persona afectada por la decisión se encontraba presente, por lo cual, en ese momento, en ese procedimiento especial pudo defenderse.

### b. Casación Penal 01004-2012-01524

Motivo de fondo de la casación: Se fundamenta en el caso de procedencia establecido en el numeral 5 del Artículo 441, del Código Procesal Penal; errónea aplicación del Artículo 261 del Código Penal. Denuncia la violación del Artículo 66 de la Constitución Política General de la República.

En este caso una vez más se da preeminencia al acuerdo al que arribaron dos comunidades indígenas, con lo que se refleja que el juez y el magistrado no pueden obviar la normativa que protege la identidad cultural, ni el sistema jurídico indígena existe. Se casó la sentencia impugnada, modificándola en el sentido que los sindicatos fueron responsables únicamente por los delitos de amenazas y falta contra las personas, no así por el delito de extorsión, dejando sin efecto la pena de prisión y arresto que pudieren corresponder, pero lo más importante es que reconoce la validez de la transacción alcanzada entre las comunidades indígenas, el Estado de Guatemala reconoce que es un país multicultural, y que es obligatorio para los jueces conocer el derecho tradicional indígena maya, por lo que el Art. 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala reconoce el derecho del sistema jurídico tradicional maya en la cosmovisión de los pueblos que influye en formas de organización y costumbres de cada comunidad, por lo que al lograr sus fines de convi-

vencia multicultural y pluricultural es imprescindible la interpretación hermenéutica de la Constitución Política de Guatemala, así como del derecho estatal y el consuetudinario y la jurisprudencia. Y que la misma Constitución y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Guatemala, los pueblos indígenas tienen derecho a la no discriminación, al reconocimiento de su identidad cultural de acuerdo a sus valores, idioma y costumbres.

Que cuando hablamos de los pueblos indígenas hablamos de sujetos colectivos titulares de derechos fundamentales con un sistema de justicia propio de derecho y que el Estado reconoce las prácticas ancestrales de convivencia y vida armónica comunal; y de coordinar el desarrollo comunal y el derecho oficial con el derecho indígena, y que en la judicatura debe tomarse en cuenta la jurisprudencia de los fallos de cámara penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual incide en un proceso de formación doctrinaria y jurisprudencia en que se define el derecho indígena. Esto es únicamente en teoría porque la misma sentencia regula que hay falta de legislación específica en el sistema jurídico tradicional de los pueblos indígenas, por lo que existe un vacío legal que debe ser suplido en las resoluciones judiciales mediante el desarrollo de los principios vinculatorios establecidos en la Constitución y convenios y tratados internacionales. Y por consiguiente, al violentarse el derecho de los pueblos indígenas, la Corte de Constitucionalidad ha establecido en sus fallos que el derecho consuetudinario y los derechos de los pueblos indígenas deben de ser vinculantes a toda resolución y que los jueces y magistrados deben reconocer la regulación existente a estas comunidades. Asimismo la cámara penal establece que los jueces deben aplicar el derecho consuetudinario en sus resoluciones siempre y cuando no contraríen en la legislación se debe aplicarlo de acuerdo a los reglamentos, acuerdos y tratados que lo regulan. Por último, que dé conformidad con el Artículo 66 de la Constitución Política de la República de Guatemala.

## **V .PROPUESTAS DE POLITICAS PÚBLICAS RESPECTO AL TEMA**

Está en discusión en el Congreso de la República de Guatemala el Proyecto de Ley de Jurisdicción Indígena, sin embargo en el proceso de creación de ley es necesario la discusión en tercera lectura, hasta la presente fecha solamente ha sufrido una lectura y cuenta con el dictamen favorable de la Comisión de Pueblos Indígenas del Congreso.

## BIBLIOGRAFIA

- Díaz Roca, Rafael*, Teoría general del derecho, *Editorial Tecno España*, 1997
- Durand Alcántara, Carlos h. (Coordinador) Samano Rentería, Miguel Ángel (Coordinador) Gómez González, Gerardo (Coordinador) Echenique March, Felipe, Ishii, Yoichi, Kramer Bayer, Gabriela, Chacón Hernández, David Estrada, Rosa Isabel Avendaño de Durand, Camen Cordero Durand Alcanzar, José Antonio Pénate Valverde, Luz Rivera Alarcón, Eliana LíaSuárez de Paredes, Niria*, Hacia una fundamentación teórica de la costumbre jurídica india, *Editorial Plaza Valdez, México*, 2000
- Esquit, Edgar e Iván García*, El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los acuerdos de paz, *Editorial Serviprensa C.A. Guatemala*, 1998
- Russo, Eduardo Ángel*, Teoría general del derecho, *Editorial Abeledo-Perrot, Argentina*, 1974,
- Rodríguez Arias Bustamante, Lino*, Ciencia y filosofía del derecho, *Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires*, 1961
- Pound, Roscoe*, Las grandes tendencias del pensamiento jurídico, *Ediciones Ariel, Barcelona*, 1950
- González Anleo, Juan*, Para comprender la sociología, *Editorial Verbo Divino, Navarra, España*, 1994
- Habermas, Jurgen*, Más allá del estado nacional, *Editorial Trotta, S.A. Valladolid, España*, 1995.
- Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando*, La cuestión étnico nacional y derechos humanos: El Etnocidio, *Los Problemas de la Definición Conceptual, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México*, 1997
- Pérez Galaz, Juan de Dios*, Derecho y organización social de los mayas, *Editorial Diana, México*, 1983
- Villegas Lara, René Arturo*, Temas de introducción al estudio del derecho y de teoría general del derecho, *Editoriales Editores F y G, Tercera Edición, Guatemala*, 2002
- Quim, Juan Santiago*, *Hacia el Pluralismo Jurídico en Guatemala*, *Instituto de Estudios Comparados. Editorial, Piedra Santa. 2013*
- Urbano Salerno, Marcel*, Derecho civil profundizado, *Editorial Ciencia y Cultura, Buenos Aires, Argentina*, 1993
- Kelsen, Hans*, Teoría general del derecho y del estado, *Traducción de Eduardo García Máynez, Editorial Universidad Autónoma de México, México*, 1995

*Mendoza Cruz, Lilian, Antología sobre derechos indígenas en la procuración de justicia: retos y realidades, Procuraduría General de la República de México, Editorial Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C.V. México, 2006*

*Ferriño, Víctor. Pluralidad Jurídica en el Umbral del Siglo, Editorial FLACSO 2007*

## REVISTAS

*Rachel Sieder. Boletín Especial 30 aniversario del Colegio de Etnólogos y Antropólogos Sociales. El Nuevo Multiculturalismo en America latina: ¿Regulación o Emancipación? Pág. 33*

*Ochoa, Carlos Fredy. "Alcaldías Indígenas a diez años de su reconocimiento por el Estado" Pág. 22*

## LEGISLACIÓN NACIONAL

Constitución Política de la República de Guatemala, de la Asamblea Nacional Constituyente de 1985

Código Municipal, Decreto 12-2002 del Congreso de la República de Guatemala

Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas, firmado en la Ciudad de México, entre la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca y representantes del Gobierno de Guatemala el día 31 de marzo de 1995

Circular de Cámara Penal 7-2012 Corte Suprema de Justicia

## INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Sexagésimo Primer Periodo de Sesiones. Tema 68 del Programa Informe del Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General ONU, 2007

Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José

Declaración Universal de Derechos Humanos

Declaración de las Naciones Unidas Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial

Convenio del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo

100 Reglas de Brasilia

## SENTENCIA JUDICIALES

- a. Casación Penal 01004-2012-01848
- b. Casación Penal 01004-2012-01524

## OPINIÓN CONSULTIVA

*Corte de Constitucionalidad*

*Expediente No. 199-95 de fecha 18 de mayo de 1995*

## INTERNET

<http://www.ohchr.org.gt/documentos/publicaciones/Gu%C3%ADa%20convenio.pdf>.

<http://www.plazapublica.org.gt>



## EL PLURALISMO JURÍDICO EN MÉXICO. CONSIDERACIONES PARA LOGRAR LA INCLUSIÓN Y DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

**Marcos del Rosario Rodríguez<sup>67</sup>**

**D**urante el Estado-nación los pueblos indígenas padecieron de la discriminación y segregación, en buena medida porque sus derechos no se encontraban reconocidos y protegidos dentro de los marcos constitucionales. Aun cuando los Estados constitucionales en la actualidad proveen de medios de control y tutela, resultan insuficientes para garantizarlos de manera adecuada, de ahí que las políticas públicas sean un medio invaluable de eficacia para este tipo de derechos humanos. Sólo en la medida en que los derechos de los pueblos indígenas sean fortalecidos mediante programas públicos idóneos que contengan una visión de ciudadanía diferenciada, su vigencia y efectos podrán ser alcanzados de una forma óptima.

<sup>67</sup> Secretario de Tesis Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, y Miembro del Sistema Nacional de Investigador nivel 1, CONACYT.

## A. Visión general sobre situación jurídica de los pueblos indígenas

### I. Los pueblos indígenas y su tratamiento en el modelo de Estado-nación, y su evolución hacia el pluralismo jurídico

Los Estados que cuentan con una composición pluricultural sustentada en sus pueblos indígenas, como ocurre con varios países latinoamericanos, deben desarrollar un ordenamiento constitucional que no se limite al simple reconocimiento de usos y costumbres, ya que una inclusión formal si no está dotada de leyes que establezcan mecanismos de protección a los derechos de dichos grupos, y políticas públicas que propicien el desarrollo económico y social dentro de su ámbito cultural, no favorecerá la inserción de estos grupos étnicos en el ámbito estatal, alentando una segregación política y social.

De ahí que en sociedades pluriculturales se vuelva indispensable, el establecimiento y aplicación efectiva del principio de igualdad (diferenciada), convirtiéndose en el eje rector para el desarrollo sustentable de los pueblos indígenas, para que pueda solventar sus necesidades tomando en cuenta su cosmovisión, y de este forma se genere un trato realmente equitativo.

Siendo más preciso en este término, la ciudadanía puede convertirse en el instrumento que permita la convergencia de los valores multiculturales del Estado para que estos se desarrollen, siempre y cuando se reconozca que la igualdad jurídica que otorga la Constitución a todos los ciudadanos,<sup>68</sup> deba ser interpretada en contextos distintos.

Los derechos humanos de los pueblos indígenas poseen una dimensión colectiva, aunque los rasgos para su ejercicio y reconocimiento, deben advertir las diferencias culturales, étnicas y sociales que priman dentro de una comunidad determinada, esto con el fin de garantizar de forma efectiva tales derechos.

La anterior consideración no fue observada por el modelo de Estado-nación imperante hacia finales del Siglo XIX y buena parte del Siglo XX, ya que en su percepción, todos los individuos gozaban de una igualdad ante la ley de carácter uniforme, sin distinguir las realidades sociales, étnicas y culturales que pudieran existir.

Esta premisa hoy en día resulta insostenible frente a la exigencia de los pueblos indígenas a una mejor forma de vida, un acceso pleno a los servicios públicos, la implementación de políticas públicas que faciliten la inclusión de estos grupos respetando su cosmovisión, y de una tutela efectiva de sus usos y costumbres, así como el derecho de autodeterminación política.

68 El término "ciudadano" referido en el presente trabajo, es en términos constitucionales el equivalente "nacional" conforme al artículo 31 de la CPEUM, y no se relaciona limitativamente con la ciudadanía, entendida como la capacidad que tiene una persona de ejercer los derechos políticos- electorales.

Los derechos de los pueblos indígenas, de índole social y colectiva, requieren de un tratamiento distinto al de los derechos individuales, aun cuando ambos, sean derechos humanos, puesto que su naturaleza es diversa respecto al bien jurídico tutelado. En relación a esto, podemos afirmar que:

“(...) una sociedad que reconoce los derechos diferenciados en función del grupo, los miembros de determinados grupos se incorporan a la comunidad política no sólo en calidad de individuos, sino también a través del grupo, y sus derechos dependen, en parte, de su propia pertenencia al grupo”.<sup>69</sup>

Podemos definir a la ciudadanía diferenciada como: “la adopción de derechos poliétnicos, de representación o de autogobierno específicos en función del grupo (...)”<sup>70</sup>, que incluye también, toda la estructura jurídica para protegerlos y desarrollar una conciencia social sobre los mismos, que se extienda más allá de lo establecido por la ley constitucional, e influya en todo el ámbito social del Estado, en una plena integración pluricultural.

El reconocimiento de derechos diferenciados a estos grupos poliétnicos, en específico, de los pueblos indígenas, ha tenido como fin preponderante, el alcanzar una inclusión de éstos al Estado.

## **B. Status quo del pluralismo jurídico**

### **I. Aspectos a considerar**

Uno de los problemas que han prevalecido durante mucho tiempo, en torno a los pueblos indígenas, es que han sido excluidos de políticas públicas *ad hoc*, para garantizar un tratamiento diferenciado conforme a sus rasgos culturales y antropológicos, situación que ha generado entre otras cosas, limitaciones y obstáculos en el acceso a la justicia.

La noción de observar una justicia social cimentada en las realidades sociales, culturales y antropológicas, ha sido una exigencia constante de miles de minorías, que pretenden un trato diferenciado y equitativo, sin buscar con esto privilegios o inmunidades, sino simplemente un trato con base a su cosmovisión; pues como se mencionó, si no existe un reconocimiento de igualdad de todos los miembros del Estado sin advertir estos aspectos, es probable que se cometan actos de discriminación y segregación.

Los Estados-nación reconocieron derechos sociales desde una perspectiva uniforme, en armonía con el proyecto nacional, situación que provocó la reivindicación de diversos pueblos indígenas, los cuales exigían el reconocimiento de sus usos, costumbres e identidades, y así, no se vieran excluidos del acceso a los medios de administración de justicia.

<sup>69</sup> Will Kymlicka, *Ciudadanía Multicultural*, (Madrid: Paidós, 1996), 240.

<sup>70</sup> Ídem.

De igual forma, en el ámbito de los derechos individuales, al no considerar los rasgos culturales y étnicos de pertenencia de una persona, se cometió el error de tender a una homogenización en la administración de la justicia y protección de los derechos. De lo anterior, Kymlicka postula lo siguiente:

(...) el modo en que pueda considerarse al nacionalismo como promotor de los principios liberales de libertad individual puede estar menos claro. A fin de cuentas, el nacionalismo tiende a asumir que la identidad de las personas está inextricablemente unida a su nación y que la gente sólo puede llevar una vida de pleno sentido en el seno de su propia cultura nacional.<sup>71</sup>

## II. Los derechos diferenciados

En la actualidad, en todo Estado Constitucional de Derecho cuya composición se basa en un pluralismo jurídico, debe existir un marco constitucional que reconozca y distinga a los derechos sociales y los derechos de carácter individual, con el fin de tomar en cuenta las diferencias de los entes pluriculturales que puedan estar dentro de un Estado, los cuales, poseen condiciones antropológicas y sociales propias. Por ejemplo, los indígenas de la sierra lacandona, y los inmigrantes guatemaltecos en México, tienen una realidad social y cultural distinta, al igual que sus tradiciones, pero seguramente comparten la necesidad de una inclusión en el proyecto estatal, que posibilite su desarrollo sustentable sin mermar su idiosincrasia.

Es por eso que el objetivo de las constituciones diseñadas bajo una perspectiva del pluralismo jurídico es:

(...) garantizar una distribución de poder equitativa o “simétrica” (...) El poder en este contexto se define como “la capacidad de los agentes sociales, de los organismos y de las instituciones para mantener y transformar su entorno. Si las relaciones de poder son asimétricas, entonces se erosiona la autonomía individual. Como dice Held, “la producción y la distribución asimétrica de las oportunidades vitales limita y erosiona las posibilidades de participación política”... Y para garantizar que la autonomía se mantenga en cualquier sede de poder dada, impone un cierto número de condiciones: el acceso a cada sede de poder debe estar abierto, deben garantizarse en ellas las oportunidades y los resultados de cada estructura de poder no deberían estar sesgados a favor de ciertos grupos de interés.<sup>72</sup>

Una ciudadanía plural en el contexto político internacional actual, rebasa el principio en el que se fundó el concepto de ciudadanía primigenia, relacionada con el *ius sanguinis*, que

71 Will Kymlicka, *La Política Vernácula*, (Madrid: Paidós, 2003) 253.

72 *Ibidem*, p. 267

limitaba a un determinado sector de la población a participar democráticamente en la toma de decisiones políticas fundamentales de un Estado.

La ciudadanía en los modelos de Estado-nación fue un instrumento de consolidación para una identidad nacional, situación que en la actualidad resulta incompatible ante las miles de identidades nacionales existentes a lo largo del orbe.

En relación con lo anterior, se puede señalar que: “la identidad nacional, para efectos de la creación y reconocimiento de la ciudadanía, parece ser poco más que una ficción”<sup>73</sup>, que se desmorona en la realidad del Estado multinacional, que no puede concebir a la ciudadanía como un concepto de uniformidad, sino que debe establecerse en el marco de una igualdad de derechos, en una actuación permanente por reconocer las diferencias y converger con éstas, y construir modelos constitucionales pluriculturales adecuados a las circunstancias de cada país en los que habitan pueblos indígenas.

Forzosamente el concepto de ciudadanía integrado al de Estado-nación, ha sido superado por la composición plural de las sociedades, la globalización, y el proceso de constitucionalización de los derechos humanos. La ciudadanía que considera las diferencias y desigualdades, es una ciudadanía cimentada en el concepto de pluralismo jurídico.

Ahora bien, la eficacia de estas consideraciones depende de la oportuna intervención jurídica de los Estados, a través de legislaciones y políticas públicas equitativas y racionales, que tengan como objetivo prioritario, la inclusión de los pueblos indígenas con respeto a su cosmovisión, lo cual resulta esencial para alcanzar cohesión en los planes públicos de desarrollo sustentable, que deben dirigirse hacia una unidad de objetivos y metas de todo los individuos integrantes de la sociedad plural:

La idea de ciudadanía como presupuesto de los derechos se desmoronó al mismo tiempo; al menos, en el nivel jurídico. Esta idea resultaba contradictoria con el universalismo de los derechos tanto en el derecho interno como en el internacional. Si la subjetividad legal consiste en ser portador de derechos, y la ciudadanía implica que sólo pueden ejercerse derechos a través de la pertenencia a una determinada comunidad política, en el nuevo paradigma todo ser humano es de por sí sujeto del derecho internacional y, por lo tanto, es ciudadano no sólo de un Estado determinado, sino también de las comunidades internacionales, sean éstas regionales, como la Unión Europea, o de carácter global, como Naciones Unidas<sup>74</sup>.

73 Miguel Carbonell, *La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales* (México: Porrúa, 2001) 27

74 Luigi Ferrajoli, *Más allá de la soberanía y la ciudadanía* (México: Porrúa, 2005) 402

Para evitar un estado de segregación, exclusión y discriminación en los ámbitos económico, social y cultural, es necesario incorporar una dinámica de tratamiento de las diferencias y las desigualdades en los marcos jurídicos y en las políticas públicas de los pueblos indígenas, y de esta forma garantizar la igualdad diferenciada de la que hemos hablado, que deberá ser la constante a seguir de los Estados plurales en la actualidad.

Al respecto Luigi Ferrajoli advierte que:

Las “diferencias”, sin los rasgos específicos que individualizan, haciéndolas distintas a los demás, a las personas y que, en cuanto tales, son tuteladas por los derechos fundamentales. Las “desigualdades”, ya sean económicas o sociales, también según el mismo autor, son las disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de sus derechos patrimoniales, así como de sus posiciones de poder y sujeción. Las primeras conforman las distintas identidades, mientras que las segundas configuran las diversas esferas jurídicas.<sup>75</sup>

Si se reconocen constitucionalmente las diferencias de los pueblos indígenas o grupos étnicos que reclaman una identidad propia, y de igual manera, se establecen e impulsan políticas públicas que consideren las desigualdades en cuanto al rezago económico y discriminación social de dichos pueblos, los Estados propiciarán de mejor manera el desarrollo y respeto de los derechos a sus usos y costumbres.

De esta forma ya no se dará una desigualdad jurídica, puesto que los impedimentos de carácter cultural como la tradición, lengua, organización política y elección de autoridades, serán tomados como factores *prima facie* en el plano de administración de justicia, expedición de leyes y establecimiento de políticas públicas orientadas a la protección y potencialización de los derechos indígenas, dejando a un lado con esto, una protección genérica no incluyente.

Ferrajoli habla de cuatro modelos existentes entre el derecho y las diferencias, que son: 1) Indiferencia jurídica de las primeras, 2) diferenciación jurídica de las diferencias, 3) homologación jurídica de las diferencias e 4) igual valoración jurídica de las diferencias.<sup>76</sup>

En los modelos mencionados por Ferrajoli, se puede observar los diversos tratamientos que los Estados han dado a las diferencias culturales en su interior.

- El primer modelo obedece la homogenización de los individuos del Estado *hobbesiano*<sup>77</sup>, en el que no hay cabida para las diferencias, puesto que no se reconoce si quiera la posibilidad de que puedan existir, por lo que todo los elementos del

75 Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías. La ley de más débil (Madrid: Trotta, 1999) 82

76 *Ibidem* pp. 74-76

77 Ramón Alcoberro, Los temas centrales del pensamiento hobbesiano y la modernidad en Filosofía Política, <http://www.alcoberro.info/pdf/hobbes1.pdf>

Estado al formar una unidad, tiene que subordinarse en una sola característica a la potestad estatal.

- El segundo modelo describe aquellos marcos constitucionales que han reconocido algunos valores culturales existentes, pero han relegado a otros de la protección jurídica o posibilidad de un reconocimiento legal, situación que conlleva a una segmentación social de los grupos no valorados, entre ellos los pueblos indígenas, en la estructura estatal.
- El tercer modelo es muy común en los regímenes totalitarios, y describe que todos los integrantes del Estado, tienen los mismos derechos, un mismo tratamiento y exigibilidad, generando una igualdad jurídica que trae como resultado la desigualdad ante la ley de los diversos grupos culturales que exigen un tratamiento distinto conforme a su identidad.
- El modelo que se debe aplicar ante la realidad pluricultural que expresan algunos Estados, como los países latinoamericanos integrados por pueblos indígenas, es el cuarto modelo descrito por Ferrajoli, que es la “igual valoración jurídica de las diferencias”, en el que se da un cauce adecuado dentro del marco constitucional a las diferencias de las distintas identidades culturales, a través de un reconocimiento expreso de sus características y el otorgamiento de mecanismos que aseguran un acceso oportuno a los servicios públicos y al ejercicio de sus derechos políticos, en este caso, una igualdad de oportunidades respecto al resto de la población.

En palabras de Miguel Carbonell, respecto al último modelo de Ferrajoli, expresa que:

(...) se basa en el principio de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. De acuerdo con Ferrajoli, este modelo no ignora las diferencias sino que al asegurar la igualdad de todos en los derechos fundamentales, permite la afirmación y tutela de la propia identidad en virtud del reconocimiento del igual valor de todas las diferencias. Los derechos fundamentales los de libertad, pero también los sociales deberían permitir a cada persona y a cada grupo mantener y desarrollar su propia identidad, ya sea de forma individual o colectiva. Obviamente Ferrajoli asocia el éxito de este modelo a la posibilidad que existan garantías efectivas para hacer realidad los derechos.<sup>78</sup>

Es un hecho que sí reconoce constitucionalmente derechos diferenciados en un plano de igualdad, y se proporcionan mecanismos que aseguren su protección, la integración de los diversos grupos étnicos y culturales de un Estado se dará de una mejor forma, pues tendrán una identidad reconocida jurídicamente y un tratamiento de igualdad, evitando con ello la exclusión y segregación social.

78 Carbonell, La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales, 109

La eficacia de este planteamiento dependerá de los mecanismos jurídicos que se otorguen a los pueblos indígenas para hacer exigibles sus derechos, y así, puedan desarrollarse plenamente, ya que del ejercicio de los derechos sociales reconocidos, surgirán las bases para una inclusión plena.

Es un hecho que los derechos de los pueblos indígenas deben su eficacia a los medios de protección que poseen, determinando su exigibilidad y eficacia ante las instancias conducentes; esto significa que la existencia de un sistema de garantías eficiente, permite en buena medida su correcta aplicación y vinculación. Sólo de esta forma los derechos sociales de los pueblos indígenas a su autodeterminación, podrán ser funcionales, y no quedarse en un ámbito meramente programático.

### C. Fortalezas y debilidades

#### I. Políticas públicas impulsadas por el Estado mexicano en materia de pueblos indígenas

México es un Estado inminentemente pluricultural, conformado por 62 pueblos indígenas asentados en una quinta parte del territorio nacional. Conforme el último censo de 2010, alrededor de 15 millones de personas en el país son indígenas<sup>79</sup>.

La pluralidad queda de manifiesto en los 67 idiomas que se hablan en México. Dichos idiomas evidencian la variedad de cosmovisiones y realidades antropológicas de los distintos pueblos indígenas<sup>80</sup>.

A partir de la reforma constitucional al artículo 2º del año 2001, se reconocieron derechos diferenciados de los pueblos indígenas, quienes durante un largo tiempo, habían sido desprovistos de una protección expresa respecto al tratamiento diferenciado al que deben ser sujetos; puesto que las identidades culturales existentes, obligaban a dar un inclusión constitucional de esa manera, dejando atrás el tercer modelo descrito por Ferrajoli, esto es, pretender forzosamente aplicar una igualdad abstracta, sin observar las diferencias étnicas y culturales.

Desde el surgimiento del Estado mexicano, los pueblos indígenas fueron relegados del proyecto estatal, ya que nunca hubo un reconocimiento jurídico, ni se establecieron medios de protección efectivos para salvaguardar sus usos y costumbres.

Otra omisión producida durante ese lapso de tiempo, fue en lo referente al diseño y aplicación de políticas públicas promotoras de un desarrollo sustentable para las comunidades

79 Información obtenida en la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Consultada en: <http://www.cdi.gob.mx/index.php?Itemid=24comCached>

80 Información obtenida en la Comisión Nacional para el conocimiento y uso de la biodiversidad. Consultada en: [http://www.conabio.gob.mx/2ep/images/f/f2/2EP\\_maiz\\_lenguas\\_ind%C3%ADgenas.pdf](http://www.conabio.gob.mx/2ep/images/f/f2/2EP_maiz_lenguas_ind%C3%ADgenas.pdf)



indígenas. Lo anterior se dio en buena medida por el modelo político constitucional vigente en buena parte del Siglo XX, que buscó la integración uniforme de éstos en la construcción del Estado-nación mexicano.

Aun cuando el reconocimiento constitucional de un sistema alternativo de derecho, significó un avance considerable en la vigencia adecuada de las diferencias culturales de los pueblos indígenas en México, su tratamiento aún cuenta con ciertos déficits para alcanzar un estado óptimo.

Una muestra de lo anterior es la inexistencia de una legislación federal que reglamente de forma integral, lo establecido en el precepto constitucional referido, así como la falta de políticas públicas efectivas que impulsen el desarrollo de las comunidades indígenas, respetando sus identidades y buscando una unidad social para consolidar un proyecto común.

Las políticas públicas diseñadas e impulsadas por el Ejecutivo Federal hacia los pueblos indígenas, se sustenta en el artículo 2o. de la Constitución en su apartado B, el cual dispone que: *“la Federación, los Estados y los Municipios establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos”*. Todo ello, reconociendo el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, que se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional.

Si bien es cierto que el Gobierno mexicano ha venido impulsando políticas públicas orientadas a solventar los problemas más importantes que padecen los pueblos indígenas, estos resultan aún insuficientes, ya que la realidad de estos pueblos demuestra que la pobreza, la marginación, la falta de medios para propiciar el desarrollo sustentable, así como las deficiencias en el acceso a la justicia, siguen siendo factores imperantes en estas comunidades.

Actualmente el Gobierno de la República ha implementado dentro del Plan Nacional de Desarrollo (PND), correspondiente al periodo 2013- 2018, una serie de programas públicos tendientes a garantizar la inclusión y el desarrollo de las comunidades indígenas.

A continuación se expone las directrices que el Gobierno Federal ha establecido en materia de los pueblos indígenas, durante el periodo anteriormente referido:

- La visión que el Gobierno Federal tiene para el horizonte sexenal es que los pueblos y comunidades indígenas vivan en condiciones sociales y económicas dignas, dentro de un marco de igualdad e interculturalidad.

- El Gobierno de la República impulsa políticas públicas que respetan sus derechos y su identidad, que propician la participación y la autogestión de sus procesos de desarrollo. La política hacia el sector se caracteriza por promover la transversalidad y la integralidad de las propuestas y acciones de política pública.
- Particularmente, en el marco del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, la Meta Nacional 2, “México Incluyente”, engloba los objetivos y las acciones dirigidas a combatir la pobreza y la desigualdad. El objetivo es: hacer realidad un país donde se asegure el ejercicio efectivo de los derechos sociales, económicos y culturales.
- El Gobierno de la República se plantea impulsar una sociedad con equidad, cohesión social e igualdad de oportunidades. Esto es una política social de nueva generación, enfocada en alcanzar una sociedad de derechos ciudadanos y humanos plenos que contribuya a cerrar las brechas sociales. Esto implica hacer efectivo el ejercicio de los derechos sociales de todos los mexicanos, a través del acceso a: servicios básicos, agua potable, drenaje y saneamiento, electricidad, seguridad social, educación, alimentación y vivienda digna.
- Este objetivo es más relevante cuando se refiere a la población indígena, de ahí que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas tiene la responsabilidad de orientar eficazmente, las políticas, los programas y proyectos, del gobierno hacia la promoción del desarrollo integral y sustentable de los pueblos y comunidades indígenas.
- Existe un compromiso del Gobierno Federal para mejorar las condiciones de vida de la población indígena y combatir esta realidad de pobreza y marginación, a través de políticas y acciones públicas que les permitan a los Pueblos Indígenas tener acceso a mejores condiciones de educación, salud, vivienda, infraestructura básica e ingreso.
- De este modo, después de un ejercicio de consulta y validación de su Consejo Consultivo, la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas definió una estrategia de trabajo considerando cinco ejes estratégicos de atención:
  1. Derechos Indígenas y Acceso a la Justicia, impulsando la armonización legislativa, el apoyo legal a indígenas encarcelados o sujetos a algún tipo de proceso penal, agrario o administrativo.
  2. Desarrollo Social, a través del cual se dotará de más y mejor infraestructura básica a las comunidades y hogares indígenas, además de atender las necesidades de alimentación, salud, educación, vivienda e infraestructura básica.
  3. Desarrollo Económico, el cual considera la promoción de fuentes de ingreso monetario y no monetario para las comunidades y familias indígenas.

4. Participación de la sociedad indígena y coordinación intergubernamental, en la planeación y gestión del desarrollo de los pueblos indígenas.
5. Preservación y fomento de la cultura de los pueblos indígenas como patrimonio nacional y elemento articulador de los otros cuatro ejes de atención<sup>1</sup>.

Como se puede advertir, los ejes que el Gobierno Federal ha enunciado, buscan el desarrollo social de los grupos marginados, entre ellos los pueblos indígenas. El programa especial denominado “México incluyente”, al menos en el diseño, responde en ciertos aspectos a las exigencias de un Estado pluricultural, en donde la interculturalidad y el diálogo son elementos determinantes para alcanzar una sociedad de verdadera pluralidad:

(...) el gobierno federal subraya que: “La discriminación, intolerancia y exclusión social constituyen uno de los mayores desafíos para este gobierno. De ahí el imperativo de generar políticas públicas para la creación de una auténtica sociedad de derechos y de igualdad de oportunidades. (...) Asimismo, los esfuerzos dirigidos a atender las carencias de los pueblos indígenas deben ser concebidos desde la interculturalidad y el diálogo entre todos los pueblos originarios.”<sup>81</sup>

Se puede señalar que este programa especial, por mucho es uno de los más avanzados y más logrados en cuanto su diseño, ya que se construyó sobre objetivos claros y determinados, sustentado en nociones de pluralidad e interculturalidad. De igual manera, contempla muchos de los problemas principales que sufren las comunidades indígenas; sin embargo, la eficacia y cumplimiento de las políticas públicas es uno de los retos a lograr por parte del Gobierno Federal, así como por parte de las entidades federativas, sin dejar a un lado la relevancia de que los problemas torales en materia de pueblos indígenas, sean abordados de forma óptima, pues de lo contrario los distintos déficits en esta materia seguirán prevaleciendo.

## II. Principales problemas que no han sido resueltos, ni abordados en su caso por las políticas públicas estatales

Aun cuando estas políticas públicas cuentan con recursos financieros para su debida implementación, desafortunadamente los malos manejos por parte de las autoridades locales y federales, así como la deficiente cobertura en las distintas regiones del país, siguen siendo problemas que aún no cuentan con una solución integral.

Es necesario que las políticas públicas vigentes sean aplicadas para abatir las necesidades más imperantes en los diversos pueblos indígenas. A continuación se hará una breve

<sup>81</sup> Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2013-2018, Inequidad y discriminación, [en línea] Gobierno Federal, México. Consultada en: <http://pnd.gob.mx/>

semblanza de las problemáticas comunes en los pueblos indígenas de México.

La problemática que enfrentan los pueblos indígenas se puede plantear desde los ámbitos siguientes:

- **Derechos.** La población indígena padece una falta de cumplimiento de los Derechos Humanos plasmados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo cual agrava sus condiciones de marginación, pobreza y exclusión social.
- **Desarrollo Social.** La mayor parte de la población indígena no cuenta con el acceso a alimentación, salud, educación, vivienda digna y sus servicios de agua potable, drenaje y electrificación a los que tiene derecho todo/a mexicano/a.
- **Desarrollo Económico.** La pobreza y pobreza extrema que padecen familias y comunidades indígenas no se resuelve con el simple aprovisionamiento de bienes y servicios públicos, para garantizar la superación de la condición de pobreza se necesita que la población indígena tenga acceso a fuentes de ingreso permanentes vinculadas con trabajos productivos y éstos con el desarrollo de las capacidades y vocaciones productivas de la misma población y de sus regiones.
- **Organización y Participación de la Sociedad Indígena en el diseño y coordinación intergubernamental.** La capacidad de la organización y participación indígena no está suficientemente reconocida en el diseño de las políticas públicas. Esta situación no sólo es discriminatoria y excluyente sino que resta eficacia a la acción gubernamental.
- **Preservación y Fomento del Patrimonio Cultural.** La pérdida de la cultura indígena es pérdida de identidad y del patrimonio de la Nación. En este sentido, es necesario preservar y fomentar todas las expresiones culturales de los pueblos indígenas que hoy se ven amenazadas<sup>82</sup>.

Respecto a los derechos de los pueblos indígenas, existe una fuerte problemática respecto a su nulo ejercicio y cumplimiento, pese al establecimiento de políticas publicadas orientadas a la atención de la población indígena.

Los Derechos Sociales a la alimentación, a la salud, a la vivienda digna, a la educación y al trabajo por ejemplo, carecen de eficacia al no ser cumplidos. Tampoco existe una real vigencia de sus derechos a la no discriminación, al desarrollo, al acceso pleno a la justicia, a su participación política. Hoy incluso, en ocasiones, se vulnera su derecho a vivir y desarrollarse en paz y con seguridad<sup>83</sup>.

Otro tema central es la discriminación. La Encuesta Nacional sobre Discriminación en México 2010 (ENADIS), registró el panorama de discriminación que persiste en México

82 Ídem.

83 Ídem.

encontrando que ocho de cada diez mexicanos consideran que no han sido respetados sus derechos por motivo de sus costumbres o su cultura, por su acento al hablar, por su color de piel, por provenir de otro lugar, por su educación, por su religión o por su forma de vestir; mientras que siete de cada diez indicaron que fue por su condición de ser hombre/mujer, su edad, su apariencia física o por no tener dinero<sup>84</sup>.

La encuesta en cuestión indica que 44% de la población considera que no se respetan los derechos de los indígenas; 31% piensa que se respetan poco; mientras que 22% manifiesta que sí se respetan. Otro aspecto es la discriminación múltiple, sobre todo cuando se trata de mujeres de origen indígena que desde niñas son explotadas, discriminadas e incluso abusadas sexualmente. Otro ejemplo son las mujeres migrantes indígenas, quienes sufren largas jornadas laborales, la falta de seguro médico, el maltrato físico y el acoso sexual<sup>85</sup>.

Además de lo anterior, los rezagos y carencias en materia de salud, educación, alimentación, agua potable, drenaje, electrificación y vivienda también expresan el incumplimiento de los Derechos Humanos de la población indígena.

Como se mencionó en párrafos anteriores, existe una problemática que versa sobre el diseño del marco legal de los derechos de los pueblos indígenas. Lo anterior se desprende de la falta de una ley reglamentaria sobre la materia, así como la falta de leyes estatales que reconozcan y protejan estos derechos.

Lo anterior se agudiza, cuando se observa que algunas entidades federativas aún todavía no han previsto en sus marcos constitucionales la tutela de los derechos de los pueblos indígenas.

Los pueblos indígenas enfrentan serios obstáculos para acceder a la jurisdicción del Estado. Es evidente la existencia de prácticas de exclusión y discriminación en los ámbitos de la justicia penal, agraria, laboral, civil y mercantil, entre otros.

Un problema frecuente es que los indígenas cuando acuden a entablar una demanda, no se encuentren familiarizados (por desconocimiento) sobre cuáles son sus derechos, así como los pasos a seguir en un procedimiento determinado, lo que conlleva que muchas de sus pretensiones sean desestimadas.

Dentro de los factores que provocan esta situación, se puede mencionar la incapacidad para expresarse correctamente al momento de comparecer en un juicio, cuando son interrogados o notificados por autoridades administrativas o jurisdiccionales, sin el auxilio de traductores o intérpretes, o bien, contando con traductores habilitados por el juzgador y

84 Ídem.

85 Ídem.

éstos no estén lo suficientemente formados y capacitados para tutelar de forma adecuada los derechos de los pueblos indígenas.

Hoy en día el Poder Judicial Federal, los Tribunales Agrarios y las Juntas de Conciliación y Arbitraje no cuentan con mecanismos que les permitan identificar y sistematizar información en torno a los asuntos judiciales que, en las diferentes materias, afectan la esfera de derechos de los y las indígenas.

En general, las instituciones encargadas de procurar, impartir y administrar justicia, no cuentan con las capacidades institucionales necesarias para hacer efectivos los derechos de la población indígena. Ninguna instancia pública tiene la atribución legal expresa, ni las atribuciones para garantizar a los indígenas el ejercicio de su derecho a contar con traductor o intérprete en todas las etapas procesales de los juicios o procedimientos en que ellos sean parte<sup>86</sup>.

En cuanto hace al desarrollo social de los pueblos indígenas, estos se encuentran en condiciones graves de atraso y marginación social. El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social CONEVAL reporta que en 2012, del total de la población del país, 45.5%, esto es, 53.3 millones de personas se encuentra en situación de pobreza y 9.8% de los mexicanos padece pobreza extrema; en contraste, del total de la población indígena 72.3% se encuentra en pobreza, 8.2 millones de personas y 30.6% se encuentra en situación de pobreza extrema<sup>87</sup>.

La pobreza extrema en los municipios indígenas tuvo porcentajes mayores al 16%. De los 339 municipios que en el año 2010 tenían porcentajes de pobreza igual o mayor al 50%, 271 municipios eran municipios indígenas. Los municipios que en 2010 tuvieron el mayor porcentaje de población en pobreza se muestran en el cuadro siguiente, de los cuales, en ocho de ellos el 97% o más de su población es hablante de lengua indígena.

En materia de alimentación, de los 2,456 municipios del país, 128 concentran poco más del 50% de la población con esta carencia. En los municipios considerados indígenas se da el porcentaje más alto de este indicador: 78.4%, mientras que los municipios sin presencia indígena presentan el porcentaje más alto: 36.7%. En cuatro de cada diez hogares donde el jefe o jefa de familia o cónyuge hablan lengua indígena, se da la condición de inseguridad alimentaria moderada y severa. Esta situación es lo que explica la incidencia de las acciones de la Cruzada Nacional Contra el Hambre CNCH en 212 municipios indígenas del universo inicial de atención de la estrategia mencionada que es de 400 municipios del país<sup>88</sup>.

86 Ídem.

87 Ídem.

88 CONEVAL. Medición de la pobreza en México 2010, a escala municipal; SEDESOL (2013) Procedimiento de

No obstante que la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas promueve esquemas de participación y organización social para identificar necesidades específicas y esquemas de intervención gubernamental, lo cual en el Programa Nacional antes referido, se busca atenuar de forma importante, este grave problema, el cual va aparejado con la pobreza extrema.

El perfil epidemiológico de la población indígena tiene como rasgos principales una elevada mortalidad (infantil y general) y patrones de enfermedad y muerte donde predominan la desnutrición y las enfermedades infecciosas y parasitarias. De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Carga Global de Enfermedad (GBD por sus siglas en inglés), con que se clasifican las enfermedades y causas de muerte de la población indígena, comprende tres grandes grupos:

1. Enfermedades infecciosas, maternas, perinatales y los problemas derivados de la deficiencia de la nutrición;
2. Enfermedades no transmisibles; y
3. Accidentes y lesiones<sup>89</sup>.

La probabilidad de morir durante los primeros cinco años de vida es mayor en aquellas zonas que tienen población indígena (53 por cada mil nacidos vivos) que en aquellas que tienen menor cantidad de indígenas (25 por cada mil nacidos vivos); así, la tasa global de mortalidad infantil por cada mil nacidos vivos es de 22.86.

La Encuesta Nacional de Salud y Nutrición del año 2012 reportó que la diarrea sigue siendo una de las principales causas de muerte. Es en los estados de Guerrero, Oaxaca y Chiapas los que presentan un mayor número de decesos en niños menores de un año.

Aunque las coberturas de vacunación son adecuadas en estas poblaciones, los problemas carenciales y los relacionados con las malas condiciones de vida siguen cobrando víctimas desde temprana edad. El riesgo de morir por diarrea, desnutrición o anemia, por ejemplo, es tres veces mayor en niños/as indígenas que el de una niña o niño de la población general.

La Secretaría de Salud reporta una alta incidencia en enfermedades digestivas, otras lesiones de causa externa, enfermedades del sistema genitourinario, enfermedades infecciosas respiratorias y parasitarias, enfermedades del sistema circulatorio, y cardiovascular, las cuales afectan en mayor medida a las personas que viven en situación de pobreza.

.....  
selección de los 400 municipios prioritarios de la Cruzada Nacional contra el Hambre. Consultada en: [http://www.coneval.gob.mx/Informes/Evaluacion/Cruzada%20contra%20el%20Hambre/DIAGNOSTICO\\_DEL\\_DISENO\\_CNCH\\_PRIMER\\_INFORME\\_SEPT\\_2013.pdf](http://www.coneval.gob.mx/Informes/Evaluacion/Cruzada%20contra%20el%20Hambre/DIAGNOSTICO_DEL_DISENO_CNCH_PRIMER_INFORME_SEPT_2013.pdf)

89 Ídem.

Como se ha mencionado, la mortalidad infantil entre la población indígena es un grave problema, el cual se asocia a la marginación y la pobreza, falta de atención adecuada, desnutrición de la madre, mayor vulnerabilidad frente a enfermedades infecciosas y, de acuerdo a la información cualitativa captada en el trabajo de campo, a la dispersión de la población (comunidades con 50 habitantes) en las zonas serranas, donde se ubica la mayoría de la población indígena lo que dificulta el acceso a los servicios públicos disponibles en localidades con mayor número de habitantes.

En la población indígena se observan como constantes, un bajo nivel escolar, altos niveles de deserción escolar y bajo rendimiento académico. Al respecto, las modalidades educativas como primaria general, educación bilingüe y bilingüe intercultural no han podido reducir de manera significativa las brechas entre la población indígena y la no indígena, sobre todo al medir las tasas de continuidad educativa y rendimiento escolar. Los bajos niveles de escolaridad inciden de forma directa, bajos niveles de ingreso y se relacionan con precarias condiciones de salud<sup>90</sup>.

En lo que se refiere al desarrollo económico, la problemática identificada tiene que ver con aspectos relativos a la explotación sustentable de los recursos naturales y al apoyo para el fomento de múltiples actividades productivas, agropecuarias y de ecoturismo. Además de cuestiones relacionadas con la demanda de apoyos a la comercialización a través de acciones, como la creación de programas de apoyo para la consecución de mercados nacionales e internacionales, con el financiamiento específico para esta actividad.

Sin duda el reto más importante en esta materia, es el desarrollo de opciones productivas que se traduzcan en el incremento y permanencia de las fuentes de ingreso de la población indígena. Superar el rezago social implica no sólo las acciones en materia de desarrollo social, sino garantizar la autosuficiencia económica y desarrollo sustentable de las comunidades y familias indígenas a través de la generación de fuentes de ingreso monetario y no monetario<sup>91</sup>.

Los programas productivos vigentes en las políticas públicas, si bien se diseñan para el cumplimiento de un objetivo específico, acaban por estar condicionados a la demanda de grupos de interés específicos, los cuales cuentan con mayores capacidades y experiencia que los grupos que más requieren los apoyos, por lo que concentran la mayor parte de los apoyos<sup>92</sup>.

Por otra parte, los programas no generan por sí solos una base productiva estable que garantice la permanencia de las fuentes de ingreso creadas, existe duplicidad de funciones

90 Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2013-2018, Inequidad y discriminación, [en línea] Gobierno Federal, México. Consultada en: <http://pnd.gob.mx/>

91 Ídem.

92 Ídem.



y apoyos de los programas, así como falta de integralidad y sinergia de la oferta gubernamental y de un padrón único de beneficiarios. Las Reglas de Operación de los programas, muchas veces acaban por limitar la concurrencia de acciones y, por lo tanto, la complementariedad de acciones gubernamentales que podrían potenciar las capacidades productivas de los beneficiarios, así como los resultados de los programas.

Los programas sociales que apoyan el ámbito productivo no son evaluados en la modalidad de impacto, sino solamente en su diseño y desempeño. Los proyectos sociales con orientación productiva enfrentan problemas en sus tres etapas: Gestión, producción y comercialización.

Representantes indígenas en espacios públicos como el Consejo Consultivo de la CDI, así como en procesos más amplios de consulta, han planteado la necesidad de apoyos y espacios para que sus comunidades realicen ejercicios de planeación y ordenamiento territorial, como base para avanzar en su desarrollo local y regional conforme a su cosmovisión e identidad, las acciones estratégicas en orden de prioridad, y que asuma la actitud para gestionar, participar en la ejecución y dar seguimiento a dichas acciones.

No obstante, son insuficientes los mecanismos para la coordinación intergubernamental en los diferentes órdenes de gobierno para el acompañamiento de los procesos de planeación participativa de las comunidades indígenas. Esto es, se requiere una mejor articulación entre la demanda de las comunidades indígenas y la oferta pública de bienes y servicios.

Para ello se deben impulsar esquemas de integración de la organización y participación social con la planeación y definición de acciones de las instituciones gubernamentales. Asimismo, es necesario mejorar los procesos para llevar a cabo el seguimiento y la evaluación de las políticas públicas en la materia.

### **III. La irrigación del concepto de ciudadanía diferenciada dentro de las políticas públicas**

Estos problemas que han persistido de forma prolongada, no han sido abatidos, aun cuando existen hoy en día políticas públicas especializadas en la temática de los pueblos indígenas. En buena medida esto se debe a la inexistente concepción de una ciudadanía diferenciada, aun cuando pueda estar prevista desde la Constitución, ha faltado una irrigación oportuna y eficaz por parte de las autoridades federales y locales.

La ciudadanía diferenciada se basa en el ejercicio de los derechos de autodeterminación de los pueblos indígenas reconocidos constitucionalmente, los cuales, para que sean realmente eficaces, si no son provistos de instrumentos que garanticen su exigibilidad como

ya se señaló, es imposible que los Estados pluriculturales puedan ser incluyentes, propiciando muy posiblemente, una mayor segregación y discriminación de dichos pueblos.

De ahí la necesidad de que se elabore cuanto antes, una ley reglamentaria del artículo 2º constitucional, ya que si bien existen leyes orientadas al desarrollo sustentable y organismos encargados de su consecución, la omisión legislativa en dicha materia merma sensiblemente la vigencia de los derechos de los pueblos indígenas. De igual forma, es importante que las entidades que aún no han regulado legislativamente los usos y costumbres de los pueblos indígenas lo hagan a la mayor brevedad posible, ya que sólo así se podrá solventar el déficit existente de dichos derechos.

De igual forma, es necesario un reforzamiento en las políticas de inclusión social, que posibilite un desarrollo sustentable de las comunidades indígenas, sin riesgo a una asimilación o afectación a su visión antropológica.

#### **D. Propuestas de políticas públicas respecto al tema**

Los derechos diferenciados dentro de un Estado, proyectados y potenciados en políticas públicas especializadas, permiten que los pueblos indígenas reivindiquen sus pretensiones, que sean incorporados en el proceso de desarrollo económico y social, tomando en cuenta su entorno y realidad antropológica.

La protección y reconocimiento de los pueblos indígenas desde una perspectiva diferenciada, permite a los Estados tener un mayor margen de legitimidad democrática en sus actuaciones, ya que la inclusión de los pueblos indígenas en políticas públicas orientadas a garantizar el acceso efectivo a los servicios públicos, y a los medios de administración de justicia, conlleva como resultado un mejor entendimiento de las identidades culturales y antropológicas de cada una de las comunidades, lo cual es determinante para alcanzar una verdadero estado de interdependencia cultural<sup>93</sup>.

En tal sentido, *Will Kymlicka* propone tres tipos de derechos diferenciados relacionados con las comunidades étnicas y culturales inmersos en Estados pluriculturales, cuya protección evita la posibilidad de que no sean asimilados, ignorados o segregados por ser minorías, y de esta forma no limitar su desarrollo, ni vulnerar sus derechos:

- Los derechos especiales de representación para un grupo determinado dentro de las instituciones políticas del conjunto de la sociedad, hacen menos probable que una minoría nacional o étnica sea ignorada en decisiones que afectan globalmente el país.

93 Daniel Oliva Martínez y Diego Blázquez Martín, Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007), 210-235

- Los derechos de autogobierno confieren poderes a unidades políticas más pequeñas, de manera que una minoría nacional no puede ser desestimada o sobrestimada por la mayoría en decisiones que son de particular importancia para su cultura, como las cuestiones de educación, inmigración, desarrollo de recursos, lengua y derecho familiar.
- Los derechos poli étnicos protegen prácticas religiosas y culturales específicas, que no podrían estar adecuadamente apoyadas mediante el mercado (por ejemplo, subvencionando programas que fomenten las lenguas y artes de los grupos), o que están en desventaja (muchas veces inintencionalmente) en la legislación vigente; por ejemplo, las exenciones a la legislación de cierre dominical o pautas indumentarias que entran en conflicto con creencias religiosas.<sup>94</sup>

Los derechos diferenciados deben ser tutelados adecuadamente para conseguir su fin, y evitar que los pueblos indígenas se vean afectados o limitados en cuanto a sus libertades. Sin duda alguna, el gran reto del pluralismo jurídico en la actualidad es saber determinar cómo instruir mecanismos de protección adecuados, y diseñar políticas públicas óptimas, que tiendan a garantizar una integración social, respetando las cosmovisiones y realidades antropológicas, a través de un diálogo intercultural y plural verdadero.

Una vez que los Estados reconocen la existencia del pluralismo jurídico, identificando las características antropológicas de los pueblos indígenas, se debe establecer instrumentos de inclusión social.

Durante muchos años los Estados-nación trataron de permear hacia la sociedad, una visión de identidad uniforme, teniendo como objetivo la asimilación de los pueblos indígenas al proyecto estatal. Algunos sistemas políticos buscaron la integración de los pueblos indígenas sin reconocer y respetar sus usos y costumbres, vulnerando con ello su derecho a la autodeterminación.

Es por ello que la inclusión social debe tener como fin, la unidad de todos los sectores de la sociedad, estableciendo vínculos entre el Estado y los ciudadanos, teniendo como base factores de interés en común, así como el desarrollo individual y colectivo de todos, tomando en cuenta –como se ha advertido- las diferencias culturales y antropológicas de cada sector.

Como se advirtió, estos vínculos se podrán ir construyendo a través de políticas públicas de inclusión, que motiven la identificación al modelo estatal por parte de los pueblos indígenas existentes, ya que de no ser así, aun cuando se diseñe un marco legal de protección, en el que se respeten las identidades culturales, el Estado estará propenso a una

94 Kymlicka, Ciudadanía multicultural, 61

desintegración y segregación social, por carecer de una verdadera inclusión basada en la pluralidad étnica y cultural.

Los valores compartidos es una teoría que se ha pretendido instalar sin mucho éxito en diversos países pluriculturales. Su objetivo es establecer criterios o patrones aparentemente comunes entre todos los miembros del Estado, y con esto, asegurar que existirá una sola voluntad para resolver las necesidades y alcanzar los ideales comunes, tal y como la afirma Rawls: *“aunque una sociedad bien ordenada es diversa y pluralista (...) el acuerdo público en cuestiones de justicia política y social mantienen los lazos de amistad pública y asegura los vínculos de asociación”*<sup>95</sup>.

Pero el concepto valores en común no es sinónimo de unión, es más bien un acuerdo en el delineamiento de criterios para el beneficio común, pero no conlleva en si un sentimiento de identidad:

Si el enfoque de los valores compartidos fuese correcto, durante ese período hubiésemos presenciado una disminución al apoyo a la secesión de Quebec, pero en realidad el sentimiento nacionalista ha experimentado de un notable ascenso. Una vez más podemos comprobar que el hecho de que los anglófonos y los francófonos canadienses compartan los mismos principios de justicia no es una razón poderosa para mantener la unidad, puesto que los quebequenses consideran, acertadamente, que su propio Estado nacional podría respetar los mismos principios.<sup>96</sup>

Los intereses compartidos no parecen ser el medio idóneo de unificación. La inclusión social en un mismo proyecto debe ir más allá, tiene que establecer una identidad que agrupe a todas las existentes, que bajo ninguna consideración tiene que homogenizar sus caracteres como lo hizo el Estado-nación en las políticas de construcción nacional.

En países en los que su composición se basa en una diversidad cultural y étnica, la unión de sus integrantes se da por medio de una identidad compartida, esto significa que: *“Las personas deciden con quién quieren compartir un país preguntándose con quiénes se identifiquen y hacia quienes profesan un sentimiento de solidaridad”*.<sup>97</sup>

Las constituciones que reconocen el pluralismo jurídico, deben incorporar aspectos que influyan en una inclusión de todos los integrantes del Estado, sin recurrir a modelos nacionales ortodoxos, sino flexibles en cuanto al respeto de las identidades culturales, incluyéndolas en un proyecto que sientan como propio. El patriotismo emanado del respeto a la Constitución de un Estado, además de tener una estructura pluricultural, dependerá de otros elementos:

95 John Rawls, *El constructivismo Kantiano en la Teoría moral*, (México: Oxford, 1980) 540

96 Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, 256

97 *Ibidem* p. 257.

Este tipo de amor a la patria es un amor esencialmente político que nace, en primer lugar, del buen gobierno y de la participación activa de los ciudadanos. Para seguir vivo y desarrollarse, necesita historias compartidas y una cultura inspirada en los principios de la república; pero sobre todo necesita justicia, no homogeneidad cultural, religiosa o étnica. Si queremos reforzar el sentido de responsabilidad civil que necesita la democracia, debemos trabajar para hacer de la nuestra una república más justa y para estimular la participación en la vida política sin tratar de estimular la unidad cultural o, peor aún, étnica o religiosa.<sup>98</sup>

En algunos países, la implementación de medidas que consoliden los valores compartidos y la identidad compartida resulta algo complejo, puesto que cada pueblo indígena posee rasgos antropológicos propios y diversos, lo cual puede conllevar en sistemas de pluralismo jurídico, pugnas y confrontaciones emanadas de conflictos religiosos, sociales, políticos o territoriales, lo que dificulta en buena medida, el proceso de inclusión social.

Will Kymlicka sugiere tomar la propuesta hecha por Charles Taylor, que consiste en la construcción de la unidad de los Estados multinacionales y multiétnicos a través de una figura llamada “diversidad profunda”, la cual como su nombre lo dice, consta de basar un modelo constitucional y social en relación a las diferencias existentes, y crear lazos de unión entre estas:

En los países que son poli étnicos y multinacionales a la vez, los grupos culturales no sólo son diversos, sino que tienen imágenes diversas del país en su conjunto. La gente no sólo pertenece a comunidades políticas separadas, sino que pertenece a ellas de diversas maneras. Esto significa que los miembros de un Estado poli étnico y multinacional no sólo deben respetar la diversidad, sino que también deben respetar los diversos enfoques sobre la diversidad. En palabras de Taylor, un inmigrante puede considerarse “portador de derechos individuales en un mosaico cultural”, pero sin embargo deberá aceptar que un portorriqueño, un navajo o un quebequés “puedan pertenecer al país de una forma muy distinta... a través de su pertenencia a sus comunidades nacionales”. Y, recíprocamente, los portorriqueños, navajos y quebequeses “deberán aceptar la perfecta legitimidad del mosaico de identidades”. Este tipo de “diversidad profunda” es la única forma a partir de la cual se puede construir un Estado poli étnico y multicultural unido.<sup>99</sup>

Esta propuesta, logra integrar todos los elementos que pueden conllevar a la unidad social en los sistemas que poseen un pluralismo jurídico. La diversidad profunda que se da en la mayoría de los países latinoamericanos, debido a la composición multiétnica, apela no

98 Mauricio Viroli, *Cosmopolitas o Patriotas* (México: Fondo de Cultura Económica, 1997) 22

99 Kymlicka, *Ciudadanía multicultural*, 260.

sólo al reconocimiento de dicha diversidad, sino que implica el entendimiento de sus cosmovisiones, bajo parámetros antropológicos equitativos y a su vez, de universalidad, para que de esta forma, la coexistencia de los grupos nacionales y étnicos no esté delimitada por la tolerancia, sino por la inclusión.

Con base en lo anterior, se proponen los siguientes ejes temáticos para que sean abordados mediante políticas públicas:

- Diseño y elaboración de programas de desarrollo sustentable, tomando en consideración los rasgos geográficos y naturales del entorno, para que los pueblos indígenas puedan reactivar las fuentes de producción económica que pudieran haberse visto afectadas por diversas cuestiones, entre ellas las políticas de asimilación del Estado; o bien, en su caso, introducir nuevas actividades que sean compatibles con los usos y costumbres de la comunidad, así como con el medio ambiente, y de esta manera se pueda garantizar su derecho al desarrollo sustentable, y con ello, su autodeterminación económica.
- Elaboración y materialización de programas *ad hoc* para cada pueblo indígena, en lo relativo a la satisfacción de los bienes básicos que garanticen su supervivencia y desarrollo, dotando de servicios públicos de calidad, los cuales son medios condicionantes para la salvaguarda y vigencia de diversos derechos humanos, tales como: el derecho y acceso a la salud, al agua, etc. El rezago que existe en esta materia es evidente, pues cientos de pueblos indígenas que habitan regiones montañosas de las entidades federativas de Guerrero, Oaxaca, Chiapas, Jalisco, Durango, Nayarit y Chihuahua, no cuentan con suministro de luz eléctrica, agua potable y centros de salud. De ahí la importancia que en el presupuesto de egresos de la Federación, así como de los estados, se prevean y se apliquen los recursos públicos suficientes para solventar tales necesidades.
- Un aspecto fundamental para construir una inclusión social idónea de los pueblos indígenas, es mediante la edificación de un sistema que garantice el derecho de acceso a la justicia. De ahí la importancia del establecimiento de políticas

## E. Conclusiones

La armonización cultural permite a los Estados compuestos por un pluralismo étnico, que exista un funcionamiento interno eficaz, así como la construcción de una conciencia de identidad compartida, sostenida por el conocimiento de todas las diferencias, que conlleven la identificación de las grandes coincidencias políticas, sociales y económicas.

Lo anterior implica la conformación de estructuras estatales plurales, en las que no exista una determinación cultural, religiosa y social a seguir, sino que confluyan libremente

los diversos entes culturales en un marco constitucional adaptado a dicha pluralidad. De forma paralela se deberá desarrollar un proyecto estatal de desarrollo individual y colectivo, bajo los parámetros de constitucionalidad internacional, que garantice de forma adecuada la coexistencia de las distintas realidades étnicas y culturales en sistemas de pluralismo jurídico.

La construcción de consensos en la toma de decisiones, el diseño de marcos jurídicos *ad hoc*, así como de políticas públicas plurales de inclusión y respeto a la identidad y cosmovisión de los pueblos indígenas, equilibrando y armonizando los intereses en común para integrarlos a un proyecto compartido, puede darse con la generación de una conciencia plural, protegiendo la voluntad de los pueblos indígenas hacia una autodeterminación en consecución del interés común de los sistemas con pluralismo jurídico.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alcoberro, Ramón, Los temas centrales del pensamiento hobbesiano y la modernidad en Filosofía Política, <http://www.alcoberro.info/pdf/hobbes1.pdf>
- Carbonell, Miguel, La Constitución en serio. Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales, México: Porrúa, 2001
- Ferrajoli, Luigi, Más allá de la soberanía y la ciudadanía, México, Porrúa, 2005
- Ferrajoli, Luigi, Derechos y Garantías. La ley de más débil, Madrid, Trotta, 1999
- Kymlicka, Will, Ciudadanía Multicultural, Madrid: Paidós, 1996
- Kymlicka, La Política Vernácula, Madrid: Paidós, 2003
- Oliva Martínez, Daniel y Blázquez Martín, Diego, Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural, Valencia: Tirant lo Blanch, 2007
- Rawls, John, El constructivismo Kantiano en la Teoría moral, México: Oxford, 1980
- Violi, Mauricio, Cosmopolitas o Patriotas, México: Fondo de Cultura Económica, 1997

## PÁGINAS OFICIALES CONSULTADAS

- CONEVAL. Medición de la pobreza en México 2010, a escala municipal; SEDESOL (2013) Procedimiento de selección de los 400 municipios prioritarios de la Cruzada Nacional contra el Hambre. Consultada en: [http://www.coneval.gob.mx/Informes/Evaluacion/Cruzada%20contra%20el%20Hambre/DIAGNOSTICO\\_DEL\\_DISENO\\_CNCH\\_PRIMER\\_INFORME\\_SEPT\\_2013.pdf](http://www.coneval.gob.mx/Informes/Evaluacion/Cruzada%20contra%20el%20Hambre/DIAGNOSTICO_DEL_DISENO_CNCH_PRIMER_INFORME_SEPT_2013.pdf)
- Comisión Nacional para el conocimiento y uso de la biodiversidad. Consultada en: [http://www.conabio.gob.mx/2ep/images/f/f2/2EP\\_maiz\\_lenguas\\_ind%C3%ADgenas.pdf](http://www.conabio.gob.mx/2ep/images/f/f2/2EP_maiz_lenguas_ind%C3%ADgenas.pdf)
- Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas. Consultada en: <http://www.cdi.gob.mx/index.php?Itemid=24comCached>
- Plan Nacional de Desarrollo (PND) 2013-2018, *Inequidad y discriminación*, [en línea] Gobierno Federal, México. Consultada en: <http://pnd.gob.mx/>
- Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014-2018. Consultada en: [http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3233](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=3233)
- Programa Especial de los Pueblos Indígenas 2014-2018. Consultada en: [http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=3233](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=3233)



## LA JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA EN EL PERU<sup>100</sup>

**Mirva Aranda Escalante**

### I. Los pueblos indígenas en el Perú:

**E**l Perú se encuentra entre los países de la Región Andina con mayor índice de población indígena en su territorio. De acuerdo a las estadísticas, y dependiendo del criterio utilizado para su elaboración, el porcentaje de la población indígena fluctuaría entre 4, 1 millones<sup>101</sup> y 12, 5 millones<sup>102</sup> de personas, es decir, entre el 16% y 48% de la población total del país. Mientras el porcentaje menor se

100 Con información de: "El Reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena en el Perú". Comisión Andina de Juristas y Fundación Konrad Adenauer. Lima, 2013.

101 De acuerdo a la Propuesta de Mapa Etnolingüístico elaborado por el INDEPA en el año 2010. Este mapa se basa en el Censo Nacional del año 2007. Disponible en: [http://www.principal.indepa.gob.pe/galerias/mapas/mapa\\_etnolingüistico\\_2010.jpg](http://www.principal.indepa.gob.pe/galerias/mapas/mapa_etnolingüistico_2010.jpg).

102 Información del Banco Mundial 2005 citado por UNIFEM, UNICEF y OACNUDH ¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas? 2008. Pp. 35.

obtiene de considerar la lengua materna indígena del entrevistado, el porcentaje mayor parte de considerar la pertenencia a un hogar donde el jefe de familia o cónyuge tienen como lengua materna un idioma indígena<sup>103</sup>.

Según datos estadísticos del Censo Nacional del 2007 cuatro millones de peruanos aprendieron a hablar una lengua indígena: 3.261.750 son quechua hablantes; 434.370 aymara hablantes y 223.194 hablan lenguas amazónicas. Por otro lado, el 28% de la población se auto-identifica como perteneciente a un pueblo indígena, mientras 2% de peruanos se auto-identifica como afrodescendiente.

De acuerdo con la Base de Datos Oficial de los Pueblos Indígenas u Originarios del Ministerio de Cultura, que se encuentra en constante actualización, a la fecha se ha registrado en esta base (52) pueblos indígenas, de los cuales cuarenta y ocho (48) pertenecen a la Amazonía y cuatro (4) a la zona andina<sup>104</sup>.

En cuanto al ejercicio de derechos, se mantiene una importante brecha entre la población indígena y no indígena. Por ejemplo, al 2007 el 65% de la población indígena no había terminado la escuela (20 puntos porcentuales más que la población hispanohablante); 1 de cada 5 indígenas era analfabeto/a, mientras solo 1 de cada 10 hispanohablantes lo era. Además, el 26,8% de las viviendas particulares presentan abastecimiento inadecuado de agua en el año 2007. En los indígenas, este déficit es 11 puntos porcentuales más alto.

La situación de pobreza es mayor entre la población indígena. Según estudios de Thorp, Paredes y Figueroa (2010), y Trivelli (2005) la pobreza tiene una incidencia mayor en aproximadamente 20 puntos porcentuales en la población indígena que en la mestiza<sup>105</sup>.

Respecto a los pueblos indígenas, en los últimos años en el Perú se han producido avances en torno al desarrollo de legislación que reconoce sus derechos. Tal como señala un estudio del Banco Interamericano del Desarrollo, el Perú se encontraba en el tercer lugar entre los países con legislación indígena en América Latina en el siglo XXI<sup>106</sup>. Estos avances se han centrado básicamente en los temas de consulta previa, justicia indígena e institucionalidad.

Sin embargo, debido a los niveles de exclusión en los que vive la población indígena y el profundo racismo que aún predomina en la sociedad peruana, producto de diversos factores históricos y culturales, estos avances legislativos y las políticas públicas que han empezado a desarrollarse y aplicarse, aún no son suficientes.

103 *Ibíd.*

104 La base de datos está disponible en la página web del Ministerio de Cultura: [www.cultura.gob.pe](http://www.cultura.gob.pe)

105 Estudios citados por Paredes, Maritza. Informe final de consultoría del Proyecto: "Promoción de Políticas Públicas para reducir la exclusión y discriminación hacia los Pueblos Indígenas de la Región San Martín" ejecutado por la Comisión Andina de Juristas, Ministerio de Cultura y Oxfam. Documento de trabajo.

106 Meentzen, Angela. Políticas Políticas para los pueblos Indígenas en América Latina. P 133.

No basta con otorgar un reconocimiento constitucional o legal a una realidad preexistente, si es que esto no va acompañado de reales y sustanciales reformas internas que involucren la construcción de nuevas relaciones sociales entre la población indígena y el resto de la sociedad nacional, basadas en el respeto a la diversidad y al ejercicio del derecho a la participación plena y efectiva de los pobladores indígenas; es decir, su inserción como ciudadanos. Se requiere algo más que una simple modificación legal para cambiar de manera tan radical una sociedad donde se tiende a conceptualizar a los pueblos indígenas como sociedades atrasadas a las cuales no les ha llegado la modernidad y el desarrollo<sup>107</sup>.

### Marco Jurídico vigente:

El Estado peruano no tiene una legislación específica para los derechos de los pueblos indígenas, pero existen diversas normas que se refieren a las diversas formas jurídicas en las que se encuentran organizados. A continuación se presentan las categorías utilizadas por el derecho interno peruano<sup>108</sup>:

**Cuadro 1: Categorías jurídicas internas del Perú para referirse a los sujetos indígenas**

CATEGORÍA	FUENTE
<b>Comunidades nativas</b>	Constitución Política del Perú Art. 89
	Constitución Política del Perú. Art. 149
	Decreto Ley N° 22175. Art. 8
	Ley N° 27811. Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Art. 2°
<b>Comunidades campesinas</b>	Constitución Política del Perú. Art. 89
	Constitución Política del Perú. Art. 149
	Ley N° 24656. Ley General de Comunidades Campesinas. Art. 2.
	Ley N° 27811. Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Art. 2°

107 Informe final de investigación del Proyecto “Fortalecimiento de Capacidades de los Funcionarios Públicos para la implementación de los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Documento de trabajo. 2011..

108 El cuadro es elaborado en base a: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. 2009, p. 3, YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Principios mínimos no negociables para la aplicación de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. 2011. Diapositiva 12 a 14; COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. *Derechos de los pueblos indígenas: módulo de capacitación*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2011, p. 36 y SALMÓN GARATE, Elizabeth (coord.) La Consulta previa, libre e informada en el Perú: La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Lima: IDEHPUCP. 2012, pp. 83-90.

<b>Pueblos originarios</b>	Constitución Política del Perú. Art. 191
	Ley N° 27811. Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Art. 2°
<b>Rondas campesinas</b>	Constitución Política del Perú. Art. 149
	Ley N° 27908. Ley de Rondas Campesinas. Art. 1
<b>Pueblos en aislamiento voluntario</b>	Ley N° 28736. Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. Art. 2.- Definiciones
	Ley N° 27811. Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos. Art. 2.
<b>Pueblos en contacto inicial</b>	Ley N° 28736. Ley para la protección de pueblos indígenas u originarios en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial. Art. 2.

Aquellos sujetos colectivos que no se encuentran bajo las categorías jurídicas internas utilizadas por el Perú serán titulares de derechos indígenas en la medida que cumplan con los criterios de identificación establecidos en el art. 1.1.b) del Convenio N° 169 de la OIT<sup>109</sup>.

- **Constitución Política Peruana de 1993<sup>110</sup>**

La actual Constitución Política peruana de 1993 reconoce una serie de derechos que, si bien son individuales en su literalidad, se tornan también en colectivos al ser atribuibles a los miembros de una entidad colectiva determinada. En primer lugar, cabe mencionar el derecho que abarca el conjunto de rasgos distintivos y particularidades (materiales, espirituales, afectivos) que caracterizan a un grupo social determinado, derecho marco a partir del cual se desarrollan una serie de derechos vinculados: el derecho a la identidad cultural. La Constitución establece en el artículo 2, inciso 19 que:

“[Toda persona tiene derecho] A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación. Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”.

Este reconocimiento constitucional se especifica y desarrolla en los artículos 17, 48, 89, 149 de la Carta. Por un lado, el artículo 17 estipula que:

109 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Principios mínimos no negociables para la aplicación de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. 2011. Diapositiva número 15.

110 Informe final de investigación del Proyecto “Fortalecimiento de Capacidades de los Funcionarios Públicos para la implementación de los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Documento de trabajo. 2011.

“[El Estado] fomenta la educación bilingüe e intercultural, según las características de cada zona. Preserva las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas del país” .

Respecto al reconocimiento de la validez de la pluralidad lingüística en el país, el artículo 48 de la Constitución Política del Perú de 1993 reconoce que:

“Son idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quechua, el aymara y las demás lenguas aborígenes, según la ley” .

De la misma manera, el artículo 89 señala que:

“Las comunidades campesinas y las Nativas tienen existencia 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 [...] El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas” .

Asimismo, el artículo 149 de la Constitución de 1993 estipula que:

“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”.

- **Leyes secundarias sobre pueblos indígenas<sup>111</sup>**

A diferencia de otros países (como Venezuela), el Perú no cuenta con una normativa diferenciada sobre pueblos indígenas, comunidades campesinas y nativas. Nuevamente, este dato ilustra claramente que el tema indígena en el Perú no es abordado desde una perspectiva integral, a través de una ley que comprenda todos los aspectos y temas relacionados con las poblaciones indígenas (territorio, educación, salud, mecanismo de consulta, lengua, entre otros). Lo que existe en el Perú es legislación secundaria de carácter sectorial que aborda de forma tangencial los derechos de pueblos y comunidades indígenas. Entre las leyes más significativas se tienen las siguientes:

- Ley de Consulta Previa, Ley 29785
- Ley General de Comunidades Campesinas, Ley N° 24656
- Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva, Decreto-Ley N° 22175

111 Informe final de investigación del Proyecto “Fortalecimiento de Capacidades de los Funcionarios Públicos para la implementación de los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Documento de trabajo. 2011.

- Ley de Rondas Campesinas, Ley N° 27908
- Ley para la Educación Bilingüe Intercultural, Ley N° 27818
- Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, Ley N° 26821
- Ley sobre la conservación y aprovechamiento sostenible de la diversidad biológica, Ley N° 26839
- Ley que establece el régimen de protección de los conocimientos colectivos de los pueblos indígenas vinculados a los recursos biológicos, Ley N° 27811
- Ley General del Medio Ambiente, Ley N° 28611

## II.- La Jurisdicción Especial Indígena en el Perú

Como hemos mencionado, la Constitución Política del Perú en su Artículo 149 reconoce la existencia de la jurisdicción especial indígena. El reconocimiento de dicha jurisdicción especial, junto con las jurisdicciones arbitral y militar, constituye una excepción al principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdicción del Poder Judicial contemplada en los artículos 138 y 139 de la Constitución Política del Perú:

**“Artículo 138°.** La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se **ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos** con arreglo a la Constitución y a las leyes. (...)” [Resaltado nuestro]

**“Artículo 139°.** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

### 1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

No **existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente**, con excepción de la militar y la arbitral.

No hay proceso judicial por comisión o delegación. (...)” [Resaltado nuestro]

Sobre este reconocimiento, el constitucionalista Marcial Rubio señala:

“La función jurisdiccional será ejercitada de conformidad con el derecho consuetudinario. Quiere esto decir que aplicarán las costumbres del lugar (en lo que no hay problema porque la teoría del Derecho ha reconocido tradicionalmente que la costumbre jurídica puede tener un ámbito territorial de vigencia determinado). Podrán aplicar todo tipo de costumbre: las que llenan los vacíos de la ley y las que secundan a la ley porque son llamadas por ella (que siempre pueden ser aplicadas en el Derecho), pero también las que van contra la ley (tradicionalmente prohibidas en nuestro Derecho), y que son precisamente aquéllas para las que sirve esta autorización.”<sup>112</sup>

112 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad

Por su parte, Wilfredo Ardito añade que:

“[e]l artículo 149 de la Constitución rompe así con el monopolio que el Estado tenía sobre el ejercicio de la violencia legítima, esto es la facultad de llevar a cabo actos que puedan violentar los derechos de una persona (privándola de su libertad, por ejemplo) por una justificación legal.”<sup>113</sup>

Sobre estas potestades que abarcan la jurisdicción especial indígena, Raquel Yrigoyen indica lo siguiente:

“La Jurisdicción Especial (JE), como sistema de resolución de conflictos indígena/comunal que actúa de acuerdo a su propio derecho y marco cultural, tiene las facultades y competencia que los pueblos y comunidades implicados quieran otorgarle. El reconocimiento legal (vía la Constitución y el Convenio 169) de la JE tiene como objeto evitar la colisión que ocurría entre el derecho estatal y los derechos indígenas/comunales. Por lo tanto, desde una mirada externa, el reconocimiento de la JE, incluye mínimamente las potestades que tiene cualquier jurisdicción: Notio, Iudicium, Imperium o coercio. Esto es, la potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (Notio); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (Iudicium), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (Coercio o Imperium).”<sup>114</sup>

## 2.1 Sujeto titular que tiene la potestad de administrar justicia

A nivel interno, la Constitución Política del Perú en el art. 149 indica lo siguiente:

**“Artículo 149°.** Las **autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, (...)** [Resaltado nuestro]

Así, la Constitución reconoce a las autoridades de las comunidades campesinas y nativas como las titulares de las funciones jurisdiccionales.

.....  
Católica del Perú, Tomo V, 1999, p. 200

113 COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Lineamientos para una agenda pública en Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 27. El autor cita a YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador). En: Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Año 4, número 4, 1999, pp. 129-140.

114 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal, 2003, pp. 8. Disponible en: [www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm](http://www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm)

En el caso de las rondas campesinas<sup>115</sup>, una interpretación literal del artículo 149 llevó a pensar que no tenían la potestad de administrar justicia, sino que sus funciones eran solamente de apoyo a las comunidades campesinas y nativas. De acuerdo a Raquel Yrigoyen, “por la redacción del artículo 149 (“con apoyo de”) se producen problemas interpretativos sobre el alcance de las atribuciones de las RC [rondas campesinas]. La ambigüedad en la redacción del texto y la falta de una interpretación progresiva y sistemática ha generado la desprotección de las RC [rondas campesinas]”<sup>116</sup>. Frente a ello, la Corte Suprema de Justicia del Perú realizó una interpretación progresiva del art. 149 de la Constitución en su jurisprudencia<sup>117</sup>, tanto en la sentencia de la Sala Penal Transitoria en el Exp. N° 975-04, San Martín (9 de junio de 2004)<sup>118</sup>, como en el Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009, reconociendo que las rondas campesinas pueden ejercer funciones jurisdiccionales de acuerdo a su propio derecho. Es decir, no deben ser reducidas a funciones de apoyo.

El Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 1-2009/CJ-116 sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal en su párrafo 8 indica lo siguiente:

“8°. En la medida que la propia Constitución afirma el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas y el Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación, así como que el Convenio ratifica el derecho de los pueblos históricos a conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas, siendo el criterio fundamental la conciencia de su identidad

115 Véase sobre las rondas campesinas y la administración de justicia *inter alia*: ARANDA ESCALANTE, Mirva. Las rondas campesinas en las provincias Altas del Cusco. Consorcio Justicia Viva, diciembre 2003 y GITLITZ, John S. Administrando justicia al margen del Estado: Las rondas campesinas de Cajamarca. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2013.

116 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal, 2003, p. 8. Disponible en: [www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm](http://www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm). Asimismo, véase: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Lineamientos para una agenda pública en Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung, 2011, pp. 27-29.

117 Raquel Yrigoyen Fajardo la califica como *jurisprudencia pluralista*. Véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hacia una jurisprudencia pluralista. En: Revista Anuario de Derecho Penal 2006. Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Suiza, 2007, pp. 377-415.

118 Para un análisis profundo de dicha sentencia véase: Raquel Yrigoyen Fajardo. Op. Cit. Asimismo, de acuerdo a Juan Carlos Ruiz Molleda, las siguientes sentencias de la Corte Suprema que en su mayoría versan sobre casos de rondas campesinas también nos brindan una interpretación del art. 149 de la Constitución: (i) Piura, Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad N° 4382-97, 09/03/97, (ii) Huaraz, Sala Penal Permanente, N° 4160-96, 07/11/97, (iii) Piura, Sala Penal Permanente, Exp. N° 5622-97, 11/05/98, (iv) Cajamarca, Sala Penal Transitoria N° 4086-2001, 03/09/02, (v) San Martín, Sala Penal Transitoria, Exp. N° 975-04, 09/06/04, (vi) Cusco, Segunda Sala Penal Transitoria, Exp. N° 764-2004, 16/02/05, (vii) Cusco, Segunda Sala Penal Transitoria, Exp. N° 1523-2004, 01/03/05, (viii) Cajamarca, Sala Penal Transitoria N° 3473-04, 04/05/05, (ix) Cajamarca, Sala Penal Transitoria, Exp. N° 3285-2005, 16/11/05, (x) Piura, Sala Penal Permanente, Exp. N° 3746-2005, 07/12/05, (xi) Cajamarca, Sala Penal Permanente, Exp. N° 2174-2005, 26/04/06, (xii) Puno, Sala Penal Transitoria, Exp. N° 752-2006, 17/05/06, (xiii) Amazonas, Sala Penal Permanente, Exp. N° 1836-2006, 04/07/06 y (xiv) Amazonas Sala Penal Permanente, Exp. N° 625-2008, 21/04/08. Tales sentencias son identificadas en: RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ¿Cometen delito de secuestro los pueblos indígenas cuando detienen a trabajadores de empresas que ingresan a su territorio sin permiso? Lima: Instituto de Defensa Legal, 2012, pp- 4-6. Disponible en: [http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc\\_trabajo/doc13062013-204236.pdf](http://www.justiciaviva.org.pe/webpanel/doc_trabajo/doc13062013-204236.pdf)



(artículo 1°), entonces, atendiendo a que las Rondas Campesinas –según se tiene expuesto- son la expresión de una autoridad comunal y de sus valores culturales de las poblaciones donde actúan, será del caso entender –en vía de integración- que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, cuyo reconocimiento efectivo, desde luego, estará condicionado al cumplimiento de un conjunto de elementos que luego se precisarán. No hacerlo importaría un trato discriminatorio incompatible con el derecho constitucional a la igualdad y a la no discriminación [JUAN CARLOS RUIZ MOLLEDA: ¿Por qué deben reconocerse facultades jurisdiccionales a las Rondas Campesinas?, IDL, Lima, mayo 2008, páginas 24-25].

Si el fundamento del artículo 149° de la Constitución es que los pueblos con una tradición e identidad propias en sede rural resuelvan sus conflictos con arreglo a sus propias normas e instituciones –el artículo 8°.2 del Convenio fija como pauta que dichos pueblos tienen derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias-, es obvio que al ser las Rondas Campesinas parte de ese conglomerado social y cultural, actúan en un espacio geográfico predeterminado y lo hacen conforme al derecho consuetudinario –cuya identificación y definición previa es tarea central del juez-, deben tener, como correlato, funciones jurisdiccionales en lo que le es privativo [Conforme: DEFENSORÍA DEL PUEBLO: El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas, Lima, octubre, 2004, páginas 23/28]. Las Comunidades Campesinas y Nativas, en suma, no son los únicos titulares del derecho a la identidad cultural y del derecho consuetudinario.

Es cierto que el artículo 1° de la Ley número 27908 –en igual sentido el Reglamento de esa Ley (Decreto Supremo número 25-2003-JUS, del 30.12.2003)- ratifica las funciones de seguridad de las Rondas Campesinas dentro de su ámbito territorial y precisa que estas últimas apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, y colaboran con la solución de conflictos. Sin embargo, en vía de integración y según los parámetros constitucionales ya abordados, ha de entenderse que las funciones referidas al control del orden y a la impartición de justicia son ínsitas a las Rondas Campesinas tanto si éstas se originan en el seno de las citadas Comunidades y son expresión de ellas en la medida que sus normas internas lo autoricen, cuanto si surgen en aquellos espacios geográficos rurales en los que no existe Comunidades Campesinas, puesto que, como el propio artículo 1° preceptúa, son formas autónomas y democráticas de organización comunal. Cabe resaltar que en muchos casos las funciones jurisdiccionales en cuestión se dan no solo como un intento de reivindicar y afirmar sus propias esferas, sino que vienen propiciadas por la ausencia o casi nula existencia de presencia estatal.”<sup>119</sup>

119 Corte Suprema de Justicia del Perú. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. 13 de noviembre de 2009, párr. 8.

## 2.2 Competencias de la jurisdicción especial indígena

A continuación presentamos un análisis de las competencias que el derecho internacional y el derecho constitucional le reconocen a la jurisdicción especial indígena:

- a) **Competencia territorial.** Los pueblos indígenas tienen competencia sobre los hechos, casos o conflictos que se presentan en los límites de su territorio.

El Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no establecen expresamente un límite a la competencia territorial de la jurisdicción especial indígena.

El derecho internacional reconoce que el territorio es el espacio geográfico que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera (Convenio N° 169 de la OIT. Art. 13. 2). Por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que los pueblos indígenas aplican su propio derecho en su territorio. Así, el uso y ocupación de su territorio de acuerdo al propio derecho de los pueblos indígenas, obliga al Estado a reconocerles la propiedad de ese territorio<sup>120</sup>.

El artículo 149 de la Constitución reconoce como único límite expreso el ámbito territorial de los pueblos.

- b) **Competencia material.** Los pueblos indígenas pueden conocer todas las materias sobre la base de su propio derecho.

El Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no establecen expresamente un límite a la competencia material de la jurisdicción especial indígena. El art. 9.2 del Convenio N° 169 de la OIT solo precisa que los Estados deben de respetar los métodos de los pueblos indígenas para la represión de delitos cometidos entre sus miembros, mas no limita la materia a solamente temas penales.

El artículo 149 de la Constitución Política del Perú no establece de manera expresa ningún límite en cuanto a la competencia material de la jurisdicción especial indígena<sup>121</sup>.

120 Véase *inter alia*: CIDH (2010) Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 de diciembre de 2009

121 Véase *inter alia*: YRIGROYEN FAJARDO, Raquel. Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal, 2003. Disponible en: [www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm](http://www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm); COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Lineamientos para una agenda pública en Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p 30 y 32 y CÓNDOR CHUQUIRUNA, Eddie (coord.) ARANDA, Mirva y WIENER, Leonidas. Manual Informativo para pueblos indígenas. La justicia indígena en los países andinos. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009, pp. 68

- c) **Competencia personal.** Los pueblos indígenas tienen competencia sobre todas las personas en los límites de su territorio.

El Convenio N° 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas no establecen expresamente un límite a la competencia personal de la jurisdicción especial indígena. El art. 9.2 del Convenio N° 169 de la OIT solo precisa que los Estados deben de respetar los métodos de los pueblos indígenas para la represión de delitos cometidos entre sus miembros, mas no limita la competencia personal a los miembros del pueblo.

El artículo 149 de la Constitución Política del Perú no establece ningún límite en cuanto a la competencia personal de la jurisdicción especial indígena<sup>122</sup>.

- d) **Sobre la aplicación extraterritorial de la jurisdicción especial indígena.**

Raquel Yrigoyen afirma que las personas tienen derecho a ser sometidas al sistema jurídico de cuyos supuestos culturales participan<sup>123</sup>. Ella indica que de acuerdo al art. 9.2 del Convenio N° 169 de la OIT, los pueblos indígenas tienen derecho a aplicar sus propios métodos para la persecución de delitos cometidos por sus miembros<sup>124</sup>. En palabras de Raquel Yrigoyen:

“De una parte ello establece el derecho de los miembros del pueblo indígena ante el Estado de ser juzgados por sus propios métodos y no por el derecho estatal. Este derecho podría significar que la jurisdicción especial tenga una aplicación extra-territorial para poder encargarse de los miembros de pueblos indígenas que tuviesen conflictos aún fuera de su territorio, siempre que sea de interés de la jurisdicción especial intervenir y no afecte intereses de terceros no indígenas (salvo que éstos acepten someter el caso a la jurisdicción especial)”<sup>125</sup>

- e) **Desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema del Perú.**

En la sentencia de la Sala Penal Transitoria en el Exp. N° 975-04, San Martín (9 de junio de 2004), la Corte Suprema del Perú reconoció que, en virtud del artículo 149 de la Constitución del Perú, las rondas campesinas tenían jurisdicción

122 Véase *inter alia*: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal, 2003. Disponible en: [www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm](http://www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm); COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Lineamientos para una agenda pública en Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p 30 y 32, y CÓNDOR CHUQUIRUNA, Eddie (coord.) ARANDA, Mirva y WIENER, Leonidas. Manual Informativo para pueblos indígenas. La justicia indígena en los países andinos. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2009, pp. 68

123 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal, 2003, p. 11. Disponible en: [www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm](http://www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm).

124 *Ibidem*

125 *Ibidem*

para determinar la responsabilidad de cualquier persona que cometa un hecho delictivo de acuerdo al derecho consuetudinario aplicable dentro del ámbito territorial de las rondas campesinas. Asimismo, en dicha sentencia también se reconoce que las rondas campesinas son competentes para ver cualquier tipo de materia delictiva, sea leve o grave. En el caso de la sentencia, por ejemplo, la Corte Suprema consideró que las rondas campesinas eran competentes para juzgar a cuatro personas que cometieron violación sexual, robo y homicidio en el ámbito territorial de las rondas campesinas<sup>126</sup>. El mismo fundamento desarrollado por la Corte Suprema en dicha sentencia resulta aplicable a las comunidades campesinas y nativas.

#### **f) Límites de la jurisdicción especial indígena**

El Convenio N° 169 de la OIT en su artículo 8. 2 indica que 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 derechos humanos internacionalmente reconocidos. La Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas en su artículo 34 indica que los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos. El artículo 149 de la Constitución Política del Perú señala que el límite de la jurisdicción especial indígena son los derechos fundamentales de la persona.

En esta línea, Raquel Yrigoyen sustenta que el concepto de derechos humanos no debe ser definido por una sola cultura, por lo que es necesario que se produzca un diálogo intercultural en el que sean definidos e interpretados. En palabras de Raquel Yrigoyen:

“Teniendo en cuenta que el Estado reconoce constitucionalmente el carácter pluricultural de la Nación con el correspondiente derecho a la diversidad cultural (Art. 2,19) y, además, el pluralismo legal (Art. 149) con el correspondiente derecho a la jurisdicción especial, la definición e interpretación de los derechos humanos no puede quedar en manos de una sola orientación cultural ni un solo aparato institucional, sin peligro de violentar el derecho a la diversidad y el reconocimiento del pluralismo. Los derechos humanos deben ser definidos e interpretados con

126 Véase: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hacia una jurisprudencia pluralista. En: Revista Anuario de Derecho Penal 2006. Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Suiza, 2007

base en el diálogo intercultural.”<sup>127</sup>

**g) Sobre el mandato jurídico de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria**

El mandato general de coordinación se encuentra en el art. 2.1 del Convenio N° 169 de la OIT cuando indica que 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. El art. 149 de la Constitución Política del Perú señala que se deberá coordinar entre la jurisdicción especial indígena y la jurisdicción ordinaria en todos sus niveles, y no limitándose a la Justicia de Paz. Así, establece un mandato de coordinación entre las jurisdicciones de los pueblos indígenas y el Estado. Con ello, la Constitución reconoce que las dos jurisdicciones se encuentran al mismo nivel, tienen el mismo valor, y ninguna debe subordinarse a la otra.

Asimismo, el art. 149 de la Constitución demanda la existencia de una ley de coordinación que regule posibles conflictos de competencia, conflictos sobre derechos humanos, entre otros<sup>128</sup>. Sin embargo, la ausencia de una ley de coordinación no es obstáculo para desarrollar espacios o acuerdos de coordinación entre ambas jurisdicciones. En ausencia de dicha ley, los funcionarios del sector justicia están en la obligación de coordinar con las comunidades y rondas, sea, por ejemplo, a través de acuerdos de coordinación concretos o en casos concretos de conflicto, siempre respetando los estándares internacionales y constitucionales en la materia<sup>129</sup>.

A finales del 2011, el Poder Judicial remitió al Congreso una propuesta de ley de coordinación denominada “Proyecto de ley de coordinación intercultural de la Justicia”. El proyecto fue el resultado del trabajo de la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz del Poder Judicial. Dicha Comisión tuvo como uno de sus objetivos promover una propuesta de iniciativa legislativa, desde el Poder Judicial, que viabilice la coordinación y la interacción de los sistemas de justicia que coexisten en el Perú<sup>130</sup>.

127 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel. Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal, 2003, p. 12. Disponible en: [www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm](http://www.alertanet.org/ryf-alpanchis.htm). Asimismo, véase: TUBINO, Fidel. Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en: <http://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/090713.pdf>.

128 Mayor referencia en: COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Lineamientos para una agenda pública en Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung, 2011,

129 Como ejemplo de experiencias exitosas de coordinación véase. CONDOR CHUQUIRUNA, Eddie (coordinador): Mirva Aranda Escalante; Leonidas Wiener. Experiencias de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos en la Región Andina. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010

130 Poder Judicial del Perú. Iniciativa Legislativa: Proyecto de ley de coordinación intercultural de la Justicia. Exposición

Este proyecto de Ley, si bien respetaba en su mayoría las normas internacionales y nacionales vigentes, fue criticado por recortar la competencia material de la jurisdicción especial indígena, indicando que no podían conocer de casos de violación sexual ni homicidio. Asimismo, otorgaba al Poder Judicial la potestad de dirimir los conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, cuando debería recurrirse a la jurisdicción constitucional o a un mecanismo mixto.

A finales del año 2013, la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología del Congreso de la República analizó el proyecto de ley presentado por el Poder Judicial junto con otros que se recibieron sobre el mismo tema y emitió un pre dictamen aprobando un texto sustitutorio de ley de coordinación intercultural de la justicia.

El texto aprobado por la Comisión recoge muchos elementos de la propuesta de Ley del Poder Judicial, pero es en nuestra opinión, más respetuoso de los estándares internacionales y de la autonomía de los pueblos indígenas. Es así que este nuevo texto no limita su competencia para casos penales (violación sexual y homicidio) ni otorga al Poder Judicial la potestad de dirimir los conflictos de competencia. Asimismo, se ha agregado la posibilidad de recurrir a la justicia constitucional, en caso de afectación de derechos en la justicia indígena. En general, se promueve el mecanismo de diálogo para resolver los conflictos que se presenten en su implementación, siguiendo el espíritu del Convenio 169 de la OIT.

Este predictamen aún no ha sido debatido por el Pleno del Congreso y no se sabe con certeza si será considerado en la agenda legislativa. Es necesario recordar que antes de que la ley de coordinación sea aprobada debe ser sometida a un proceso de consulta previa, tal como lo dispone el Convenio 160 de la OIT. Por lo tanto es indispensable que con anterioridad se apruebe el mecanismo de consulta prelegislativa, para lo cual la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos ya ha aprobado un proyecto de reforma del reglamento del Congreso, que debe ser debatido y aprobado por el Pleno.

#### **h) La Ley de Rondas Campesinas (Ley N° 27908)**

La ley de Rondas Campesinas reconoce la personalidad jurídica de las rondas campesinas así como la aplicación a las mismas de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas y nativas (Ley de rondas campesinas. Art. 1)

.....  
de Motivos, párrafo 1.

## **Ley N° 27908. Ley de rondas campesinas**

### **Art. 1.- Personalidad jurídica**

Reconócese personalidad jurídica a las Rondas Campesinas, como forma autónoma y democrática de organización comunal, pueden establecer interlocución con el Estado, apoyan el ejercicio de funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme 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.

El art. 7 de la Ley de Rondas Campesinas les reconoce su derecho propio así como su competencia sobre los conflictos suscitados en su jurisdicción comunal. Si bien precisa que se refiere a conflictos suscitados entre los miembros de la comunidad, a la luz del art. 149 de la Constitución y el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema, tienen competencia sobre miembros y no miembros de las rondas campesinas dentro de su competencia territorial.

## **Ley N° 27908. Ley de Rondas Campesinas**

### **Art. 7.- Actividades en beneficio de la paz comunal**

Las Rondas Campesinas en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de conflictos suscitados entre los miembros de la comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción comunal.

El art. 9 de la Ley de Rondas Campesinas desarrolla el mandato de coordinación entre los funcionarios de la jurisdicción ordinaria y las autoridades de las rondas campesinas. Dicho artículo añade que las rondas campesinas tienen la potestad de solicitar el apoyo de la fuerza pública, entre otras autoridades del Estado.

## **Ley N° 27908. Ley de Rondas Campesinas**

### **Art. 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.

### i) **Nuevo Código Procesal Penal de 2004**

El art. 18 inciso 3 señala que la jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer los hechos punibles en los casos previstos en el art. 149 de la Constitución Política del Perú de 1993.

#### **Nuevo Código Procesal Penal de 2004**

##### **Artículo 18. Límites de la jurisdicción penal ordinaria.-**

La jurisdicción penal ordinaria no es competente para conocer:

1. De los delitos previstos en el artículo 173 de la Constitución.
2. De los hechos punibles cometidos por adolescentes.
3. De los hechos punibles en los casos previstos en el artículo 149 de la Constitución.

### j) **Acuerdo Plenario sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal de la Corte Suprema del Perú**

El Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116 busca abordar el grave problema de aquellas autoridades de las rondas campesinas que venían siendo procesadas y sancionadas por los delitos de secuestro, lesiones, extorsión y usurpación de autoridad, entre otros<sup>131</sup>; cada vez que aplicaban sus propias normas, procedimientos y sanciones de acuerdo a su propio derecho. Tal problema es abordado a la luz del art. 2. Inc. 19, art. 89 y 149 de la Constitución Política del Perú y el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En el Acuerdo Plenario, la Corte Suprema del Perú reconoce que las rondas campesinas ejercen funciones jurisdiccionales de acuerdo a la Constitución y el Convenio N° 169 de la Organización del Trabajo y aplican sus propias normas, procedimientos y sanciones de acuerdo a su propio derecho. Por ende, no cometen delito alguno y no deben ser criminalizadas por el ejercicio de un derecho con reconocimiento constitucional e internacional.

De acuerdo a Wilfredo Ardito:

“El Acuerdo Plenario señala que las rondas campesinas son una forma de autoridad comunal en aquellos lugares donde no existen comunidades campesinas o nativas reconocidas en cuanto tales. Resulta importante señalar que lo comunal no aparece determinado solamente por el reconocimiento legal que proporciona una norma, sino por la existencia en la realidad de un sistema y una organización comunal. Además, se

131 Corte Suprema de Justicia del Perú. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116. 13 de noviembre de 2009, párrafo 3.



reconoce que mantienen los ideales andinos de solidaridad, trabajo comunal y la idea de progreso [Acuerdo Plenario de la Corte Suprema Acápite 7]<sup>132</sup>

### III.- Políticas Públicas en materia de Pluralismo Jurídico: avances y dificultades

En el Perú se han desarrollado diversas normas, políticas y programas que buscan implementar y desarrollar el reconocimiento de la jurisdicción especial indígena. Es importante resaltar que el Poder Judicial, en un esfuerzo encomiable y que es un ejemplo para el resto de la Región Andina, ha iniciado desde sus más altas autoridades un proceso de elaboración e implementación de una política pública para dar cumplimiento a las disposiciones constitucionales y legales que reconocen a la justicia indígena. Estas iniciativas y esfuerzos nacieron desde la Corte Suprema y fueron apoyadas por diversas organizaciones de la sociedad civil, académicos, organizaciones indígenas.

Además del Poder Judicial, más recientemente, también el Ministerio Público<sup>133</sup>, el Ministerio de Justicia (a través de la Dirección de Defensa Pública), la Academia de la Magistratura y el Ministerio de Cultura han venido desarrollando acciones respecto a la justicia indígena y están elaborando mecanismos para implementar el marco normativo vigente.

En este contexto, es importante resaltar como un importante avance en la implementación de los derechos de los Pueblos Indígenas (y entre ellos el derecho a la justicia propia) la creación del Ministerio de Cultura en el 2010. Este Ministerio tiene como encargo de acuerdo a su ley de creación, el cumplimiento de las disposiciones tanto del Convenio 169 de la OIT como de la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de la ONU.

La ley de creación del Ministerio de Cultura, en su Artículo 15, menciona entre las funciones del Viceministerio de Interculturalidad:

Artículo 15.- Del Viceministro de Interculturalidad (...)

a) Promover y garantizar el sentido de la igualdad social y respeto a los derechos de los pueblos del país de conformidad con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En cumplimiento a este mandado, el Viceministerio de Interculturalidad viene desarrollando iniciativas en diversos temas, entre ellos principalmente el tema de consulta previa y

132 COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS. Lineamientos para una agenda pública en Derechos de los Pueblos Indígenas. Lima: Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 38

133 El Ministerio Público creó un Centro de Asuntos Interculturales, comunidades y rondas campesinas mediante Resolución N° 2136-2013-MP-FN como un organismo de capacitación conjunta entre las autoridades de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena y rondera.

derechos lingüísticos, habiendo logrado contar con una base de datos de intérpretes en lenguas indígenas. Algunos de estos intérpretes están siendo capacitados para poder participar como traductores oficiales en los procesos judiciales que se sigan contra personas indígenas, en un esfuerzo conjunto entre el Ministerio de Cultura y el Poder Judicial.

### 3.1 Logros y avances del Poder Judicial en materia de coordinación con la Jurisdicción Especial Indígena<sup>134</sup>

- En los últimos años, el Poder Judicial del Perú ha iniciado un interesante proceso de reconocimiento de la existencia de la Justicia Indígena que realizan comunidades y rondas campesinas y ha empezado a adoptar medidas concretas para establecer mecanismos de coordinación con estas organizaciones y para respetar las decisiones que toman.

Este proceso se inició por iniciativa de la Corte Suprema, que convocó a reuniones de trabajo y se organizaron Congresos denominados de Justicia Intercultural. Paralelamente algunas cortes superiores como la del Distrito Judicial de San Martín decidieron crear instancias denominadas Escuelas de Justicia Intercultural para trabajar el tema. Felizmente, estas acciones iniciales fueron institucionalizadas por el Poder Judicial como una política pública, con la creación de la Oficina Nacional de Justicia de Paz y Justicia Indígena y la aprobación de la hoja de ruta de Justicia Intercultural.

Es así que al aprobarse el Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Ejecutivo en el 2012 se cambió el nombre de la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz y se la pasó a denominar Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz y a la Justicia Indígena<sup>135</sup>. Asimismo, se estableció entre sus funciones:

«La formulación, planificación, gestión, ejecución y evaluación de las actividades que ejecuta el Poder Judicial para el desarrollo y fortalecimiento de la Justicia de Paz en el país con arreglo a las políticas y planes que apruebe el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a su propuesta, así como de diseñar, promover, impulsar y sistematizar las acciones de coordinación entre la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción de paz y la jurisdicción especial acorde con lo establecido por el artículo 149° de la Constitución Política del Estado<sup>136</sup>».

134 Toda la información sobre el trabajo que está realizando el Poder Judicial, incluyendo normas, publicaciones y noticias se puede encontrar en la página web: [www.onajup.gob.pe](http://www.onajup.gob.pe)

135 La diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial: a propósito del IV y V Congreso sobre Justicia Intercultural. Poder Judicial. Lima, 2015. P. 49.

136 Art. 26 de la Resolución Administrativa 227-2012-CE-PJ, del 12 de diciembre de 2012, la cual aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Inicialmente, el interés en estos temas y en el reconocimiento y respeto de la justicia indígena se limitaba a algunos magistrados supremos y sus asesores y los funcionarios de la ONAJUP, y las decisiones tomadas se aceptaban por el resto de magistrados y funcionarios a nivel nacional, por tratarse de instancias jerárquicamente superiores. Con el trabajo realizado a través de los Congresos, las Escuelas que se han creado, los cursos dictados no solo por el Poder Judicial sino también por la AMAG, diversas universidades y organizaciones de la sociedad civil, la corriente a favor de reconocer la justicia indígena se ha ido ampliando y son cada vez más las Cortes Superiores que participan en las iniciativas y crean sus Escuelas Interculturales. El efecto positivo también se ha visibilizado en las últimas semanas en las actuaciones jurisdiccionales de los jueces que era lo más difícil de modificar. La mayoría de magistrados a nivel nacional, debido a la formación legalista y monista que se recibe en las facultades de Derecho, aplicaban a los miembros de pueblos indígenas las mismas normas generales que para cualquier otro procesado. Sin embargo, cada vez se está aplicando en mayor medida las normas específicas para pueblos indígenas. Adicionalmente, en algunas cortes superiores se han creado Juzgados que atenderán íntegramente en idioma indígena y se han dictado sentencias en los idiomas propios que predominan en la zona, como veremos más adelante.

Vamos a presentar a continuación un resumen de las medidas adoptadas por el Poder Judicial:

#### **a) Hoja de Ruta de Justicia Intercultural del Poder Judicial**

La Hoja de Ruta fue elaborada por la Comisión de Trabajo sobre Justicia Indígena y Justicia de Paz. Tiene como objetivo continuar la promoción y consolidación de un sistema de justicia intercultural, que responda a la realidad pluriétnica y cultural del Perú<sup>137</sup>. Esta hoja de Ruta fue aprobada por la presidencia del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa N° 499-2012-P-PJ el 17 de diciembre de 2012. En ella se establecen los objetivos que se plantea el Poder Judicial en ambos temas y los pasos a seguir para alcanzarlos.

Según el propio Poder Judicial<sup>138</sup>, los ejes temáticos que plantea esta Hoja de Ruta son:

- Ruta de la justicia intercultural
- Comunicación entre los sistemas de justicia
- Reestructuración de la Oficina Nacional de Justicia de Paz
- Formación intercultural sobre los/sistemas de justicia

137 Poder Judicial del Perú. Resolución Administrativa N° 499-2012-P-PJ el 17 de diciembre de 2012. Punto resolutivo. Artículo Primero.

138 La diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial: a propósito del IV y V Congreso sobre Justicia Intercultural. Poder Judicial. Lima, 2015. P. 50-51

- Planeamiento para la adecuada gestión administrativa de los programas sobre justicia intercultural
- Observatorio de justicia intercultural
- Articulación con la justicia de paz

## **b) Congresos Internacionales de Justicia Intercultural**

Los Congresos Internacionales de Justicia Intercultural tienen como objetivo crear un espacio de reflexión y de acercamiento, bajo el objetivo estratégico de generar propuestas de coordinación entre ambos modelos, a fin de lograr una mayor legitimidad y credibilidad del sistema y mejorar el acceso a la justicia de las comunidades nativas o indígenas, bajo el marco del respeto al principio de interculturalidad que debe regir las relaciones sociales<sup>139</sup>. Estos congresos cuentan con la participación de representantes de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción especial indígena, así como de académicos especialistas en la materia.

Hasta la fecha, el Poder Judicial ha convocado a cinco Congresos Internacionales de Justicia Intercultural. El primero de ellos en La Merced, provincia de Chanchamayo, Región de Junín(2010); el segundo se realizó en Cajamarca, provincia de Cajamarca, Región de Cajamarca (2010); el tercero se realizó en Huaraz, Región de Ancash (2011); el cuarto se realizó en la ciudad de Lima (2012) y el quinto en la ciudad de Piura (2013).

Cada Congreso de Justicia Intercultural termina con la elaboración de una Declaración en la cual se establecen acuerdos, compromisos, conclusiones y recomendaciones para la coordinación con la jurisdicción especial indígenas y para futuras actividades del Poder Judicial en esta materia.

## **c) Las Escuelas/Institutos de Justicia Intercultural**

De acuerdo al Poder Judicial, entre los años 2009 y 2012, se crearon Escuelas de Justicia Intercultural en los distritos judiciales de (i) Amazonas, (ii) Apurímac, (iii) Arequipa, (iv) Cajamarca, (v) Cañete, (vi) Cusco, (vii) Huánuco, (viii) Haura, (ix) Ica, (x) Junín, (xi) Lambayeque, (xii) Lima, (xiii) Loreto, (xiv) Madre de Dios, (xv) Moquegua, (xvi) Piura, (xvii) Puno, y (xviii) San Martín<sup>140</sup>.

139 Poder Judicial. Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2011, p.11. Disponible en: <http://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b7fa7e004e9db18f82a3ebd847a63738/Congresos+Internacionales+sobre+Justicia+Intercultural+en+Pueblos+Ind%C3%ADgenas.pdf?MOD=AJPERES>

140 Poder Judicial. Corte Suprema de Justicia de la Pública. Resolución Administrativa N° 499-2012-P-PJ. Hoja de Ruta de Justicia Intercultural. Segundo párrafo. Asimismo, véase el enlace de ONAJUP para acceder a las resoluciones de creación de tales escuelas/institutos. Enlace: <http://onajup.com/internas/int-odajup-/just-intercult/cjf-intercultural.html>

Tales Escuelas nacieron con el objetivo, entre otros, de mejorar los espacios de diálogo y coordinación entre las distintas jurisdicciones ordinaria y especial indígena.

#### d) **Protocolos de actuación para magistrados**

Si bien existe un marco jurídico vigente que reconoce a la justicia indígena, en la práctica, a pesar de las iniciativas del Poder Judicial, la mayoría de magistrados a nivel nacional siguen aplicando las normas generales. En algunos casos, han manifestado que la carencia de una ley de coordinación y de una reglamentación que indique los pasos a seguir para implementar las normas constitucionales y secundarias les impide aplicarlas. Es por eso, que el Poder Judicial ha aprobado recientemente dos protocolos que “establecen lineamientos prácticos para orientar la actividad de los órganos judiciales cuando atiendan casos en los que participa la población indígena del país o cuando deben realizar actividades de coordinación con la justicia comunal”<sup>141</sup>.

Estos protocolos fueron aprobados mediante la R.A. N° 333-2013-CE-PJ en diciembre de 2013. Para su elaboración el Poder Judicial llevó a cabo mesas de diálogo en la que participaron magistrados, funcionarios del Poder Judicial y líderes comunales<sup>142</sup>.

Los dos protocolos aprobados y que son de obligatorio cumplimiento para los jueces a nivel nacional son:

- **Protocolo de actuación en procesos judiciales que involucren a comuneros y ronderos**<sup>143</sup>:

En este documento se establecen los lineamientos que deben seguir los jueces a nivel nacional cuando una persona indígena es parte de un proceso. Se entiende que este protocolo se aplicará cuando el caso no resulte de competencia de la justicia indígena y deba ser resuelto por la Jurisdicción Ordinaria. Es importante resaltar que en este protocolo se dispone que se respete la cultura del procesado indígena y que para determinar si es o no indígena se otorgue prioridad a la autoidentificación con el apoyo de las organizaciones indígenas, por encima de formalismos o requisitos burocráticos. De otro lado también es importante que se haya considerado la necesidad de que las autoridades indígenas sean notificadas cuando se inicia un proceso contra alguno de sus miembros, para que puedan apoyar en brindar información necesaria y hacer seguimiento al resultado del proceso. Asimismo, se hace mucho énfasis en que la persona indígena que está siendo procesada pueda ejercer plenamente su derecho

141 La diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial: a propósito del IV y V Congreso sobre Justicia Intercultural. Poder Judicial. Lima, 2015. P.51

142 Ibidem.

143 Disponible en: <http://www.onajup.gob.pe/protocolo-de-actuacion-en-procesos-judiciales-que-involucren-comuneros-y-ronderos/>

de defensa, para lo cual se dispone que se les brinde toda la información necesaria directamente (no a través de documentos ni abogados) sobre el proceso judicial. De igual manera se indica que el proceso puede llevarse totalmente en el idioma indígena del procesado si así se solicita y que de ser necesario debe contarse con traductores tanto para las actuaciones orales como para los documentos que se emitan. También es importante resaltar que se ha planteado la necesidad de flexibilizar y agilizar los procedimientos en casos en los que se juzgue a personas indígenas, así como se han establecido reglas específicas para la atención a mujeres, niños y personas mayores indígenas que son quienes se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad.

- **Protocolo de coordinación entre sistemas de justicia**<sup>144</sup>:

Este segundo protocolo se refiere a la coordinación entre la Jurisdicción Ordinaria y la Jurisdicción Especial Indígena, tal como lo dispone la Constitución, para lo cual se establecen una serie de principios y procedimientos. Este protocolo se basa en el respeto a las decisiones de la justicia indígena y resalta la importancia de la colaboración mutua entre dirigentes indígenas y el Poder Judicial para lograr una adecuada administración de justicia. Asimismo, destaca como principio para todas las acciones de coordinación el enfoque intercultural y el respeto a los derechos humanos.

En cuanto a las competencias de la justicia indígena, el Poder Judicial ha tomado una posición bastante progresista y acorde con la intención de promover la autonomía de los pueblos indígenas, al considerar que tienen competencia sobre todas las personas que habitan en su territorio y para todas las materias que tradicionalmente han conocido. Solamente se establecen como excepción los delitos contra el Estado, delitos contra el ordenamiento jurídico internacional y delitos de criminalidad organizada. Asimismo, la Jurisdicción Ordinaria puede asumir competencia en los casos en los que por algún motivo la Jurisdicción Indígena decida declinar su competencia.

Se debe resaltar que se ha considerado como uno de los principios para la coordinación el Principio de Protección de la Jurisdicción Especial, por el cual se afirma que el Estado brindará las herramientas necesarias para respetar y garantizar la Jurisdicción Especial Indígena. Por lo tanto, ante cualquier conflicto o duda en la aplicación del protocolo, se debe buscar una solución que permita garantizar la existencia y funcionamiento de la Jurisdicción Especial Indígena, así como el respeto a los demás principios que se han establecido.

144 Disponible en: <http://www.onajup.gob.pe/wp-content/uploads/2014/12/PROTOCOLO-DE-COORDINACION-C3%9393N.pdf>

Lo más importante de este Protocolo es que señala de manera clara que ante un caso concreto el Juez debe determinar primero si se trata de un caso que entre dentro de la competencia de la Justicia Indígena, y de ser así debe proceder a derivarlo a esa Jurisdicción y aplicar el Protocolo. Es un paso muy importante para acortar la brecha entre la legislación que protege los derechos de los Pueblos Indígenas y su aplicación en la realidad.

e) **Derecho al idioma:**

Uno de los principales problemas que atraviesan los pueblos indígenas para acceder a la justicia es que los procesos judiciales se realizan por lo general íntegramente en castellano y solamente por excepción y de manera informal se utilizan a personas de la misma localidad como traductores improvisados, y aun así solamente se traducen algunos actos del proceso y por lo general no se garantiza de manera debida el derecho a la defensa de los procesados.

Frente a este problema, y como parte de la incorporación del enfoque de interculturalidad en la administración de justicia, el Poder Judicial “ha creado el Registro Especial Nacional de Intérpretes y Traductores de Lenguas Indígenas del Poder Judicial – RENIT. El objetivo es asegurar los derechos lingüísticos de las personas que hablan las 47 lenguas originarias reconocidas en el Perú cuando participan en procesos judiciales”<sup>145</sup>.

Para esta importante iniciativa el Poder Judicial está trabajando de manera conjunta con el Ministerio de Cultura.

De otro lado, y como reflejo del cambio de mentalidad que se está produciendo al interior del Poder Judicial se han tomado en las últimas semanas varias medidas interesantes en Cortes Superiores del país:

- El 30 de marzo del 2015 se dictó la primera sentencia íntegramente redactada en el idioma quechua. La sentencia No. 03-2015 fue emitida por el Primer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Provincia de Azángaro, a cargo del juez Santos Poma Machaca, en contra de José Chambi Chaucha por el delito de lesiones graves<sup>146</sup>.
- Asimismo, la Corte Superior de Justicia de Ayacucho aprobó la creación de un Juzgado Intercultural de Paz Letrado en la provincia de Víctor Fajardo, que impartirá servicio de justicia en idioma quechua. El referido órgano jurisdiccional funcionará en el distrito de Huancapi, capital de la provincia de Víctor Fajardo, y estará a

145 La diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial: a propósito del IV y V Congreso sobre Justicia Intercultural. Poder Judicial. Lima, 2015. P. 52

146 <http://www.onajup.gob.pe/boletin-informativo-onajup-no-49/>

cargo del juez Percy Vargas Ayala<sup>147</sup>. Cabe resaltar que hasta antes de esta decisión la justicia ordinaria se administraba en castellano en esta provincia, a pesar de que el 86.2% de su población habla el idioma quechua.

- Finalmente, la Corte Superior de Justicia de San Martín, que fue la primera Corte a nivel nacional en crear una Escuela de Justicia Intercultural y establecer mecanismos de coordinación con la justicia indígena, ha anunciado que sus magistrados se están capacitando para poder administrar justicia en idioma awajún, que es uno de los idiomas indígenas que se hablan en esa Región del país<sup>148</sup>.

### 3.2 Limitaciones y debilidades

A pesar de los importantes avances que ha obtenido el Poder Judicial en cuanto a la elaboración e implementación de una política, debemos mencionar que existen también limitaciones y debilidades importantes, entre las que podemos destacar las siguientes:

- En primer lugar, sería importante y necesario que desde el Estado se defina una política integral para los pueblos indígenas, con metas, responsables y presupuestos, que tenga como parte de sus acciones la implementación del derecho a la justicia propia. Esto porque es necesario tener una visión integral de la situación de los pueblos indígenas en el país y las medidas necesarias para garantizar su desarrollo con un enfoque de interculturalidad.
- En cuanto a las medidas aprobadas por el Poder Judicial, una limitación importante es la falta de aplicación de la consulta previa, que según dispone el Convenio 169 de la OIT y la Ley de consulta previa vigente, se debe realizar antes de la aprobación de cualquier medida administrativa o legislativa que afecte a los pueblos indígenas. Sabemos que el Poder Judicial ha realizado talleres y mesas de trabajo muy interesantes y con dirigentes representativos, pero ninguna de estas acciones reemplaza a un proceso de consulta previa con las formalidades requeridas por las normas vigentes.
- Como hemos mencionado, las medidas más recientes, como la aprobación de los Protocolos para la actuación de los jueces reflejan una posición favorable respecto a la incorporación del enfoque de interculturalidad y el respeto de los estándares internacionales que son vinculantes para nuestro país. En ese sentido ha habido un avance respecto a la total negación respecto a este tema que se dio en el pasado y a posiciones más legalistas y restrictivas que se mostraron en los primeros años de trabajo en el tema. Sin embargo, aún falta superar algunas posiciones que pueden resultar restrictivas. Por ejemplo, en ambos Protocolos que se han aproba-

147 <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-la-corte-ayacucho-crea-juzgado-impartira-justicia-quechua-546608.aspx>

148 <http://www.andina.com.pe/agencia/noticia-el-poder-judicial-se-prepara-para-impartir-justicia-idioma-awajun-550642.aspx>



do, se menciona en la definición de Pueblos Indígenas que estos son grupos que “mantienen un espacio territorial”, lo que puede llevar a excluir de la definición a pueblos que hayan sido desplazados de sus territorios, por lo que debería tenerse en cuenta al momento de aplicarse el Protocolo que el Convenio 169 no exige que se cuente con un territorio para definir a un colectivo humano como indígena.

- La mentalidad de los operadores de justicia sigue siendo legalista y monista. El tema de la justicia indígena, la interculturalidad, y los derechos de los pueblos indígenas no forma parte de la formación que se recibe en las universidades y es muy limitada dentro de la formación que brinda la Academia de la Magistratura. Por lo tanto, todas estas medidas, si bien son muy importantes y han logrado resultados positivos, no son suficientes para cambiar esta mentalidad. Se debe trabajar mucho en la sensibilización y capacitación de los operadores, y también en la formación que se recibe desde las universidades y la AMAG.
- El Poder Judicial ha dispuesto, según sus normas y estructuras internas, que la coordinación con la justicia indígena sea trabajada por la misma oficina que se encarga de la Justicia de Paz. Consideramos que se trata de dos cuestiones diferentes, en tanto la Justicia de Paz es parte de la Jurisdicción Ordinaria y si bien puede aplicar y de hecho aplica usos y costumbres de cada localidad, es un mecanismo del derecho occidental. Consideramos que en lugar de promover que se creen más Juzgados de Paz en zonas de población indígena, se debería buscar mecanismos para promover y recuperar donde sea necesario las formas organizativas propias de los Pueblos, para que sean sus propias autoridades las que administren justicia. Por lo tanto, sería recomendable que el tema de la justicia indígena y su coordinación con la Jurisdicción Ordinaria debería ser trabajado desde una Oficina creada con ese fin, que cuente con mecanismos de participación de las organizaciones indígenas, tal como lo dispone el Convenio 169 de la OIT.

#### **IV. Conclusiones y Propuestas**

En el Perú se ha producido un fenómeno muy interesante en los últimos años. A pesar de que la situación de los pueblos indígenas sigue siendo muy preocupante por los niveles de pobreza y falta de acceso a servicios estatales, además del profundo racismo enraizado en la sociedad, se han aprobado normas que les reconocen derechos y se han creado mecanismos para la implementación de esas normas.

El área en la que más se ha avanzado, a pesar de ser un sector normalmente reticente a este tipo de temas, es el de la administración de justicia. El Poder Judicial peruano ha dejado de lado una posición extremadamente monista y opuesta al reconocimiento de la justicia indígena y ha iniciado un proceso de reflexión interna a través de congresos, estudios y talleres, que ha llevado a la adopción de medidas concretas, como la realización de

congresos internacionales, la creación de Escuelas de Justicia Intercultural en las Cortes Superiores, entre otras. Estas medidas se han institucionalizado mediante resoluciones administrativas que han aprobado un plan de acción (la hoja de ruta) y han encargado su ejecución a la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz y la Justicia Indígena.

Sin embargo, estas medidas administrativas no han sido consultadas a pesar de estar vigente la obligación de hacerlo según la normatividad actual. Asimismo, debido a la mentalidad monista y etnocentrista que predomina en la sociedad peruana y en la formación de los abogados, todavía hay mucho por trabajar para que todos los avances legislativos y las medidas administrativas aprobadas sean aplicados por los jueces en su labor diaria de administrar justicia.

Tomando en cuenta este contexto, proponemos algunas medidas que podrían ayudar en el proceso de implementar la legislación vigente respecto a la jurisdicción especial indígena en el Perú:

- Someter a consulta previa todas las medidas administrativas que se elaboren para la implementación del marco jurídico vigente sobre justicia indígena.
- Establecer mecanismos de participación para que las organizaciones indígenas estén representadas en los espacios de debate y toma de decisiones sobre justicia indígena, tanto a nivel local, como a nivel regional y nacional. Esto podría aplicarse por ejemplo en las Escuelas de Justicia Intercultural donde podría haber representación permanente de los pueblos indígenas de la zona.
- Realizar estudios sobre los sistemas de justicia de los diversos pueblos indígenas en el Perú, con un enfoque antropológico, que permita entender mejor sus normas, procedimientos y sanciones. Se conoce muy poco todavía respecto a estos sistemas y existen muy pocos estudios que se han centrado sobre todo en rondas campesinas.
- Promover el fortalecimiento de la justicia indígena a nivel nacional, otorgando herramientas para la capacitación de sus dirigentes y apoyo para la sistematización y recuperación de sus propias formas organizativas y de administración de justicia. En ese sentido, el Poder Judicial y el Estado en general deben evaluar la necesidad y pertinencia de crear mecanismos paralelos de resolución de conflictos en territorios indígenas como los Juzgados de Paz, las defensorías comunitarias, los comités de seguridad ciudadana, entre otros, que se pueden superponer a las instancias organizativas propias de los Pueblos.
- Promover la sensibilización de los operadores de justicia, desde las universidades, pasando por la Academia de la Magistratura y otros espacios de formación como los talleres que realizan las Escuelas de Justicia Intercultural, respecto a la interculturalidad y el respeto a los sistemas de justicia indígena.

- Se debe aprobar en el Congreso la modificación al reglamento para poder realizar la Consulta pre-legislativa que permita que las organizaciones indígenas aporten al proceso de elaboración de normas sobre temas que les afectan. Posteriormente, se debería promover la aprobación de la Ley de Coordinación, luego que sea debidamente consultada con los pueblos indígenas y también debería recogerse la opinión de las instituciones que forman parte del Sistema de Administración de Justicia.

## BIBLIOGRAFIA

- ARANDA ESCALANTE, Mirva. Las rondas campesinas en las provincias Altas del Cusco. Consorcio Justicia Viva, 2003.
- COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS:
  - El Reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena en el Perú”. Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung. Lima, 2013.
  - Derechos de los pueblos indígenas: módulo de capacitación. Lima, 2011
  - Lineamientos para una agenda pública en Derechos de los Pueblos Indígenas. Comisión Andina de Juristas y Konrad Adenauer Stiftung Lima: 2011.
  - Informe final de investigación del Proyecto “Fortalecimiento de Capacidades de los Funcionarios Públicos para la implementación de los Derechos de los Pueblos Indígenas”. Documento de trabajo. 2011.
- CÓNDROR, Eddie (coordinador) ARANDA, Mirva y WIENER, Leonidas.
  - Manual Informativo para pueblos indígenas. La justicia indígena en los países andinos. Comisión Andina de Juristas. Lima, 2009.
  - Experiencias de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos en la Región Andina. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2010) Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09. 2009
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL PERU. V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias. Acuerdo Plenario N° 1-2009/CJ-116.
- GITLITZ, John S. Administrando justicia al margen del Estado: Las rondas campesinas de Cajamarca. Lima: Instituto de Estudios Peruanos, 2013.
- MEENTZEN, Angela. Políticas Políticas para los pueblos Indígenas en América Latina.
- PAREDES, Maritza. Informe final de consultoría del Proyecto: “Promoción de Políticas Públicas Para Reducir la Exclusión y Discriminación hacia los Pueblos Indígenas de la Región San Martín” ejecutado por la Comisión Andina de Juristas, Ministerio de Cultura y Oxfam. Documento de trabajo.
- PODER JUDICIAL DEL PERU:
  - La diversidad cultural en la agenda del Poder Judicial: a propósito del IV y V Congreso sobre Justicia Intercultural. Poder Judicial. Lima, 2015.

- Congresos Internacionales sobre Justicia Intercultural en Pueblos Indígenas, Comunidades Andinas y Rondas Campesinas. Lima, 2011.
- Iniciativa Legislativa: Proyecto de ley de coordinación intercultural de la Justicia. Exposición de Motivos, párrafo 1
- RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Tomo V, 1999.
- RUIZ MOLLEDA, Juan Carlos. ¿Cometen delito de secuestro los pueblos indígenas cuando detienen a trabajadores de empresas que ingresan a su territorio sin permiso? Lima: Instituto de Defensa Legal, 2012.
- SALMÓN GARATE, Elizabeth (coord.) La Consulta previa, libre e informada en el Perú: La inclusión del interés indígena en el mundo de los derechos humanos. Lima: IDEH-PUCP. 2012.
- THORP, R., Y M. PAREDES. Etnicidad y la Persistencia de la Desigualdad: El Caso del Perú, IEP 2011.
- TRIVELLI, Carolina. Los hogares indígenas y la pobreza en el Perú: una mirada a partir de la información cuantitativa. Documento de trabajo No 141. IEP, 2005.
- TUBINO, Fidel. Aportes y límites de la hermenéutica diatópica al diálogo intercultural sobre los derechos humanos. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- UNIFEM, UNICEF y OACNUDH ¿Qué está pasando con los derechos de los pueblos indígenas?. 2008.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel:
  - El Convenio Núm. 169 de la OIT y su aplicación en Perú. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS. 2009
  - Principios mínimos no negociables para la aplicación de los derechos de participación, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. 2011.
  - Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador). En: Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal. Año 4, número 4, 1999.
  - Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal, 2003. En: Revista Anuario de Derecho Penal 2006. Derecho Penal y Pluralidad Cultural. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo, Suiza, 2007.

