

Los Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Construcción del Pluralismo Jurídico en América Latina

Farit Rojas Tudela (Bolivia)
Horst Schönbohm (Alemania)
Fernando García (Ecuador)
Ramiro Molina (Bolivia)
Waldo Albarracín (Bolivia)
Lourdes Tibán (Ecuador)
Guillermo Padilla (Colombia)
Mirva Aranda (Perú)
Eduardo Rodríguez (Bolivia)

Coordinador: Eddie Córdor

© 2011 Konrad Adenauer Stiftung e.V.

Prefacio

Susanne Käss

Representante de la Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y del Programa Regional de Participación Política Indígena

Presentación

Eddie Córdor Chuquiruna

Coordinador

Área de Gobernabilidad y Democrática Comisión Andina de Juristas

Coordinador de publicación

Eddie Córdor Chuquiruna

Autores

Farit Rojas Tudela

Horst Schönbohm

Fernando García Serrano

Ramiro Molina Rivero

Waldo Albarracín Sánchez

Lourdes Tibán

Guillermo Padilla Rubiano

Mirva Aranda Escalante

Eduardo Rodríguez Veltzé

Editoras Responsables

Susanne Käss

Claudia Heins

Revisión y corrección

Eddie Córdor Chuquiruna

Claudia Heins

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

Av. Walter Guevara No 8037, Calacoto

(Ex Av. Arequipa casi esquina Plaza Humboldt)

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

Fax: (+591-2) 2786831

Casilla No 9284

La Paz - Bolivia

Email: info.ppi@kas.de

Página Web: www.kas.de/ppi

D.L. 4 - 1 - 2238 - 11

Impresión

Impresores & Editores "Garza Azul"

Teléfono: 2232414 - Email garzaazul@megalink.com

Impreso en Bolivia - Printed in Bolivia

Esta publicación se distribuye sin fines de lucro, en el marco de la cooperación internacional de la Fundación Konrad Adenauer. Los textos que se publican a continuación son de exclusiva responsabilidad de los autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores y/o de la Fundación Konrad Adenauer (KAS). Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con la inclusión de la fuente.

CONTENIDO

<i>PREFACIO</i>	5
<i>PRESENTACIÓN</i>	7
<i>INTRODUCCIÓN Y EXPLICACIÓN PREVIA</i>	9
DEL MONISMO AL PLURALISMO JURÍDICO: INTERCULTURALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL <i>Farit L. Rojas Tudela</i>	21
EL PLURALISMO JURÍDICO - UNA COMPARACIÓN A NIVEL DE AMÉRICA LATINA <i>Horst Schönbohm</i>	35
LA JUSTICIA INDÍGENA COMO ESPACIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS <i>Fernando García Serrano</i>	43
LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL MARCO DEL PLURALISMO JURIDICO EN BOLIVIA <i>Ramiro Molina Rivero</i>	53
LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL <i>Waldo Albarracín Sánchez</i>	67
LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA JUSTICIA INDÍGENA <i>Lourdes Tibán</i>	89

**COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS
LEGALES EN CENTROAMÉRICA**

Guillermo Padilla Rubiano 105

**LA COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS DE
JUSTICIA EN COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ**

Mirva Aranda Escalante..... 127

**LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL-
DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS**

Eduardo Rodríguez Veltzé..... 141

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... 153

ANEXO: EJES TEMÁTICOS DEL PROGRAMA DEL SEMINARIO 165

PREFACIO

La Fundación Konrad Adenauer (KAS) es una fundación política alemana que tiene como objetivo fortalecer la democracia a través de la formación política en los más de 100 países en los que está presente. Por el fortalecimiento de la democracia la KAS entiende, entre otros, la inclusión de todos los grupos de la sociedad para una democracia plena. Es por eso que a fines del año 2005 se crea el programa regional de Participación Política Indígena (PPI), un programa que pretende analizar y trabajar a nivel regional temas que tienen un gran impacto para los pueblos indígenas en el subcontinente y que apunta a fomentar la inclusión de los pueblos indígenas en procesos políticos, económicos y sociales. Su inclusión también debe prever el cumplimiento de sus derechos, no sólo como individuos, sino también como colectividad. En este sentido es importante la discusión sobre la delimitación de los derechos colectivos: violaciones a los derechos humanos son, a manera de ver de la KAS, inaceptables.

Es por eso que la Comisión Andina de Juristas con sede en Lima - Perú, la Universidad San Francisco Xavier de Chuquisaca en Bolivia y el PPI de la Fundación Konrad Adenauer con sede en La Paz - Bolivia, organizaron un seminario internacional sobre “Derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina”, mismo que se llevó a cabo en Sucre - Bolivia el 29 de marzo del 2011.

El seminario tuvo como resultado el presente libro, escrito por los expositores del mencionado evento, mismo que discute diversos aspectos de los derechos individuales y colectivos y su importancia para la construcción de un pluralismo jurídico democrático a lo largo de toda América Latina desde diferentes perspectivas. Especialmente el PPI ha estado trabajando el tema del pluralismo jurídico desde el año 2010 en cooperación con el programa regional de Estado de Derechos de la KAS, con sede en México D.F., puesto que el tema es complejo y se discute de manera controvertida en toda la región.

En muchos países han funcionado durante siglos de manera paralela diferentes sistemas de administración y aplicación de justicia. La población

en su gran mayoría blanca y mestiza en las ciudades tenía acceso a la justicia estatal ordinaria. En las comunidades indígenas se aplicaban las diferentes formas de justicia indígena a base de los respectivos usos y costumbres. La preferencia de la propia justicia en las comunidades indígenas no se debía solamente a motivos culturales, sino también al hecho de que la justicia estatal durante siglos no llegaba a las áreas rurales. El uso de la justicia indígena fue tolerado por los Estados porque no había conflictos directos entre los sistemas jurídicos. Pero cuando iniciaron con cada vez más intensidad movimientos migratorios del área rural a las ciudades, las diferentes tradiciones de derecho colisionaron. Un motivo frecuente para conflictos es la divergencia en la percepción de facetas del derecho: mientras la justicia ordinaria basa su sistema en el reconocimiento de derechos individuales, la justicia indígena destaca la importancia de los derechos colectivos. En la búsqueda de consensos, la Fundación destaca la importancia del respeto incondicional a los derechos humanos, como mencionado anteriormente.

En el siglo 20, muchos países latinoamericanos reformaron sus sistemas jurídicos y reconocieron los derechos específicos de los pueblos indígenas. En 1989 se aprobó la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales que ha sido ratificada por la mayoría de los países latinoamericanos con una importante población indígena. La Convención 169 exige, entre otros, el reconocimiento de los sistemas tradicionales de derecho. En 2007 fue aprobada por Naciones Unidas la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que también revalida el derecho a los usos y costumbres y propios procedimientos jurídicos. Sin embargo, ambos documentos destacan como límite de la justicia indígena el respeto a las normas internacionales de derechos humanos. La armonización de los diferentes sistemas judiciales y el cumplimiento del derecho internacional considerando los derechos humanos significan un gran desafío para muchos Estados.

Los presentes trabajos significan un aporte significativo al debate democrático y científico sobre los regímenes de derechos en el pluralismo jurídico. A todos los autores, un agradecimiento especial por sus contribuciones.

Susanne Käss

Representante

*Fundación Konrad Adenauer en Bolivia y Programa Regional
de Participación Política Indígena en América Latina*

PRESENTACIÓN

Por donde miremos, el tema indígena se encuentra presente en todos los ámbitos de discusión y aparece como una demanda de reformulación de viejos conceptos y maneras de mirar el mundo.

En la actualidad, asistimos a un período histórico en el cual, como sociedades nacionales, no es posible mirarnos sin reconocernos como culturalmente diversos, como expresión de una diversidad de culturas, costumbres, prácticas y formas de vida. La cuestión estriba en que esa mirada ha dejado de ser una mera exaltación de nuestro folklore, ideal para impulsar el turismo o generar insumos para estudios antropológicos. Actualmente, vernos como distintos, como culturalmente diversos, conlleva también redefinir el modelo de Estado y sociedad en el cual vivimos y nos desenvolvemos. Implica reestructurar nuestra concepción de la justicia y el Derecho, partiendo de considerar que existen tantos Derechos o sistemas de justicia, como grupos culturalmente diversos hay.

En ese sentido, el monismo jurídico sobre el cual se fundan nuestras repúblicas modernas, que considera a todos los ciudadanos nacionales como culturalmente homogéneos o tendentes a la homogeneización, ha quedado desfasado frente al reconocimiento del derecho a subsistir del “otro”, del “diferente”, del indígena; el reconocimiento de este derecho resulta en el respeto y el establecimiento de mecanismos para proteger las diversas manifestaciones culturales de estos pueblos. Una de estas manifestaciones se expresa a través de la aplicación de los mecanismos de justicia en las comunidades indígenas, muestra de un Derecho y una concepción de la justicia propias de estos grupos humanos. Reconocer estas prácticas conlleva admitir que nuestros Estados se estructuran con base en el pluralismo jurídico; en el reconocimiento y promoción de todos los sistemas jurídicos existentes.

Esta novedosa concepción del rol del Estado y del Derecho implica dejar de lado los paralelismos jurídicos. Ya no nos regimos por estamentos como en la Colonia, cuyo sistema separaba a los indígenas de los españoles en “Repúblicas” distintas, como si fuéramos tan diferentes unos de los otros.... aunque carguemos con esa pesada herencia colonial hasta la actualidad. Mi labor como Coordinador del Área de Gobernabilidad Democrática de la Comisión Andina de Juristas me ha permitido darme cuenta que son muchos más los aspectos en los que nos parecemos que en los que nos diferenciamos. Por ello, no podemos considerar que los pueblos indígenas representan una suerte de “estados federados” enmarcados dentro del Estado nacional, sino que se encuentran integrados dentro de la estructura estatal e institucional. Nuestra labor consiste en que ese proceso de integración se realice con base en el respeto a la condición étnica y/o cultural de estos pueblos y los derechos que subyacen en él.

Empero, también resulta necesario definir los límites y parámetros dentro de los cuales los pueblos indígenas pueden ejercer plenamente sus derechos, porque tampoco la cuestión oscila en caer en un relativismo cultural extremo, permitiendo o justificando todo tipo de prácticas que pueden resultar atentatorias contra derechos mínimos del ser humano debido a cuestiones de pertenencia cultural.

Por ello, espacios como los que nos congrega para el diálogo y su sucedáneo en este libro, resultan fundamentales, pues permiten formular lineamientos y pautas para integrar y articular todos los sistemas de justicias en un modelo que sea inclusivo, que incluya a todos los ciudadanos -indígenas y no indígenas- dentro de un modelo de Estado que reconoce todas las concepciones de justicia existentes y que a la vez también vela por la protección y garantía de los derechos individuales de sus miembros. Ese es el gran reto que asumimos como institución.

Siendo el tema a tratar de carácter tan complejo, no esperamos llegar a una única respuesta. En la riqueza de ideas y verdades nos hallamos en nuestra diversidad. Lo importante es considerar a todas las ideas y opiniones como igualmente valiosas. En base a esa premisa podremos construir consensos que permitan una convivencia con base en el respeto a todas las culturas.

Eddie Cóndor Chuquiruna

Coordinador

Área de Gobernabilidad y Democrática Comisión Andina de Juristas

INTRODUCCIÓN Y EXPLICACIÓN PREVIA

El objetivo del proceso que inspira este libro es analizar la relación entre derechos individuales y derechos colectivos en la construcción de los sistemas jurídicos pluralistas en América Latina. Así se busca promover el debate sobre el pluralismo jurídico y sus potencialidades para mejorar la protección de derechos de la población indígena en América Latina.

En esa perspectiva, se pretende analizar la relación existente entre las categorías de derechos individuales y colectivos desde la perspectiva de la teoría de los derechos humanos y el concepto de Estado de Derecho, así como debatir los casos límite dentro de la justicia indígena, en los que se cuestiona la vulneración de derechos individuales.

Uno de los objetivos específicos que puede vislumbrarse en la presente publicación y que es una de las tareas que las instituciones promotoras proponen, es identificar lineamientos para la construcción de políticas que regulen la coordinación entre los sistemas de justicia.

En esa medida, presentamos este libro de ponencias a fin de plantear algunos elementos de la temática abordada en el Seminario Internacional “Derechos individuales y derechos colectivos en la construcción del pluralismo jurídico en América Latina”, realizado el 29 de marzo de 2011 en la ciudad de Sucre, en Bolivia.

El contexto de un país como Bolivia en el que el 62,05% de la población se identifica como miembro de alguno de los 33 pueblos indígenas que existen en su territorio¹, coloca sobre el tapete la necesidad de reflexionar sobre los

1 Defensoría del Pueblo. Sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia, La Paz, 2008, disponible en: <http://www.defensoria.gob.bo/files/publicacion/es/21SistemaJuridico.pdf>, revisado el 02 de febrero de 2011.

derechos de los pueblos indígenas en su dimensión individual y colectiva y la relación entre ellos; sobre la figura de pluralismo jurídico en su fase “plurinacional” y las implicancias del reconocimiento del mismo en el texto constitucional de 2009.

En ese sentido, el Seminario abordó estos temas desde una perspectiva articulada del Derecho Constitucional, Internacional de los Derechos Humanos, Sociología del Derecho y de Derecho Comparado.

El Estado Constitucional del siglo XXI reconoce al pluralismo jurídico como pilar o principio de su configuración, es decir, de existencia de varios órdenes jurídicos (oficiales o no) que conviven en un mismo espacio y tiempo, en razón de necesidades existenciales, materiales y/o culturales.

De acuerdo con Yrigoyen, el Estado de Derecho liberal del siglo XIX caracterizado por su monoculturalidad, ha dado paso a diversos estadios de reconocimiento del Estado plural². En efecto, el modelo monista que propugnaba la existencia de sistema jurídico jerarquizado y centralizado en cada Estado, con lo cual éste era el único que podía crear normas y tener la exclusividad en un espacio geopolítico³, ha quedado desfasado.

Así, se reconoce que en los últimos 30 años, en Latinoamérica se ha pasado al reconocimiento del pluralismo jurídico de manera paulatina, que se divide en tres etapas: constitucionalismo multicultural (1982-1988), el constitucionalismo pluricultural (1989-2005) y el constitucionalismo plurinacional (2006-2009)⁴.

La primera etapa supuso una serie de reformas constitucionales (1982-1988) que reconocen la composición multicultural de la sociedad lo que encuentra un correlato en el derecho a la diversidad cultural, pero no hay un reconocimiento de la existencia de otros sistemas jurídicos tan válidos como el estatal⁵.

2 Yrigoyen Fajardo, Raquel. El pluralismo jurídico en la historia constitucional latinoamericana: de la sujeción a la descolonización, disponible en: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/destaques-do-site/3_RYF_2010_CONSTITUCIONALISMO_Y_PLURALISMO_BR.pdf, revisado el 03 de febrero de 2011.

3 Cabedo Mallol, Vicente. Constitucionalismo y Derecho Indígena en América Latina, Valencia, 2004, p. 13.

4 Yrigoyen, Raquel. Op. Cit.

5 *Ibíd.*

En el segundo de los periodos mencionados se da un paso hacia adelante y se incorpora el reconocimiento del Estado como pluricultural y el de las jurisdicciones indígenas y el de las autoridades indígenas para impartir justicia. Se quiebra de manera clara la noción de monismo, dado que la producción del derecho no depende exclusivamente de los clásicos poderes estatales como Legislativo y Judicial⁶.

El tercero de los periodos o el de plurinacionalidad, implica el reconocimiento constitucional de los pueblos indígenas como naciones antes que como culturas. Se refuerza dicho contenido, aunque ya esté vigente en el ámbito internacional, el derecho a la libre determinación de los pueblos lo que se traduce en “los derechos a la autonomía y jurisdicción dentro de sus territorios, derechos de participación fuera de sus territorios, y derecho a conformar instituciones mixtas plurinacionales en paridad”⁷. Igualmente, se transversalizan los derechos indígenas a lo largo de los textos constitucionales.

En efecto, en la actualidad el constitucionalismo plurinacional, plantea el reconocimiento de las diferencias al ámbito de los derechos, tanto en la esfera de su enunciación (dogmática constitucional), y en las garantías de ejecución y procedimientos de implementación (parte orgánica constitucional, leyes, normas y reglamentos de aplicación)⁸.

De todos estos países, son Bolivia y Ecuador los que han llegado a la tercera etapa del desarrollo del pluralismo ya que en la Constitución boliviana de 2009 y la ecuatoriana de 2008 se consagran modelos de Estado plurinacional al que hemos hecho referencia líneas arriba.

En efecto, las Constituciones de la Región Andina que hemos mencionado, al igual que las de Perú y Colombia representan el tercer y segundo periodo del reconocimiento del pluralismo jurídico en los textos constitucionales respectivamente. Las dos últimas no configuran modelos de Estado plurinacional pero tienen un avance significativo en cuanto al reconocimiento de la justicia indígena como jurisdicción especializada con manejo y estructura independiente a la de la judicatura ordinaria y a la definición del Estado o la nación como pluricultural.

6 Ibíd.

7 Ibíd.

8 Mónica Chuji Gualinga. Diez conceptos básicos sobre plurinacionalidad e interculturalidad, disponible en: <http://alainet.org/active/23366&lang=es>, revisado el 03 de febrero de 2011.

En el caso de América del Norte, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos también ha incorporado una serie de reformas a partir de las cuales reconoce a la nación como pluricultural y sobre la base de ello establece una serie de derechos a las poblaciones indígenas del país; en esa lógica además reconoce la coexistencia de sistemas normativos dentro del ámbito estatal y el derecho de los indígenas a aplicarlos.

A diferencia de ellos, las Constituciones de los países de Centroamérica se ubican en la primera etapa del pluralismo jurídico. En ese sentido, si bien hay un débil reconocimiento de derechos específicos a favor de los pueblos indígenas, no se establece algo en específico sobre la justicia indígena y/o el pluralismo jurídico.

Un ejemplo claro de la ausencia de reconocimiento del pluralismo jurídico y de los derechos de los pueblos indígenas, es el texto constitucional de Honduras. Aún cuando hay identificados siete pueblos indígenas en el país⁹, el artículo 346 de la Constitución de 1982 reconoce que “es deber del Estado dictar medidas de protección de los derechos e intereses de las comunidades indígenas existentes en el país, especialmente de las tierras y bosques donde estuvieren asentada”, pero no plantea el reconocimiento del Estado como pluricultural, tampoco los derechos específicos a favor de esta población y mucho menos la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos.

Ahora bien, uno de los pocos países centroamericanos con avances en la materia es Guatemala. En el cuadro precedente se ha colocado el artículo respectivo del texto constitucional guatemalteco que reconoce el derecho a la identidad cultural, pero no la coexistencia de dos o más sistemas jurídicos en el ordenamiento del país.

En concreto, esta invisibilización puede calificarle de monista o asimilacionista, a pesar de que Guatemala haya ratificado el Convenio N° 169 de OIT sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros acuerdos como el de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI). No obstante esta dificultad, se considera que estos dichos instrumentos implican el reconocimiento del pluralismo jurídico interno al reconocer que los pueblos indígenas pueden producir su propio derecho (derecho consuetudinario) y tener su propia justicia.

9 Ochoa García, Carlos. Derecho Consuetudinario y Pluralismo Jurídico, Guatemala, Choslamaj, 2002, p. 149.

De acuerdo con todo lo mencionado, el análisis de los derechos de los pueblos indígenas y su articulación con el sistema jurídico previamente existente se hace imprescindible en los países de la Región Andina.

La incorporación de la categoría de derechos colectivos para los pueblos indígenas genera una serie de preguntas, como su naturaleza y su vínculo con los derechos individuales. Al respecto, el colombiano Arias señala que la coexistencia entre derechos individuales y colectivos, ha provocado un problema de orden teórico relativo al tipo de relación que se ha de establecer entre ambos tipos de derechos¹⁰.

Ahora bien, de acuerdo con Stavenhagen, la relación entre este tipo de derechos se puede entender a manera de “núcleo - periferia”. Mientras el núcleo está representado por los derechos individuales, la periferia representa a los derechos colectivos, y para la realización o efectivización de los primeros, se necesita que los últimos también se cumplan¹¹. Así, este autor concluye que los derechos colectivos también deben ser considerados derechos humanos, y al mismo tiempo, debiera evitarse una situación en la que éstos disminuyan algún derecho individual¹². Al poseer la misma naturaleza no serían contrapuestos, puesto que la relación existente entre ellos es de complementariedad.

De hecho, ello concuerda con el contenido del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo que establece:

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (artículo 8.2).

Por lo tanto, el contenido de éste y otros instrumentos normativos de orden nacional e internacional para la protección de los derechos humanos

10 Arias Arias, Jaime. Avance en el reconocimiento de derechos colectivos indígenas con el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de la ONU de los derechos de los pueblos indígenas y en el proyecto de Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas., disponible en: http://www.docentes.unal.edu.co/gnemogas/docs/3_Arias_tr.pdf, revisado el 03 de febrero del 2011.

11 Stavenhagen, Rodolfo. Los derechos indígenas: Algunos problemas conceptuales, en: en Nueva Antropología, Vol. XIII, N° 43, México, 1992.

12 Ibíd.

se configura como el “límite” o parámetro para el ejercicio de la justicia indígena.

Una vez planteados algunos elementos sobre la materia, también es necesario hacer una revisión del estado de la cuestión en los países de la Región Andina y Centroamérica.

- *Pluralismo jurídico: jurisdicción indígena, legislación y desarrollo jurisprudencial en la Región Andina y Centroamérica*

Los textos constitucionales de los países andinos, establecen que las autoridades de los pueblos indígenas tienen competencias de naturaleza jurisdiccional para resolver conflictos conforme a las normas y costumbres propias de su sistema jurídico. El contenido de estos dispositivos plantea una serie de temas que deben ser desarrollados de manera más amplia por la vía legislativa y/o jurisprudencial. Estos deben comprender aspectos como el de las competencias de la justicia comunal, los límites de la actuación de la justicia comunal, su vinculación con los derechos humanos y/o fundamentales y la articulación de ésta con el sistema de justicia ordinario.

Sin embargo, el marco jurídico de los países andinos, no han tenido desarrollos amplios sobre la materia. Esta omisión por parte de los Estados genera un paralelismo jurídico que es inadmisibile en el modelo unitario de Estado que propugnan los textos mencionados, que a su vez reconocen el paradigma de la interculturalidad y la diversidad y los incorpora al ámbito social, institucional y jurídico de los países.

En el caso de Bolivia, la Asamblea Legislativa ha promulgado recientemente la Ley de Deslinde Jurisdiccional, pero ello ha despertado severas críticas por parte de muchas organizaciones indígenas por las limitaciones impuestas en cuanto a sus competencias materiales; las que en su opinión, restringen injustificadamente el derecho al Derecho propio de estas poblaciones originarias.

En el caso ecuatoriano, se viene discutiendo actualmente la elaboración de una norma de coordinación entre la justicia indígena y la justicia estatal, aunque ya se han producido algunos avances legislativos a través de la dación del Código Orgánico de la Función Judicial en el año 2009. Esta ley establece algunos lineamientos de coordinación entre

sistemas, pero sin el desarrollo y alcances que tendría una ley específica de coordinación.

Por su parte, en Colombia y Perú no se cuenta con propuestas a nivel del Legislativo, pero se han desarrollado algunos lineamientos desde la jurisprudencia, especialmente en el caso colombiano a través de la Corte Constitucional.

En el caso de Guatemala, los Acuerdos de Paz de 1996 contemplaban el diseño de un sistema nacional de justicia que respondiera a un modelo de Estado pluricultural. A partir de ello y de la ratificación del Convenio N° 169 de la OIT, se pretendió establecer mecanismos de coordinación con la justicia indígena. Así en 1997, se creó la figura de los Juzgados de Paz Comunitarios¹³.

Si bien los Juzgados de Paz Comunitarios, que imparten justicia penal, están compuestos por jueces indígenas, éstos deben resolver casos aplicando el derecho oficial, o en su caso con arreglo a “los usos y costumbres”. Otra de las críticas planteadas a esta institución es el hecho que el nombramiento de los jueces está a cargo de la Corte Suprema de Justicia, lo que colisiona con la elección de autoridades que la comunidad ha realizado. Finalmente, el hecho que se exija que el juez sepa hablar español también ha sido criticado por quienes consideran que ésta sería una imposición del sistema occidental sobre el sistema normativo de los pueblos indígenas.

En ese sentido, la justicia indígena guatemalteca se articula dentro de un esquema de subordinación, antes que de coordinación. En concreto, se ha partido de criterios jurídicos monistas o asimilacionistas, pues siempre se hace depender la eficacia de la justicia comunitaria de su adecuación a las leyes propias del sistema estatal¹⁴.

En el caso de México, la Constitución Nacional reconoce la coexistencia de diversos sistemas normativos, la competencia de la autoridad indígena para impartir justicia conforme a estos con el límite de la

13 Due Process of Law Foundation. Memoria del Seminario Taller Justicia de Paz y Derecho Indígena: Propuesta De Coordinación, Guatemala, 2004, disponible en: <http://www.dplf.org/uploads/1184703719.pdf>, revisado el 03 de febrero de 2011.

14 Ibid.

protección de los derechos individuales y de las mujeres, e impone un mandato al legislador para que establezca los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes, es decir, para que diseñe un sistema de articulación entre dichas jurisdicciones, sin embargo, esa es aún una tarea pendiente.

En ese contexto también se resalta la experiencia del Estado de Oaxaca. Al respecto, su Constitución Política reconoce la existencia de diversos sistemas jurídicos normativos y de la justicia indígena y el derecho de los pueblos a ejercerla. Asimismo, señala que es una ley la que establecerá los casos y formalidades en que proceda la jurisdicción mencionada y las formas de homologación o convalidación de los procedimientos, juicios, decisiones y resoluciones de las autoridades comunitarias.

Así, la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (LDPCIO), expedida en 1998 y reformada en 2001, establece las competencias de la jurisdicción indígena, garantías procesales para los detenidos y la figura de la homologación o convalidación de las decisiones de la autoridad indígena por cuenta de las autoridades de la jurisdicción ordinaria cuando se sometan a su consideración, salvo que aquellas contravengan la Constitución General de la República.

En líneas generales, la construcción de relaciones entre la jurisdicción ordinaria y la indígena debe responder a una noción de articulación y coordinación antes que a una lógica de imposición y/o subordinación por parte del “sistema oficial”. Por ello, las experiencias mencionadas deben ser contrastadas, examinadas y repensadas a la luz de la noción del Estado plurinacional.

- *Los linchamientos y la justicia indígena*

La problemática de los linchamientos o “justicia por mano propia” es un tema común en la Región Andina y en Centroamérica y en algunos casos se identifica a la población indígena como la principal autora de dichos ajusticiamientos.

Al respecto, la Misión de Verificación de las Naciones Unidas (MINUGUA) en Guatemala constató un promedio de 421 casos de

linchamiento con 817 víctimas entre 1996 y el 2001; del total de víctimas, 215 fueron asesinadas¹⁵.

En el caso del Perú, de acuerdo a estadísticas de la Policía Nacional, sólo entre enero y octubre de 2005 se produjeron 182 linchamientos, ocasionando la muerte de 27 personas¹⁶.

En el caso de Bolivia, entre 2009 y 2010 la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, da cuenta que durante el 2009 ocurrieron 71 casos de linchamiento, con un saldo de por lo menos 15 personas muertas y en el primer semestre del 2010 se registraron 36 casos en los que fueron asesinadas 15 personas¹⁷.

A partir de este contexto, se han generado algunas discusiones sobre lo que se entiende por justicia indígena y por linchamientos en el marco de los ordenamientos jurídicos vigentes en estos países.

Suele identificárseles como sinónimos a la justicia indígena y a los linchamientos. A partir de ello, se generan discusiones entre un supuesto “derecho colectivo a la violencia” -manifestación de la justicia indígena- versus el derecho a la integridad de la víctima de ajusticiamiento.

No necesariamente hay identidad entre ambos. Creemos que se tratan de instituciones distintas. El linchamiento, tal como lo señala el Defensor del Pueblo de Bolivia, es antes un delito que una manifestación del ejercicio de la justicia indígena¹⁸.

Ahora bien, el linchamiento en sí no es administrado por ninguna autoridad de los pueblos o comunidades que tenga reconocimiento

15 Fernández García, María Cristina. Lynching in Guatemala, Fellow, Weatherhead Center for International Affairs, Harvard University, June 2004, p. 14.

16 Lovatón Palacios, David. Acceso a la Justicia: Llave para la gobernabilidad democrática, Lima, 2007, disponible en: www.justiciaviva.org.pe

17 Oficina en Bolivia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Comunicado de Prensa: OACNUDH-Bolivia condena el linchamiento de cuatro policías en Uncía y expresa preocupación por la estigmatización de la justicia indígena originaria campesina, 9 de junio de 2010.

18 Defensoría del Pueblo. Sistema jurídico de los pueblos indígenas, originarios y comunidades campesinas en Bolivia, La Paz, 2008, disponible en: <http://www.defensoria.gob.bo/filespublicacion/es/21SistemaJuridico.pdf>, revisado el 02 de febrero de 2011.

dentro del grupo y ante el Estado en general; tampoco cuenta con las garantías y la propia sanción que impone, es *per se* ilegal.

A diferencia de dicha figura, el concepto de jurisdicción indígena se sustenta en el ejercicio de determinadas reglas y la impartición de justicia de acuerdo al derecho de la comunidad. En apoyo de ello, Waldo Albarracín ha señalado que dicha jurisdicción debe sustentarse en el principio de universalidad de los derechos.

Un tema que contribuirá a diferenciar y delimitar la propia concepción de la justicia indígena es el desarrollo legislativo y jurisprudencial sobre la materia en cada uno de los países. De hecho, la promoción y difusión del concepto de justicia indígena como jurisdicción especializada contribuye a diferenciar una figura de la otra.

En ese sentido, consideramos que el ejercicio de la jurisdicción indígena no se contrapone con la defensa de derechos individuales como la vida o la integridad personal, entre otros.

- *La protección de los derechos de las mujeres en la justicia indígena*

Las mujeres indígenas, además de las vulneraciones que sufren como pobladoras indígenas, también experimentan violaciones de sus derechos humanos específicamente relacionados a su género; es decir, enfrentan una situación de doble discriminación. En efecto, han sido y son víctimas de violencia sexual, física y psicológica; tienen menos acceso a la tierra, a la educación y a la salud.

Dicha discriminación en muchos casos se legitima en la propia comunidad con argumentos basados en el respeto a los “usos y costumbres”, la falsa idealización del mito del “buen indígena”¹⁹, y otras figuras creadas para explicar o justificar la subordinación y las relaciones desiguales entre hombres y mujeres²⁰.

19 Esta frase se refiere a la idea de que las comunidades indígenas viven en un mundo ideal donde prima el respeto a la naturaleza. En esa medida, se debe respetar sus maneras de vivir sin cuestionar si existen situaciones de desigualdad al interior de esos grupos.

20 CEPAL. Mujeres indígenas en América Latina: Brechas de género o de etnia, Santiago de Chile, 2005, disponible en: <http://www.eclac.cl/celade/noticias/paginas/7/21237/FCalfio-LVelasco.pdf>, revisado el 03 de febrero de 2010.

En la discusión sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena, el derecho indígena y su articulación con el derecho estatal, debe incorporar elementos de análisis que permitan visibilizar las situaciones de hecho y de Derecho que generan desigualdades; y al mismo tiempo plantearse alternativas de equiparación desde el punto de vista jurídico y político.

En ese sentido, la Constitución de Ecuador en su artículo 57, inciso 10, dispone que el derecho indígena no debe afectar los derechos de las mujeres, niños y adolescentes. Una disposición similar se encuentra en el caso de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos que señala que los derechos de las mujeres se constituyen como límite del ejercicio de la jurisdicción indígena e impartición de justicia de acuerdo con los sistemas normativos de los pueblos. En el resto de ordenamientos jurídicos de la Región Andina, al no existir disposiciones específicas, la protección de los derechos de las mujeres indígenas se tiene que construir en base al derecho a la igualdad y no discriminación. En concreto, se deberían buscar respuestas para los casos de violencia contra la mujer, el acceso y participación en las instituciones de la comunidad, entre otros temas.

En la línea de lo expuesto anteriormente, es necesario realizar un trabajo conjunto entre las organizaciones de los pueblos indígenas, el Estado y los programas públicos y privados de protección de los derechos de las mujeres.

Esta explicación previa permite ubicar el estado de la cuestión y mirar con el tamiz que corresponde las ponencias que enseguida presentamos.

Eddie Cóndor Chuquiruna
Comisión Andina de Juristas

DEL MONISMO AL PLURALISMO JURÍDICO: INTERCULTURALIDAD EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Farit L. Rojas Tudela²¹
Bolivia

Exergo y Localización

El título del presente texto precisa en sí de un exergo y una localización.

Entendemos por exergo una condición del discurso, pues apela al ritmo del discurso. Ex (fuera) ergon (de la obra). Es un decir antes de decir el discurso, se encuentra entre un afuera y un adentro del discurso. Entonces un exergo tiene un sitio decidido que convoca a la entrada, por ello debe asediar a lo que se propone como texto.

Nuestro exergo propone localizar el pluralismo en los márgenes de la deconstrucción:

Lo que propicia la posibilidad del pluralismo es la posibilidad de entender el Derecho como un tejido complejo (inte) legible a través de capas sobre capas, pliegues sobre pliegues, hebras sobre hebras, de manera que el Derecho sería siempre un despliegue plural, múltiple.

Y entendemos por localización a la acción hermenéutica que se sitúa en un lugar socio-histórico determinado:

Nuestra localización propone situarnos en el desarrollo de un constitucionalismo latinoamericano, entendido como la experiencia de nuestras constituciones latinoamericanas y específicamente del desarrollo más reciente a partir de las constituciones de Ecuador y de Bolivia (la CPE más reciente), ésta última aún más insistentemente pues consideramos que es la que abre con mayor fuerza el tema del pluralismo jurídico.

21 Profesor titular de Teoría del Estado y Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Boliviana "San Pablo".

Introducción: Monismo y Pluralismo

Por monismo jurídico entendemos a un solo productor soberano del Derecho, así como un solo sistema jurídico. El monismo, en consecuencia, es el reflejo de una postura central del poder, que deposita la soberanía en el Estado, tanto como único productor y dador de normas, tanto como un administrador de justicia. Es, en consecuencia, una manera de concebir el poder.

Por pluralismo jurídico entendemos una pluralidad de soberanos, así como pluralidad y variedad de sistemas jurídicos. El pluralismo, en consecuencia, es el reflejo de una postura que disemina el poder, éste ya no está aquí o allá, sino que se multiplica, se desplaza, haciendo mucho más complejo el entendimiento de la soberanía, pues esta en todo caso sería una construcción colectiva que supondría a la vez múltiples espacios de construcción de la norma, múltiples sistemas jurídicos, y a la vez otros espacios de administración de justicia, incluso un descentramiento del sujeto de derecho como veremos más adelante. Ya no es el Estado en su centralidad sino una pluralidad en movimiento.

La diferencia entre monismo y pluralismo, entonces, no es sólo una diferencia cuantitativa de sistemas jurídicos, sino en el fondo es una diferencia/desplazamiento en toda la lógica del constitucionalismo moderno. Consideramos que este nuevo constitucionalismo es distinto de las exposiciones del neo-constitucionalismo que pretende fundar el profesor Miguel Carbonell, sino que es posible afirmar que estamos delante de un Constitucionalismo Otro, cuyo adjetivo “Otro” hace tanto referencia a un adjetivo como a la construcción de un sujeto diferente.

En consecuencia es posible abordar este desplazamiento del Constitucionalismo moderno a partir de una estrategia de acontecimiento.

Modernidad del Constitucionalismo y Desplazamiento de un Constitucionalismo – Otro.

En la modernidad, la Constitución se fue convirtiendo en un determinado arquetipo²² jurídico, por ello podíamos decir la Constitución y

22 Se entiende por arquetipo a aquel modelo o forma primaria y original. Mircea Eliade señala que se puede entender al arquetipo de la siguiente manera: “un objeto o una acción adquieren valor y de esta forma llegan a ser reales porque participan, de una manera u otra, en una realidad que los trasciende” (Eliade 2002, 14). Esta participación es en si el arquetipo.

no así las Constituciones. En tanto arquetipo “la Constitución” recreaba un modelo original o primario de idea de organización política. Ya Montesquieu caracterizaba el arquetipo al señalar que no hay Constitución sin división de poderes²³. El carácter arquetípico es por su misma naturaleza (de modelo único y originario) monista y a la vez genera un conjunto de fuerzas centrípetas en los procesos constituyentes dirigidas a habilitar el referido arquetipo jurídico. Su fuerza se encuentra en la discursividad jurídica la misma que es mono-referente, es decir desarrolla como referencias misma de una Constitución el lenguaje de la discursividad jurídica constitucional continental.

Consideramos que no nos encontramos, respecto a la Constitución ecuatoriana y boliviana, con constituciones típicas, heredada de la tradición republicana y del constitucionalismo continental, sino con constituciones-acontecimiento²⁴ que posibilitan pensar en una constante expansión constitucional. Esta fuerza (o conjunto de fuerzas) son externas a la teoría constitucional e incluso al texto mismo de la constitución, que más bien parece presentar una constitución con postulados aparentemente puntuales.

Los físicos, al momento de tratar la constante expansión del universo, han apostado estos últimos años a la teoría de las cuerdas, la cual señala que las partículas materiales aparentemente puntuales son en realidad estados vibracionales de un objeto extendido llamado cuerda. Esta cuerda no sólo puede moverse sino a la vez oscila, posibilitando comprender la posible expansión del universo.

En un sentido similar, los postulados emergentes de los procesos constituyentes ecuatoriano y boliviano, y su resultado aún móvil, que denominamos nueva Constitución Política del Estado, se presentan como

23 Idea que finalmente se plasmará en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el mismo que señala: “Toda sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución”.

24 La concepción de una “constitución-acontecimiento” hace referencia en sí a un principio epistemológico: la verdad de la Constitución radica en su posibilidad de acontecimiento único, que concierne en sí a la lógica de fuerzas políticas vivas que trascienden a una interpretación dogmática, realizada a partir de otras fuentes de interpretación constitucional. La verdad acontecimiento de la constitución la sitúa necesariamente en el entramado de fuerzas que si bien no se exployó en el nuevo texto, sí dejó un conjunto de pautas para su realización futura. Asimismo una “constitución-acontecimiento” abre una nueva temporalidad, una nueva forma o manera de representarnos las temporalidades, no sólo porque el Derecho sea en sí una forma o manera de temporalidad, sino porque en tanto acontecimiento abre una nueva lógica temporal de transición como veremos más adelante.

cuerdas oscilantes con la posibilidad de prever una posible expansión del pluriverso constitucional en nuestros países²⁵. Este carácter oscilante evita pensar en una constitución política como punto de llegada del poder constituyente (ya sea trascendente o inmanente), ni tampoco pensar en un poder constituyente que se hubiera integrado a la nueva constitución²⁶. El poder constituyente mantiene aún una relación viva, compleja, de exterior constitutivo respecto al poder constituido o constitución.

El carácter oscilante de los postulados aparentemente puntuales permite pensarlos como una fuerza vibracional expansiva del conocimiento constitucional, que podemos encontrarlo en una institucionalidad nueva (Estado plurinacional), una ética jurídica y políticamente nueva (vivir bien) una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico) un régimen político nuevo (democracia intercultural, democracia comunitaria), nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, colectividades, pueblos indígenas originario campesinos, comunidades interculturales y afrobolivianas), descentramiento del sujeto de derecho (resguardo jurídico en tanto sujeto de derechos a la naturaleza y a los seres vivos) y que son sólo un conjunto de pautas, de postulados en oscilación y con una fuerza vibracional que muchas veces no coincide con otras partes de la Constitución, en las que existe más un efecto centrípeto hacia un estado de cosas mucho más familiar a la teoría constitucional continental²⁷.

Es necesario que el carácter vibracional de los postulados de este nuevo constitucionalismo, nos permita tratar una porosidad del Derecho y de los derechos que permita a la vez construir nuevos entendimientos colectivos de transformación social.

25 Utilizamos la denominación pluriverso en contraste de la noción universo, y en consecuencia sus efectos, el pluriverso genera lo pluriverbal, es decir, la diferencia en constante transformación, en tanto el universo genera lo universal, cuyo movimiento tiende a ser centrípeto o tiende a lo estático. La idea de centro supone que algo se busca estar estático, busca eliminar el movimiento.

26 Las teorías del poder constituyente generalmente han planteado su naturaleza de tres maneras: el poder constituyente como trascendente (Kelsen), el poder constituyente como inmanente (Rawls) y el poder constituyente como integrado (Schmitt). En el caso boliviano, el poder constituyente aún conserva su carácter de exterior constitutivo, de fuerza y reflujo externo que no es ni inmanente ni integrado al nuevo texto constitucional, sino que es posible pensar en que el mismo va más allá.

27 La interpretación jurídica generalmente va entender su objeto desde el punto de vista eminentemente jurídico, en consecuencia ante un concepto distinto, ante una categoría ajena tenderá generalmente a cercarla, a hacerla cognoscible desde su discursividad. En este sentido la interpretación jurídica opera de manera muy similar a lo que Boaventura denomina razón metonímica: "que se reivindica como la única forma de racionalidad y, por consiguiente, no se dedica a descubrir otros tipos de racionalidad o, si lo hace, es sólo para convertirlas en materia prima" (de Sousa 2006, 68)

La porosidad del Derecho hace referencia en si a su constante no completitud en la gestión de la conflictividad y en el desarrollo de un derecho en devenir. El carácter de “constitución – acontecimiento”, al que nos referíamos anteriormente, permite tratar a los textos constitucionales como el resultado de un complejo campo político en el que se trató de constituir una nueva gramática jurídica y política y que una buena parte de las contradicciones, vacíos y deficiencias, además de los indecibles de los textos constitucionales, adquieren una interpretación coherente, sin dejar de ser complejas ni completas.

Plurinacionalismo y Pluralismo Jurídico

Consideramos que el plurinacionalismo se encuentra íntimamente ligado al pluralismo. Lógicamente el pluralismo no es sólo jurídico, sino y ante todo político, económico, cultural, institucional²⁸ y lingüístico. Sin embargo, consideramos que en el reconocimiento del pluralismo jurídico se está poniendo en juego las relaciones jurídicas de poder del Estado, que habilitan los demás pluralismos, siempre con sus particularidades y complejidades. Por esta razón, en este subtítulo unimos tanto al plurinacionalismo y al pluralismo jurídico, enfatizando el carácter de ensayo interpretativo que supone el presente texto.

En el caso boliviano, el carácter plurinacional del Estado es transversal en todo el texto constitucional; se lo menciona 130 veces. Asimismo cabe resaltar que no sólo caracteriza al Estado y sus instituciones, sino asimismo al gobierno, a la diversidad, a la conciencia popular y a los criterios de elegibilidad de magistrados, tribunales, etc. En consecuencia, es un indecible complejo y fundamental y que creemos opera paradigmáticamente, inicialmente, como soporte de los otros indecibles como pluralismos, descolonización, autonomías y vivir bien, y, posteriormente, como movimiento de transformación estatal pues los indecibles suponen flujos y reflujos, estadios vibracionales, de un derecho en devenir.

Si lo plurinacional no puede encontrarse en si en el Derecho constitucional (tal vez con excepción al tratamiento del federalismo plurinacional de Miguel Caminal para las circunstancias españolas), es necesario ir en busca de este

28 En tanto el artículo 2 de la nueva Constitución Política del Estado reconoce el derecho de las naciones y pueblos indígena originario campesinos a sus instituciones, y el artículo 30, parágrafo II, numeral 5, señala que es un derecho de éstas a que sus instituciones sean parte de la estructura general del Estado, estamos habilitados para hablar de un pluralismo institucional.

exterior constitutivo, que nos permita otras lecturas del fenómeno. Conforme a nuestra estrategia de acercarnos a la comprensión de estos indecibles, revisaremos algunas resoluciones del proceso constituyente.

Lo que está en juego en el proceso constituyente boliviano es justamente la manera en la que se concibe el Estado, se refunda el Estado, que lo entendemos como el núcleo duro mediante el cual se desarrolla la institucionalidad estatal, la caracterización de la población, los criterios de elegibilidad de determinados funcionarios públicos, el funcionamiento de la justicia, de la democracia y del control social, las territorialidades y el desarrollo de las autonomías y de la descentralización, etc. Véase como ejemplo el informe de minoría de la Comisión de derechos, deberes y garantías de la Asamblea Constituyente, que comienza señalando lo siguiente:

“Acompañamos esta propuesta de texto constitucional que corresponde al ámbito de la Comisión, nuestras exposiciones sobre Visión en la Plenaria de la Asamblea Constituyente y un artículo reciente y crítico sobre la propuesta de ‘Estado Plurinacional Comunitario’, que estimamos es el tema central del debate en la Constituyente.”

Es interesante que el informe de minoría de la Comisión de derechos, deberes y garantías, destaque inicialmente la concepción de Estado como el tema central del proceso constituyente, pues detrás de esta concepción no se puede alojar la filosofía política liberal, y, en consecuencia, se cancela una manera, una forma de comprender no solamente los derechos, los deberes y las garantías, sino a la vez la relación del Estado con la sociedad. La forma republicana del Estado boliviano es afectada a partir de introducir el paradigma Estado Plurinacional Comunitario, que en el fondo se refiere a la manera en la que se gestiona esta relación Estado – sociedad.

De manera acertada, el informe de minoría mencionado retrata la importancia de la concepción filosófica que está en juego en el proceso constituyente. Dicho de otra manera, lo que está en juego, que habíamos empezado a caracterizar, es la concepción misma del Estado.

En el informe de mayorías de la Comisión Visión de País, la transversalidad del Estado plurinacional como núcleo fundante de la nueva gramática política es mucho más enfática, es más nuclear y decisiva al manifestar en su propuesta de artículo primero de la Constitución que *“Bolivia es un Estado Unitario Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, social, descentralizado y con autonomías territoriales, se funda en la pluralidad y*

el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico”, redacción que proviene de la propuesta del Pacto de Unidad (un exterior constitutivo, un afuera del proceso constituyente, propiciado por las organizaciones sociales indígenas de Bolivia), y en parte se conserva ya en el texto de Constitución vigente de Bolivia.

Asimismo, en la fundamentación de la propuesta de Estado Plurinacional Comunitario, que encontramos en el informe de mayoría de la Comisión Visión de País se señala:

“Las naciones y pueblos indígenas originarios y campesinos hoy tenemos el desafío de participar en la refundación de Bolivia, construyendo un nuevo país fundamentado en los pueblos como sujetos colectivos, hacia la construcción de un Estado plurinacional, que trascienda el modelo de Estado liberal y monocultural cimentado en el ciudadano individual”.

Es un Estado plurinacional porque:

1. Lo nacional es diverso y no mono cultural
2. Su organización económica, social, jurídica y política reconoce y articula a todas las naciones y pueblos indígenas, originarios, campesinos y población intercultural del campo y la ciudad.
3. Respeta, garantiza y promueve la identidad, el gobierno, el pluralismo jurídico y la integración intercultural de cada una de las naciones y pueblos del campo y las ciudades.
4. Respeta la diversidad de formas de representación política.”

Prestemos atención a mencionada fundamentación que se realiza del Estado Plurinacional Comunitario en Bolivia.

La voluntad constituyente entiende al Estado Plurinacional Comunitario como una manera de de construir el Derecho de individuos y reconstruir un Derecho de los pueblos, como sujetos colectivos. Asimismo, se menciona enfáticamente al pluralismo jurídico pero como una comprensión de articulación e interculturalidad, lo cual nos invita a repensar la manera de comprender el Derecho y los derechos de distintas maneras inicialmente.

El constituyente nos pide no razonar de manera exclusiva y principal en torno a individuos, sino debe razonarse en torno a colectividades; entonces existe una intención de abandonar el paradigma liberal en la concepción de derechos y avanzar a una nueva manera de comprenderlos. En este sentido, la relación Estado - sociedad también se ve afectada, puesto que ya no son

los individuos los que realizan el pacto social, sino que se habilitan otros sujetos, y a la vez se descentra el sujeto de derecho al habilitar en el texto constitucional a otros seres vivos (artículo 33) como sujetos de derechos, en consonancia con lo establecido para la naturaleza en la Constitución Política del Ecuador (artículos 71 al 74).

El Derecho puede crear sujetos y objetos; es también una estrategia de poder, en tanto genera saberes y verdades con efectos funcionales a los sistemas de poder (en sintonía con lo que Foucault señala respecto a la relación Poder - subjetividad). Esta es una reflexión interesante para observar como el Derecho y las estrategias de poder generaron subjetividades diversas y que se expresaron con mayor nitidez en los procesos constituyentes.

Ahora, si se debe razonar en torno a colectividades, el reconocimiento de derechos y de protecciones jurídicas en el canon de los individuos y en el marco de la filosofía política liberal, no transforma la construcción política del Estado de las correlaciones de fuerza que son en sí el núcleo duro de esta legalidad, pero sí el Estado ha mudado o pretende hacerlo de un Estado-nación liberal y monista a un Estado Plurinacional Comunitario, determinado por el pluralismo jurídico. El núcleo duro del Derecho y de los derechos también han mudado o pretende hacerlo a una concepción distinta a momento de tratar un lenguaje de los derechos. En este sentido, el complejo Estado Plurinacional Comunitario presenta un nuevo paradigma oscilante que genera y generará transformaciones en la relación Estado - sociedad.

Este núcleo duro del Derecho y de los derechos, que parte por reconstruir la lógica jurídica desde las colectividades y transformando el canon individual, no supone de facto una negación de los derechos, los deberes y las garantías comprendidos desde la filosofía del constitucionalismo liberal, primero por que los mismos todavía se conservan en el catálogo de derechos establecidos en las Constituciones, y segundo porque el Estado plurinacional debe habilitar un proceso de transcrición²⁹ y traducción intercultural que posibilite pensar en un pluralismo jurídico distinto a un dualismo jurídico, en el que se preste atención a la cualidad porosa del Derecho. Sobre este punto es interesante prestar atención a la fundamentación del informe de la subcomisión de justicia ordinaria del Proceso Constituyente boliviano:

29 La transcrición es un proceso complejo que pasa por el conocimiento de otras matrices culturales, en el caso específico respecto a su gobierno, sus formas de administrar los conflictos, su justicia. Es un proceso de enriquecimiento mutuo de culturas, para autocriticarse y construir de manera colectiva formas nuevas de vida cotidiana.

“Se pretende impregnar las normas constitucionales promoviendo principalmente los derechos naturales fundamentales de todo ser humano con las nuevas corrientes doctrinales el expreso reconocimiento vinculado a los derechos de los pueblos originarios.”

Asimismo el tratamiento en la subcomisión de justicia comunitaria, en cuyo informe se señala:

“La jurisdicción indígena originario campesina respetará los valores y derechos fundamentales establecidos en la presente Constitución, interpretados interculturalmente.”

La condición del tratamiento de los derechos fundamentales, entonces, sustentan una especie de transcrición y de traducción intercultural, entendida a partir de esta impregnación de las normas constitucionales a partir de matrices civilizatorias y culturales distintas, y a partir de la interpretación intercultural de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución; todo esto de acuerdo a la voluntad del constituyente. Debe recalcarse que mencionada interculturalidad, en el discurso que acompaña las explicaciones de las comisiones de la Asamblea Constituyente boliviana, trata de desmarcarse del multiculturalismo de orden liberal.

Entonces, es necesario revisar cuáles son estas condiciones de posibilidad de construcción del Estado plurinacional, más allá del liberalismo constitucional.

El pluralismo en este contexto vendría a ser la aceptación de los varios “otros” distintos en el sentido que se complementan y se enriquecen mutuamente, expresada en el pluralismo jurídico.

Una corriente reciente del pluralismo jurídico, de la cual son tributarios Boaventura de Sousa Santos, Sally Engle Merry, John Griffiths entre otros, es la que podemos llamar pluralismo postcolonial o nuevo pluralismo, que la vemos destilarse en los informes del proceso constituyente. Este pluralismo es el que acompaña como correlato a otros fenómenos, de característica política, económica, cultural, etc. El nuevo pluralismo *“no concibe los distintos ordenamientos jurídicos como entidades separadas que pueden llegar tocarse en algunos puntos de influencia, buscando mantener su identidad propia. Por el contrario, sostiene que existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos presentes en un espacio social determinado (...) los derechos se mezclarían unos con otros, existirían préstamos y transposiciones entre sus elementos simbólicos y materiales (...) la comunicación y la constitución mutua*

de los distintos ordenamientos jurídicos serían sus principales elementos (...) Los derechos no presentarían fronteras siempre franqueables. No serían unidades cerradas, independientes y aisladas, sino que sus límites serían porosos, nunca plenamente abiertos, pero tampoco totalmente cerrados. Su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar” (Ariza y Bonilla 2007, 53-54).

En esta compleja concepción de pluralismo jurídico, desde la mirada postcolonial, encontramos la posibilidad de fusionar horizontes en lo que a justicia se trata y a la manera de pensar los derechos, deberes y garantías desde una esfera no necesariamente perteneciente al constitucionalismo liberal. Para comprender la dimensión de lo que pone en juego este tipo de pluralismo, analicemos a continuación algunas aclaraciones e implicancias del mismo.

Primero, no se debe concebir los ordenamientos jurídicos como entidades separadas ni independientes. Esto supone que entre los ordenamientos jurídicos se genera una compleja interrelación, no existiría independencia de uno sobre otro, sino un criterio de interlegalidad, de mutuo enriquecimiento, de interdependencia que posibilita pensar en una porosidad jurídica de emergencia, en el sentido planteado por Boaventura de Sousa Santos: “es el modo en que el futuro se inscribe en el presente y lo dilata” (Sousa 2010, 38).

Segundo, existen relaciones de intersección, mezcla e interrelación entre los distintos sistemas jurídicos: Ninguno se mantendría “puro” sino se transformarían de manera conjunta, mostrando cada vez más su carácter de “incompletitud” y la posibilidad de pensar en un retorno de la política al Derecho, en el momento de empezar a construir un nuevo constitucionalismo.

Tercero, sus elementos principales serían la comunicación y la constitución mutua de los distintos ordenamientos jurídicos. Esto supone trabajar en estos elementos principales, que en materia jurídica serían los principios jurídicos, y que a la vez deban plasmarse en normativa performativa que de nacimiento a esta interlegalidad. La comunicación y constitución mutua precisa de los márgenes de una traducción intercultural y una hermenéutica pluritópica, en la que los saberes se impregnarían mutuamente y generarían formas de gestionar la conflictividad.

Cuarto, órdenes jurídicos sin fronteras, es decir, sin la explicitación de un deslinde, sino en constante interrelación y en constante construcción de

interlegalidad, como se puede ver de manera manifiesta en los informes de la subcomisión de justicia comunitaria, así como en los textos de proyectos de Constitución de Chuquisaca (la Calancha) y el de Oruro, en los cuales no se planteaba una ley de deslinde sino una comprensión intercultural del Derecho.

Quinto, órdenes jurídicos porosos, es decir, con una complejidad de no estar ni totalmente abiertos ni totalmente cerrados. El carácter de porosidad es el que debe trabajarse para dar nacimiento a un pluralismo jurídico “post colonial”. El carácter de porosidad que ya fue mencionado constantemente en el presente texto debe trabajarse teórica y prácticamente, a parte de buscar un derecho que responda en sí al caso concreto más que a la legalidad positivista.

Sexto, su paradigma ya no es la costumbre o el derecho consuetudinario; su principal manifestación es el estándar. Esto significa que no se hablaría ya de muchos Derechos, o muchos órdenes jurídicos, sino de un solo Derecho intercultural y un solo orden jurídico plural, abierto y en constante construcción, en consonancia con lo señalado con los artículos 1, 9, 30, 98, 179 del texto vigente de la Constitución.

Un pluralismo jurídico “post colonial”, un pluralismo jurídico que se adecúe a los procesos de sedimentación y acumulación histórica en nuestro país, entonces, debe prestar atención a esta manifestación que se hace evidente en el trabajo constituyente.

Una de las primeras consecuencias de tomar como eje paradigmático un pluralismo jurídico post colonial, supone ingresar a repensar un Derecho posnacional, en el que el reconocimiento de la existencia de comunidades interculturales, afrobolivianas, pueblos y naciones indígena originario campesinos, debe llevarnos a reflexionar en lo que se encuentra en juego después del fin del paradigma Estado-nación; es decir, emprender una reflexión post nacional que supone dejar sin efecto la concepción de que el Estado sea la única fuente de Derecho, y encontrar en el Estado una síntesis de las correlaciones de fuerzas vivas de una compleja sociedad plural. En este sentido, el Estado existe en sí como pacto y principio del Derecho en devenir, y no como monopolio de la violencia jurídica monolítica, ni del establecimiento de la verdad del Derecho, elemento que juega de manera fundamental a momento de conceptualizar el lenguaje de los derechos, deberes y garantías.

Una segunda consecuencia del pluralismo jurídico “post colonial” y “post nacional”, pasa por comprender que las divisiones de Derecho Público y Derecho Privado quedarían en algunos momentos constitutivos (momentos de constitución de interfase e interlegalidad), necesariamente en suspenso. Entendamos que el Derecho Público ha sido comprendido como el conjunto de normas que subordinan la voluntad individual, y el Derecho Privado como el conjunto de normas que coordinan las voluntades individuales. En ambos casos el Derecho tiene como garantía de performatividad (de subordinar o coordinar) la fuerza y el monopolio de violencia legal en el Estado. En este caso de construcción colectiva del Derecho, a momento de dejar en suspenso la concepción monolítica del Estado, es necesario suspender la división clásica del Derecho en materias, y en consecuencia generar la imposibilidad de pensar, dentro de un pluralismo jurídico, en una supresión de materias, pues el sólo hecho de pensar en materias supone una definición de las mismas por parte del Estado, o por la pre configuración de un poder (que puede expresarse en el saber jurídico²⁹), por ello afirmamos que el pluralismo jurídico post colonial es a la vez post nacional, y post academicista, es decir supone en su construcción la interrelación y transcítica de los saberes, entendiendo la noción de transcítica como el proceso de conocimiento entre matrices culturales y civilizatorias y la utilización de ese conocimiento para autocriticarse y reformar la organización y la vida política, jurídica, económica y social de las referidas matrices culturales y civilizatorias.

Una tercera consecuencia del pluralismo jurídico “post colonial”, “post nacional” y “post academicista”, supone comprender una nueva concepción del Derecho, y, en consecuencia, de sus instrumentos con los que interactúa. No puede pensarse más en que los derechos humanos, la Constitución, las leyes y otros órdenes jurídicos son los que jerárquicamente conciben al pluralismo jurídico, sino debe pensarse en ellos como parte de la construcción de un nuevo Derecho, debe verse en ellos el carácter de ductilidad y transitoriedad a nueva forma de Derecho en devenir, el cual se manifestaría siempre en su carácter poroso. En consecuencia, un nuevo pluralismo jurídico supone la posibilidad de intersección, mezcla e interrelación de los órdenes jurídicos que darán nacimiento a una nueva forma de comprender el Derecho y los derechos,

30 Tomamos aquí la reflexión de Foucault que se resume en entender, percibir que detrás de un saber existe la necesaria correlación de un ejercicio de poder, que saber y poder se precisan mutuamente, que la prórroga de un ejercicio de poder sólo puede lograrse si a la vez se pone en funcionamiento un determinado saber. En este sentido es necesario reflexionar que una de las condiciones fundantes del Derecho en su praxis académica (de discurso, de disciplina, de saber) supone a la vez el ejercicio de poder.

por y en la dinámica de la sociedad plural y compleja. Esto significa dejar en suspenso la jerarquía normativa que se traduce en la pirámide jurídica.

Entonces, estas tres consecuencias nos llevan a plantear primero una transitoriedad del sistema jurídico boliviano, de sus instrumentos (Constitución, leyes), sus instituciones, su base económica y su modo de producción de la realidad, afectado y enriquecido por esta síntesis de fuerzas, saberes y praxis política, que supone una refinada comprensión epistemológica del Derecho. Y a la vez la posibilidad de que la Justicia, y el Derecho en sí puedan salir de la esfera monolítica estatal, no sólo abandonándola, sino que reconstruyendo el Estado, repensando el Estado. Por ello, la importancia que atribuimos a la revisión discursiva en la construcción del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia en los archivos de la constituyente.

Esta condición de transitoriedad del Derecho y del Estado puede leerse en el preámbulo de la nueva Constitución Política del Estado boliviana, cuando los constituyentes manifiestan que:

“Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario”

Entonces debemos comprender la interculturalidad del Estado constitucional como transcítica, como interpretación intercultural.

No debe olvidarse que de acuerdo al artículo 1 de la Constitución de Bolivia “Bolivia se funda en la pluralidad”, es decir, la sustancia en la que se funda el Estado boliviano supone el reconocimiento de una pluralidad previa, anterior. Este es un dato por demás interesante, debido a que no se parte de la unidad pueblo, sino de la pluralidad relacional que construye al Estado. Esta pluralidad no conforma en última instancia una síntesis, sino que habilita un proceso complejo de política, entendida esta última como democracia.

Tomando a la pluralidad como momento previo y constitutivo de la sociedad (y del Estado), el pluralismo jurídico presenta (o se presenta en) una acción en devenir (que llega una y otra vez), una acción en movimiento, pues no hay forma de agotar finalmente y de manera definitiva la pluralidad del pueblo soberano en una sola forma de organización, pues éste es en sí una polifonía de voces a momento de pluralizarse.

Esta pluralidad/multiplicidad/devenir la podemos denominar “coral”, en el sentido de polifonía de voces. En este caso lo “coral” es partera de la multiplicidad. La condición coral opera desde una suerte de multi lugar, pues tiene la condición de hablar desde lo múltiple, desde el nosotros, que no se cerraría a la unidad. Un nosotros central, departamental, regional, municipal e indígena que tiene por condición de ser el antagonismo de la pluralidad. Uno varios nosotros de escrituras plurales en la construcción colectiva de las leyes.

Bibliografía

Ariza, Libardo José (2009) *Derecho, saber e identidad indígena*. Bogotá – Colombia: Ed. Siglo del hombre.

Ariza, Libardo José/Bonilla, Daniel (2007) “Pluralismo Jurídico”, en Engle, et al. *Pluralismo Jurídico*. Bogotá – Colombia: Ed. Siglo del hombre.

De Sousa Santos, Boaventura (2010) *Refundación del Estado en América Latina*. La Paz – Bolivia: Ed. Plural.

Rodríguez Veltzé, Eduardo/Rojas Farit et al (2011) *Pluralismo Jurídico y ley de deslinde*. Texto sin publicar.

Rojas, Farit (2010) (...) *derechos deberes y garantías*. En Documentos de la Enciclopedia Jurídico Constitucional. Texto sin editar.

Zeballos, Mariana (2010) “El Estado Plurinacional. La Paz – Bolivia”. Tesis de Ciencias Políticas, UCB.

EL PLURALISMO JURÍDICO - UNA COMPARACIÓN A NIVEL DE AMÉRICA LATINA

Horst Schönbohm³¹
Alemania

En el siglo XX, México fue uno de los primeros países en América Latina que reconoció derechos de los pueblos indígenas. Desde entonces, tanto a nivel nacional como internacional, se han venido introduciendo reformas normativas que han venido a reconocer derechos específicos para los pueblos indígenas.

Ausencia de una Política Pública específica sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

La brecha de implementación de los derechos de los pueblos indígenas todavía es muy amplia, y es que a nivel práctico los derechos de los pueblos indígenas no son efectivamente respetados ni mucho menos garantizados por los Estados.

Todavía no se cuenta con políticas públicas específicas que respondan ante este deber de respeto y garantía efectiva de los derechos de los pueblos indígenas. Es imperante la necesidad de contar con una política que establezca parámetros de actuación para los Estados y desarrolle de manera integral la implementación de los derechos de los pueblos indígenas. Así, las medidas a tomarse por parte de los Estados deberán responder ante las distintas

31 Juez Civil y Penal ® de la ciudad de Kassel en Alemania. Representante de la Fundación Konrad Adenauer-KAS en el Perú, Costa Rica, Venezuela, Argentina durante 17 años. Durante este período ha iniciado en 1991 el Programa de Estado de Derecho de la KAS y en 1994 el Anuario del Derecho Constitucional en Latinoamérica. Director Siedla de la KAS y editor de la revista trimestral Contribuciones. Asesor Principal del Proyecto Apoyo a la Reforma del Sistema Procesal Penal en Bolivia desde 1998 hasta el 2003. Asesor Principal del Proyecto Apoyo a la Reforma del Sistema Procesal Penal y de la Administración de la Justicia en el Perú, desde el 2003 hasta el 30-Jun-2010. En la actualidad, jubilado como Juez y Consultor internacional en aspecto de reformas judiciales en América Latina.

amenazas que vienen afectando la vida e integridad de los pueblos indígenas como colectivo. Entre las que podemos señalar están:

- Los procesos de inmigración de miembros de grupos de indígenas hacia pequeñas ciudades fuera del territorio de la comunidad y hasta las capitales de las provincias.
- La inmigración fuerte de colonos de la zona de la sierra a la selva, especialmente a las zonas donde hay tala ilegal de los árboles y la minería informal, principalmente de oro. Sobre todo esto último amenaza a las comunidades indígenas porque lleva también a la prostitución, y como consecuencia, a la trata de personas.
- Una integración económica y social aún parcial de los pueblos indígenas al resto del país. Así como consecuencia también una asimilación cultural y la pérdida de la identidad cultural de los integrantes de los pueblos, poniéndose en “jaque” las formas tradicionales de vida y de organización en sociedad propias de estos pueblos.

Es así que al formularse una política pública respecto a los derechos de los pueblos indígenas, será decisivo a partir del reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derechos, haciéndolos partícipes en la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas a ser implementadas. Afirmaciones como que los pueblos indígenas son grupos social y culturalmente atrasados, deberán ser eliminadas.

El Pluralismo Jurídico en la Región Andina

Las Constituciones de los países de la región andina como Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Venezuela, empiezan a reconocer el pluralismo jurídico a partir de los años 90, reconocimiento que se ve reforzado por la ratificación de instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT (1989) y la aprobación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007). De esta forma, y a través de una lectura integral de todos estos cuerpos normativos, el derecho que tienen los pueblos indígenas a su propio Derecho viene a ser doblemente reforzado, tanto a nivel interno como a nivel internacional. Así, el común denominador viene a ser el derecho de los pueblos indígenas a una cultura común y a existir, desarrollar y regular sus propias instituciones y sus formas de vida, como, por ejemplo,

solucionando los conflictos que se susciten al interior de sus territorios. Es por eso que se les ha reconocido a los pueblos indígenas el derecho a administrar justicia al interior de sus territorios.

Unánimemente, todos estos instrumentos coinciden en establecer como límite para el ejercicio de su propio derecho la no vulneración de los derechos fundamentales del ser humano. Sin embargo, es importante precisar que al reconocerse al interior de los Estados culturas distintas a la estatal, toda interpretación que se busque realizar de los Derechos Humanos deberá ser una interpretación intercultural, evitándose valorar una cultura por sobre la otra.

A pesar de este reconocimiento expreso en las constituciones e instrumentos internacionales, sigue vigente la analogía un solo Derecho a un solo Estado, es decir, un Estado con un solo derecho. Así el Estado sería el único que puede administrar justicia y también el único que ostenta el uso legítimo de la fuerza. No se ha producido un cambio de mentalidad en los operadores judiciales respecto a que al interior de los Estados conviven distintos Derechos, como el Derecho indígena, además del Derecho estatal.

Las constituciones disponen que una ley de coordinación es la que vendrá a dirimir las competencias y posibles conflictos de interlegalidad entre la justicia indígena (Derecho indígena) y la justicia estatal (Derecho estatal). Esta disposición se convierte en una necesidad apremiante ante los conflictos que se siguen presentando entre ambos sistemas jurídicos, conflictos que desembocan en situaciones de violencia social.

Con frecuencia, el desconocimiento de los operadores de justicia sobre las competencias de la justicia indígena, ha tenido como consecuencia la persecución penal de autoridades de los pueblos indígenas por el simple ejercicio de su propio derecho reconocido en instrumentos normativos nacionales e internacionales. Muchas de las autoridades indígenas son perseguidas y procesadas por delitos de privación a la libertad, secuestro o abuso de autoridad.

El caso de Colombia resulta interesante, ya que si bien el artículo 246 de la Constitución reconoce funciones jurisdiccionales a los pueblos indígenas que habitan en su territorio, también establece límites al ejercicio de estas funciones a lo señalado en la Constitución y las leyes de la República. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia también ha señalado que establecer como límite todo el cuerpo normativo constitucional

y legislativo privaría de contenido a la jurisdicción especial indígena, por lo que ha establecido cuatro mínimos jurídicos: Derecho a la vida, prohibición de la tortura, prohibición de la esclavitud y el principio de legalidad entendido desde un principio intercultural. (Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia como T-254/94 y T-349/96).

Por otro lado, Guatemala, a pesar de tener uno de los porcentajes más altos de población indígena en América Latina, hasta hoy no cuenta a nivel constitucional con un artículo que reconozca el derecho de los pueblos indígenas. A mediados de los años 90, en el Acuerdo de Paz, se acordó con los pueblos indígenas el reconocimiento de su propia identidad y el derecho a su propio Derecho. Pero esta norma ha sido rechazada en un referéndum sobre las respectivas reformas a la constitución, entre otros, porque los indígenas casi no participaron en el referéndum.

En el caso peruano, el artículo 149 de la Constitución, reconoce que las comunidades campesinas, nativas y rondas campesinas gozan de funciones jurisdiccionales en los límites de su territorio y que no vulneren derechos fundamentales.

Las rondas campesinas representan un caso particular. Y es que los operadores de justicia estatales han venido negando las funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas mediante una interpretación literal del texto del artículo 149, señalando que sólo podrán administrar justicia las rondas si forman parte de una comunidad campesina o nativa, no reconociendo funciones jurisdiccionales a aquellas rondas campesinas que se conformaron autónomamente y que no se encuentran adscritas a una comunidad campesina o nativa.

Las rondas campesinas autónomas surgieron en la década del 70 del siglo pasado con un aproximado actual de 500,000 ronderos. Pueden ser definidas como defensas ciudadanas que asumen la protección de la población en las zonas rurales. La actividad de los ronderos abarca desde el esclarecimiento de casos de abigeato, hurto y violencia doméstica, hasta las disputas por alimentos. Sus acciones se rigen por su derecho consuetudinario. No son infrecuentes los conflictos violentos con la policía y la justicia, porque no se han aclarado lo suficiente los alcances de los derechos de los ronderos.

Sin embargo, esta tendencia busca ser revertida por un reciente Acuerdo Plenario de la Corte Suprema (Acuerdo Plenario de la Corte Suprema 1.2009/

CJ-116) que reconoce funciones jurisdiccionales a las rondas campesinas, buscándose poner fin a las persecuciones penales que vienen sufriendo las rondas campesinas por el solo hecho de administrar justicia de acuerdo a un mandato constitucional. Actualmente, alrededor de más de 1,000 ronderos se encuentran sometidos a procesos penales, acusados de usurpación de funciones o secuestro.

¿Los Avances Constitucionales e Internacionales se Reflejan en el Quehacer de las Autoridades Judiciales de los Estados?

Pero aún con todos los avances en el campo nacional e internacional, la práctica cotidiana del Derecho en la mayoría de los países todavía no ha cambiado sustancialmente, y es que muchas autoridades indígenas vienen siendo procesadas penalmente por el solo hecho de ejercer funciones jurisdiccionales establecidas en su constitución y reforzadas por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los operadores judiciales estatales son instruidos sólo en el Derecho estatal mas no en el Derecho propio de los pueblos indígenas.

Así, por ejemplo, en el caso de las Escuelas Judiciales, la Academia de la Magistratura (AMAG) del Perú no cuenta con una currícula permanente y transversalizada que aborde temas como el pluralismo jurídico y Derechos indígenas a la par con los cursos básicos de capacitación para un funcionario del poder judicial.

Se refleja una falta de medidas efectivas que vinculen directamente las autoridades del sistema de justicia estatal con los derechos de los pueblos indígenas, en especial con el ejercicio de su propio Derecho.

Por otro lado, es necesario establecer el estatus jurídico y/o dictar medidas legislativas con la participación de los pueblos indígenas en los siguientes temas del derecho:

- Los derechos consuetudinarios de las comunidades indígenas entrañan en la mayoría de los casos normas detalladas en relación con distintos temas. El problema radica en que, en muchos casos, el derecho formal no reconoce los acuerdos establecidos en virtud del derecho consuetudinario o dichos derechos son denegados en la práctica del Derecho. Esto da lugar a numerosos conflictos, que en parte se resuelven por vía de la violencia. No se procesan

judicialmente ni se corrigen los ataques arbitrarios que vulneran los derechos de los pueblos indígenas.

- La determinación de la aplicabilidad geográfica del derecho consuetudinario indígena. Esto no representa un problema en el interior de la comunidad, pero sí en los territorios ubicados fuera de dicho espacio nuclear. Resulta prioritario el cumplimiento de la obligación estatal en la delimitación, demarcación, titulación y registro de los territorios de los pueblos indígenas.

Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

En este campo se reconoce que el Derecho indígena resulta aplicable cuando el delito ha sido cometido en los límites territoriales de un pueblo indígena. Así, las nuevas legislaciones procesales penales de Bolivia y del Perú lo estipulan expresamente. Pero al igual que en prácticamente todos los países, existe mucha confusión respecto a lo que esto significa para la práctica del proceso penal.

Es necesario esclarecer las siguientes preguntas, entre otras:

- ¿Cómo se determina la competencia geográfica y temática de los fueros jurisdiccionales indígenas? La competencia territorial no siempre se encuentra claramente delimitada, ya que incluso los límites territoriales de la comunidad indígena a menudo no se encuentran claramente definidos. Además, es necesario aclarar cómo se determina la competencia cuando un acto delictivo es cometido en el ámbito de la competencia de una comunidad indígena por un miembro de otra comunidad indígena o incluso de otra región del país. ¿Qué derecho se aplica y quién emite la sentencia? Este punto es importante para hacer respetar el derecho por el juez natural. De ahí, la importancia de contar con una ley de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.
- ¿Qué aplicabilidad tienen los derechos procesales incorporados en la Constitución, por ejemplo, el derecho a un proceso justo, el derecho a una audiencia legal, así como a la segunda instancia? ¿Y qué hay de la vigencia del Pacto de San José, que ha sido ratificado por casi todos los países latinoamericanos y que en su artículo 8 contiene un amplio catálogo de derechos procesales y no contempla ninguna excepción a la aplicabilidad de dichos preceptos?

- Cuando a un perpetrador se le ordena entregar una reparación en virtud del derecho del pueblo indígena y la víctima es una persona externa a la comunidad indígena, ¿en qué derecho se basa la determinación de la demanda de indemnización de la víctima?

Respecto al Derecho de Familia:

La incorporación de las normas del derecho de familia de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico nacional ha sido discutida muy limitadamente hasta el día de hoy.

- El reconocimiento del matrimonio basado en el derecho indígena por parte del ordenamiento jurídico formal. Esto tiene efectos a largo plazo, especialmente cuando la comunidad conyugal se deshace y una de las partes se muda a otra región del país. En esos casos, ¿se reconoce como equivalente a un matrimonio regular la comunidad conyugal establecida en virtud del derecho tradicional? Este aspecto tiene consecuencias de amplio alcance para el derecho de filiación, y eventualmente también para el derecho a alimentos, el derecho hereditario, etc. ¿En qué derecho se basan las decisiones sobre eventuales demandas de alimentos? ¿Cómo se pueden aplicar o ejecutar las sentencias dictadas en un proceso que se rige por el derecho indígena? ¿Están obligadas las instancias judiciales formales, la policía, etc., a prestar asistencia judicial en la aplicación de las sentencias? Esto aplica a todos los otros ámbitos del Derecho, trátase del Derecho civil general o del Derecho penal.

Preguntas generales que deben ser dilucidadas en relación con todas las esferas del Derecho:

- Determinar de manera suficiente en qué circunstancias se puede hablar de derecho indígena, de ordenamiento legal indígena, en contraposición a meras costumbres. ¿Son aplicables en esas circunstancias los principios que han sido desarrollados para el derecho consuetudinario? ¿Prevalece el derecho de la comunidad indígena a la autodeterminación?
- ¿Qué debe entenderse bajo el término “indígena”? ¿Se trata de un concepto referido a las características raciales o más bien a la integración de una persona en una comunidad social-, política- y

económicamente organizada en función a normas tradicionales, que se remontan a la época precolombina? ¿Esto se define según el contexto en cuyo marco se utiliza el término? En el campo jurídico debe aplicarse la segunda alternativa. Cuando la persona concernida proviene de otra comunidad o incluso de otra parte del país, en la cual las normas carecen de validez o incluso no se conocen, en ese caso simplemente el hecho de vivir en la comunidad afectada hace que sus normas sean aplicables a la persona, ya que se puede inferir que acepta dichas normas.

- Un problema adicional radica en definir bajo qué condiciones se trata de un pueblo indígena propiamente dicho. Cuántas comunidades locales de la selva amazónica, así como también de la sierra, se encuentran fuertemente mezcladas con inmigrantes que provienen de otras partes del país, donde rigen normas muy diferentes. ¿Dónde se deben trazar los límites, para que se pueda seguir hablando de un pueblo indígena?

LA JUSTICIA INDÍGENA COMO ESPACIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LOS DERECHOS COLECTIVOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Fernando García Serrano³²
Ecuador

El Ecuador ha vivido en los últimos diez años dos procesos³³ de cambios constitucionales como parte de varios intentos por lograr una verdadera reforma del Estado que permita al país entrar en un proceso de estabilidad política, condición básica para superar su situación actual, tanto en el campo de la desigualdad económica como en el de la exclusión social y cultural.

Este trabajo se inscribe en el marco de este proceso e intenta mostrar el grado de reconocimiento y vigencia de los derechos individuales y colectivos de las nacionalidades y pueblos indígenas al interior del sistema de justicia ecuatoriano, que permita determinar los avances y retrocesos de un nuevo pluralismo jurídico en construcción dentro del país.

La primera parte de la ponencia presenta un balance de los avances reconocidos en las constituciones de 1998 y 2008 y su puesta en práctica en los años post constituyentes, la segunda hace una reflexión sobre el carácter de los pueblos indígenas como sujetos colectivos de derecho y, finalmente, culmina

32 Antropólogo graduado en la Pontificia Universidad Católica de Ecuador en 1972. Realizó su postgrado en la Universidad Iberoamericana de México. Ha trabajado como docente e investigador en la Universidad Católica, en temas de desarrollo en varias ONGs y en el Fondo Ecuatoriano-Canadiense de Desarrollo. Ha sido consultor de varios organismos internacionales. Actualmente es coordinador del programa de antropología de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales sede Ecuador (FLACSO). Sus áreas de interés son los temas étnicos, movimientos sociales, cultura y poder y antropología jurídica.

33 El autor hace referencia a los dos procesos de reforma constitucional realizados en los últimos diez años, el primero entre 1997 y 1998 y el segundo entre 2007 y 2008.

con los retos que plantea para la justicia indígena equilibrar la vigencia de los derechos individuales y colectivos a futuro.

Cabe mencionar que el caso de Ecuador en el contexto latinoamericano ha sido un referente importante en los últimos veinte años. Se trata de un país clave en el proceso de la reforma constitucional, y en esa medida la comparación con otros países similares, en especial México, Guatemala, Venezuela, Colombia, Perú y Bolivia, puede dar luces sobre uno de los retos pendientes, en especial la transformación definitiva hacia un Estado plurinacional e intercultural que permita no sólo el reconocimiento de la diversidad cultural sino también su participación definitiva en las estructuras de poder económico y político de cada país.

Los Derechos Colectivos en la Constitución de 1998

La principal reivindicación de las nacionalidades indígenas ecuatorianas en las reformas constitucionales de 1998 fue la definición del Estado como pluricultural, multiétnico y plurinacional. Solamente se aprobó las dos primeras características (artículo 1), mientras la tesis de la plurinacionalidad fue rechazada por atentar contra la unidad nacional y abrir la posibilidad de crear nuevas “naciones indias”, así como fragmentar y dividir al país. Todos estos argumentos son esgrimidos por los asambleístas de la oposición y por las Fuerzas Armadas consecuentes con la política de seguridad nacional.

En esta Constitución cabe resaltar otros importantes avances. El título de derechos fundamentales incorpora los derechos colectivos de los pueblos indígenas y afroecuatorianos (artículo 84 y 85)³⁴, que fueron quince agrupados en siete campos temáticos: tierras y territorios, explotación de recursos naturales, educación, salud, identidad, formas propias de organización y autoridad, conocimientos ancestrales y propiedad intelectual colectiva.

Además está el título de la Función Judicial, que reconoce la aplicación de la justicia indígena y la vigencia del pluralismo jurídico (artículo 191) y, finalmente, en el título de la organización territorial y descentralización figura la creación de las circunscripciones indígenas y afroecuatorianas (artículos 224, 228 y 241) como un primer paso a la constitución de las denominadas autonomías indígenas.

34 La Constitución ecuatoriana es la única en América Latina que tiene en el capítulo de derechos fundamentales la aprobación explícita de derechos colectivos de los pueblos indígenas.

A la distancia se puede afirmar que estos avances se inscriben en el denominado “multiculturalismo constitucional” (Van Cott 2005; Clavero 2008), que más que reconocer la existencia de la diversidad cultural en realidad incorporó la dimensión étnica dentro del Estado. Es importante precisar que este intento de reforma del Estado abrió también la puerta a otro tipo de reformas económicas y políticas que pretendían la plena vigencia del modelo neoliberal y en especial mejorar la eficiencia del Estado, siguiendo los planteamientos del denominado “Consenso de Washington”.

En uno de sus últimos trabajos, Clavero (2008) hace un balance sobre el estado de cumplimiento de los derechos de los pueblos indígenas en América Latina y concluye que hay una gran distancia entre la norma constitucional y su aplicación, especialmente por la ausencia del carácter vinculante de la legislación o dicho en el lenguaje del enfoque de derechos y garantías planteado por las Naciones Unidas (CEPAL 2006), se reconocen los derechos pero no han sido acompañados por las garantías sociales (políticas públicas, programas y proyectos) que garanticen su cumplimiento.

En esa misma línea de argumentación, el Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Rodolfo Stavenhagen (2008), coincide en afirmar que el ciclo de reformas legales que caracterizó a la década de los ochenta y noventa puede evaluarse como “muchas reformas, pero pocos resultados”.

El mayor impedimento para el avance y consolidación de los derechos indígenas ha sido la poca voluntad gubernamental para aplicar esos derechos. Decepciona la doble moral con la que los Estados enfrentan la cuestión étnico-nacional en la región. Por un lado, la legislación afirma el reconocimiento de la diferencia, pero al mismo tiempo los Estados y su clase política dirigente despliegan estrategias políticas y económicas que buscan minar las bases colectivas de los pueblos. Utilizando el lenguaje jurídico-político estatal se privilegia la vigencia de los derechos individuales sobre los derechos colectivos.

Vale la pena mencionar que cuando se alude a la falta de compromiso de los Estados con los derechos indígenas no me refiero únicamente a la acción, omisión y violación desde el poder ejecutivo. Los poderes legislativo y judicial comparten la misma responsabilidad. En la mayoría de los países, por ejemplo, no se ha aprobado legislación secundaria, ni se han tomado resoluciones

jurídicas a favor de los derechos indígenas, a excepción de algunas sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, a partir de su creación en 1992.

Si se hace un balance, los desencantos son mayores que los encantos en el período post constitucional 1998-2008. A pesar de la inclusión del carácter pluricultural y multiétnico del Estado y del reconocimiento de los derechos colectivos de las nacionalidades indígenas y pueblo afroecuatoriano, la Constitución de 1998 no contribuyó a ningún cambio estructural en el país. Más bien contribuyó a la neo liberalización del Estado, a la adopción de políticas de privatización de los servicios estatales, y a la explotación por compañías extranjeras de los recursos naturales que, en su mayoría, se encuentran en tierras indígenas y afroecuatorianas. En otras palabras, el Estado definió el marco jurídico para la aplicación definitiva del modelo neoliberal.

El llamado “multiculturalismo constitucional”, planteado por los grupos hegemónicos que han controlado el Estado y aprobado en la Constitución de 1998, surge como una estrategia de “democratización” siempre y cuando su incorporación no atente contra el poder político y económico establecido. El Estado ecuatoriano ha sido consecuente con la expresión popular “la norma se aprueba, pero no se cumple”, pues durante diez años no ha puesto en vigencia una política pública de mediano y largo plazo dirigida a las nacionalidades indígenas que forme parte de un plan nacional de desarrollo.

Desde la perspectiva de las nacionalidades indígenas, esta situación es ilustrada por el enunciado planteado por Hale (2002) acerca del “indio permitido”, transformado en el tiempo de aquella otra expresión de muchos escritores latinoamericanos del “indio alzado”. En el caso ecuatoriano, la estrategia mantenida por los pueblos indígenas de combinar la desobediencia civil (los levantamientos nacionales, por ejemplo) con la obediencia civil (la creación de instituciones públicas indígenas y la conquista del poder local e inclusive nacional por la vía electoral) ha llevado a que la frontera entre “uno y otro indio” se vaya moviendo de acuerdo a la correlación de fuerzas de los movimientos indígenas y del Estado.

Los Derechos Colectivos en la Constitución de 2008

En la Constitución de 2008 se aprobaron cinco derechos colectivos adicionales a los quince aprobados en 1998. Dos de ellos provienen de la Declaración y Agenda de Durban del año 2001, planteados como demanda del pueblo afroecuatoriano, mencionados en los numerales 2 y 3 del artículo

57, según los cuales se añade dos nuevos derechos: a “no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica o cultural” y el derecho al “reconocimiento, reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación”, es decir, se abre la posibilidad por parte del Estado de acciones afirmativas hacia las nacionalidades indígenas y pueblos afrodescendientes.

El tercero tiene que ver con el derecho a “crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes” (artículo 57, numeral 10). Esta alusión última establece también un avance constitucional.

Los dos últimos se refieren al derecho de “ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de sus derechos colectivos” (artículo 57, numeral 17) y finalmente el derecho a “la limitación de las actividades militares en sus territorios” (artículo 57, numeral 20), ambos inspirados en la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas.

También vale la pena citar el artículo 171 que reconoce la justicia indígena como régimen especial. Pero claro, el asunto no es simplemente el reconocimiento de un sistema jurídico indígena o de la jurisdicción indígena, un reconocimiento que puede convertirse en un pluralismo jurídico “unitario”, como diría Hoekema (2002:71) con el sistema indígena subordinado frente al sistema “ordinario”; se corre el peligro de que el sistema de justicia indígena sea simplemente incluido como un sistema aparte y paralelo para los indígenas. Más bien, el asunto es la posibilidad que el artículo 171 abre para la coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y “ordinaria”, posibilitando así una interpretación intercultural de las leyes, de un interculturalismo y de un pluralismo jurídico “igualitario”, siguiendo al mismo Hoekema.

Finalmente, el artículo 76, literal i, al hablar de los derechos de protección se señala que “nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”. Lo cual complementa lo establecido por el segundo párrafo del artículo 171 que reza así: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas”. Estos elementos son un avance en comparación con la Constitución de 1998.

En conclusión, lo realmente novedoso de la propuesta de la nueva Constitución no es la introducción de nuevos elementos, sino su intento de construir una nueva lógica y forma de pensar, bajo otros parámetros. Una lógica y forma que no pretende reemplazar o imponer, sino construir enlaces entre los conceptos y prácticas de vida de los pueblos indígenas y afroecuatoriano y los conceptos y prácticas que nos han regido desde la formación de la República con su perspectiva monocultural, uninacional y de monismo jurídico.

Cabe mencionar que luego de más de dos años de aprobación de la norma constitucional la función legislativa ha aprobado dos leyes secundarias que concretan al artículo 171 constitucional: el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial³⁵, el Título VIII, artículos 343 al 346, está dedicado a las relaciones entre las dos justicias y la ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que en su capítulo IX, artículos 65 y 66, trata sobre la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena. Con esto se pretende garantizar el derecho de aquellas personas que estén inconformes con las decisiones de las autoridades indígenas si violan los derechos constitucionalmente garantizados o discriminan a la mujer por el hecho de ser mujer. Estas personas podrán acudir a la Corte Constitucional e impugnar la decisión. En esta ley se define el ámbito, los principios y procedimientos cuando surjan estas situaciones.

Por su parte, la Corte Constitucional en los dos últimos años ha emitido siete sentencias relacionadas con los pueblos indígenas, dos de ellas merecen ser citadas y comentadas. La primera trata del caso No. 0027-009-AN por la cual la Universidad Amawtay Wasi impugna al Consejo Nacional de Educación Superior (CONESUP) su decisión de impedirle abrir sedes fuera de la ciudad de Quito. La sentencia No. 008-09-SAN-CC (9 de diciembre de 2009) da la razón a la mencionada Universidad mediante la aplicación de tres principios:

El de la continuidad histórica: el cual se define que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante su colonización y sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres culturales, normas, instituciones jurídico-político-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.

35 Para una mayor discusión sobre el tema, ver García (2009).

El de la diversidad cultural: a partir del cual, la función de la ley, en el caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no sólo la relación entre el Estado y la ciudadanía, sino “las identidades entre los pueblos”, es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.

El de la interculturalidad: el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra. El diálogo intercultural, como señala Oscar Guardiola-Rivera (2008, 74), no es otra cosa que “el diálogo intercultural, entre las diferentes epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza con la sociedad diversa”.

La segunda sentencia tiene que ver con la acción de inconstitucionalidad presentada por la CONAIE por la aprobación de la Ley Minera por parte de la Asamblea Nacional (caso No. 008-09-11-IN y 0011-09-IN). Los motivos de esta acción se debían a la omisión de la consulta previa prelegislativa (artículo 57, numeral 17 constitucional) y el atentado contra varios derechos colectivos de los pueblos indígenas (artículo 57 constitucional).

La sentencia No. 001-10-SIN-CC (18 de marzo de 2010) desecho la acción de inconstitucionalidad planteada por la CONAIE, sin embargo, definió que la consulta pre-legislativa no es un mero procedimiento, sino un derecho colectivo de los pueblos indígenas. Por tanto, se norma su procedimiento y se lo exige como mecanismo previo para aprobar las leyes que se aprueben en adelante y que afecten los derechos colectivos de los pueblos indígenas.

Finalmente es importante mencionar la propuesta conjunta llevada adelante por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y Natural, la oficina de Naciones Unidas y las organizaciones indígenas nacionales con el fin de elaborar la ley de coordinación y cooperación entre los sistemas de derecho indígena y el sistema de derecho ordinario que se encuentra actualmente en discusión en la Asamblea Nacional.

Los Retos de los Derechos Individuales y Colectivos

Para terminar algunas reflexiones y propuestas. El reconocimiento de los sistemas de derecho indígenas en Ecuador no está en duda; los avances de la Constitución de 2008 muestran que el derecho no puede ser regresivo sino progresivo. Es preciso avanzar en la aprobación de la ley de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema de derecho ordinario, previsto al final del artículo constitucional No. 171. Esta ocasión aparece como una oportunidad propicia para preparar y aprobar dicha ley con la participación de todos los actores involucrados y cumpliendo los requisitos previstos para el efecto, en especial el proceso de consulta previa pre-legislativa mencionada en artículo 57, numeral 17, de la Constitución.

Además de la ley es necesario acumular jurisprudencia sustanciada por las diversas instancias de la justicia ordinaria (Cortes Provinciales, Corte Nacional y Corte Constitucional) y la justicia indígena bajo la inspiración de los principios constitucionales y la interpretación intercultural. Estas acciones son básicas para ir discerniendo aquellas situaciones polémicas que muchas veces las normas de ambos sistemas no pueden resolver.

También es importante mencionar la necesidad todavía urgente de que los sistemas de justicia indígena deban ser conocidos y apreciados por el sistema ordinario de justicia (en especial por los actores directamente involucrados: magistrados, jueces, abogados, trabajadores judiciales, estudiantes de derecho). Es el momento de debatir sobre el mutuo reconocimiento y abrir espacios que definan las diferentes instancias de coordinación y cooperación que se requiere para un cabal cumplimiento de sus mandatos. En este sentido el inicio del denominado diálogo intercultural tal como lo propone Santos (2010) entre representantes de los diferentes sistemas de derecho podría ser el inicio de la práctica del pluralismo jurídico en el país. Este diálogo recomendado debería intervenir sobre un conjunto de temas que por su naturaleza polémica requieren de un análisis profundo. Se trata de la relación derechos humanos y derecho indígena; derechos individuales y derechos colectivos; derechos de las mujeres y “usos y costumbres”; competencia, jurisdicción y pluralismo jurídico, interlegalidad e interculturalidad

El tema de la práctica del pluralismo jurídico en el país requiere de un debate abierto, interdisciplinar, interétnico, participativo y de carácter académico que dé cuenta de la importancia del tema. Se trata de una cuestión de interés nacional. Por lo tanto, no cabe que sea tratado en el marco de la

pugna política entre el gobierno y el movimiento indígena; se debe impedir su politización, en beneficio de alcanzar acuerdos al respecto.

Toda esta situación analizada muestra que en el Ecuador hay todavía fuentes de tensión interétnica y de discriminación que faltan por resolver. Se distinguen por lo menos tres de ellas: el uso y explotación de los recursos naturales y de los conocimientos ancestrales colectivos; la presencia del racismo por parte de la población mestiza hacia los pueblos indígenas y afroecuatorianos; y, por último, la vigencia de los sistemas de derecho indígena y del sistema de derecho ordinario. Cualquier intento de resolución de estos temas activan todavía posiciones esencialistas y cerradas por parte de los diferentes actores. Parte de la explicación podría residir en el hecho de que lo que se está disputando son espacios de poder político. En el caso de la justicia esto es claro, su aplicación constituye antes que nada un ejercicio de poder y, por lo tanto, su cuestionamiento genera enfrentamientos y pugnas.

Bibliografía

CEPAL (2006) *Panorama Social de América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL.

Clavero, Bartolomé (2008) *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre constituciones mestizas*. México D.F.: Siglo XXI Editores.

García, Fernando (2007) *Los pueblos indígenas: derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. Quito: FLACSO y Oxfam América.

----- (2009) *Diagnóstico Socio jurídico de seis sistemas de derecho indígena*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, inédito

Guardiola-Rivera, Oscar (2008) *Being Against the World: Rebellion and Constitution*, London: Routledge, Birkbeck Law Press.

Hale, Charles (2002) "Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the politics of identity in Guatemala" in *Journal of Latin American Studies*, vol. 34, pp. 485-524.

Hoekema, André J. (2002) "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", en *El Otro Derecho* No. 26 y 27, ILSA, Bogotá, pp. 63-98.

Santos, Boaventura de Sousa (2010) *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*. Ediciones Abya-Yala, Quito.

Stavenhagen, Rodolfo (2008) *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. México: UNESCO.

Van Cott, Donna Lee (2005) *From Movements to Parties in Latin American: the evolution of ethnic politics*. Cambridge University Press.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN EL MARCO DEL PLURALISMO JURÍDICO EN BOLIVIA

Ramiro Molina Rivero³⁶
Bolivia

La presente ponencia trata sobre las diferencias, similitudes y articulaciones entre los derechos individuales y los derechos colectivos, en el marco del pluralismo jurídico y el Estado plurinacional como referentes esenciales de la nueva Constitución Política del Estado en Bolivia.

Para ello se revisará brevemente algunos antecedentes históricos respecto a los derechos individuales y colectivos, para luego analizar la inscripción de los derechos individuales y colectivos en la Constitución.

Algunos Antecedentes Diacríticos

La coexistencia entre derechos individuales y colectivos nace desde los principios de la sociabilidad humana, considerando que el ser humano no sólo es individuo sino esencialmente parte de algún referente social colectivo. Si bien a largo de la historia se ha privilegiado un derecho sobre el otro, de acuerdo a ciertos parámetros ideológicos, la eliminación por completo del uno a favor del otro, nunca fue posible. Si retomamos las tendencias ideológicas que se generaron en el occidente durante los últimos siglos de modernidad, el derecho individual ha sido privilegiado sobre los derechos colectivos, excepto durante este último siglo de experiencia socialista en la ex Unión Soviética,

36 Licenciado en Ciencias Políticas y Filosofía de la Universidad de Connecticut, New Haven; estudios de postgrado para el doctorado en Antropología en la Universidad de Columbia, Nueva York; Maestría en Políticas Públicas en la Universidad de Harvard, Boston. Profesor en Patrimonio Cultural y Antropología Política Indoamericana en la Universidad Católica Boliviana. Profesor invitado en la Universidad de Altos Estudios en Ciencias Sociales de París y la Universidad de Bergen en Noruega.

Fue el primer Ministro de Asuntos Indígenas entre 1993 y 1996, Presidente de la Fundación Diálogo y Rector de la Universidad de la Cordillera entre 2003 al 2006. Actualmente es Director del Museo Nacional de Etnografía y Folklore en Bolivia.

donde se impuso como derecho colectivo determinante la clase social, generando dos bloques mundiales hegemónicos que duró hasta 1989.

Por otro lado, y con la caída del muro de Berlín, el reconocimiento o no de la existencia de derechos colectivos en favor de determinados grupos o colectividades, ha devenido en una de las cuestiones jurídico-políticas más controvertidas de las últimas décadas, particularmente en torno al surgimiento de las grandes movilizaciones indígenas a nivel continental en América Latina.

Sin embargo, y en contra de lo que pudiera pensarse, la teoría de los derechos colectivos no es nueva sino que ha ocupado a clásicos del pensamiento político como Aristóteles, Vitoria, Rousseau, Hegel, Fichte o Marx (López Calera 2000, 155). También ha constituido uno de los aspectos fundamentales de la evolución política y social del mundo (qué otra cosa es sino la pugna establecida entre el liberalismo y el marxismo). Y ello es lógico, puesto que, en definitiva, el debate sobre la dimensión individual o social del ser humano es un problema casi tan viejo como la propia humanidad, o por lo menos tan viejo como la propia filosofía política.

Sin embargo, el debate sobre derechos colectivos de reciente data se da en un contexto global en el que pueblos y naciones no occidentales cuestionan e interpelan la predominancia del derecho individual particularmente en las declaraciones de los derechos humanos promovidos por las Naciones Unidas. Muchos países, especialmente del Asia, África y Latinoamérica, introducen propuestas concretas de reconocimiento de los derechos humanos colectivos según formas tradicionales tanto de corte religioso o culturalista.

De acuerdo a muchos analistas, los destinatarios de los derechos humanos, los sujetos titulares, lo son siempre las personas, los individuos, los seres humanos. No puede entenderse la existencia de derechos humanos si no tienen como objetivo la defensa y desarrollo de todos y cada uno de los individuos que pueblan la tierra, uno a uno considerados. Unamuno reflejaba muy bien esta idea cuando a la pregunta de ¿quién eres tú?, respondía: “¡Para el universo nada, para mí todo!”.

Hay numerosos derechos (derecho a la vida, a la libertad personal, a la libertad de domicilio, de pensamiento, de expresión, etc.) que son perfectamente ejercitables y aplicables de forma individual. Junto a ellos existen, sin embargo, otros muchos derechos de carácter social o político (la

huelga, sindicalización, participación política, o pertenencia étnica o nacional o derechos a la cultura propia) cuya puesta en práctica sólo tiene sentido si se ejercita de forma colectiva. No parece haber duda alguna, por lo tanto, la posibilidad de un ejercicio colectivo de los derechos humanos.

A pesar de aquello, mucho más polémico resulta la posibilidad del reconocimiento de una titularidad colectiva de los derechos humanos. Es ésta una cuestión sobre la que se ha debatido y escrito mucho en torno a las últimas declaraciones de derechos humanos y particularmente los inscritos en el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, recientemente aprobado por la Organización de las Naciones Unidas.

En un mundo occidental profundamente individualista en su historia moderna, resulta difícil justificar la existencia de derechos colectivos, en tanto particularmente su titularidad. Domina la idea de que los derechos colectivos son una categoría injustificada, innecesaria, políticamente incorrecta e incluso peligrosa.

La modernidad reconoció al individuo como fundamento y fin último de toda organización colectiva, articulando siempre lo colectivo al individuo. Kant lo resumió con esta tesis central de su revolución copernicana (ética y epistemológica): “todo ser racional, como fin en sí mismo, debe poderse considerar, con respecto a todas las leyes a que pueda estar sometido, al mismo tiempo como legislador universal”. De esta cita solamente individuos autónomos pueden ser la justificación de cualquier forma de organización social, de cualquier ente colectivo. El individualismo moderno sostiene que lo colectivo es una construcción de los individuos, no es algo “natural”, sino “artificio”. Los fenómenos sociales se basan en ficciones y los fenómenos individuales se basan en hechos. Nada colectivo tiene sentido si no es por su incuestionable servicio a los individuos.

Ahora bien, a pesar del predominio liberal sobre el sujeto del derecho, las paradojas rodean cada vez más al individualismo. El individualismo contemporáneo no puede ignorar los roles tan importantes que desempeñan los llamados sujetos colectivos. No podemos olvidar una paradoja nuclear que planteaba la propia Declaración Francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que fue sin duda y ante todo una declaración de derechos individuales, inalienables y sagrados, fijando límites, sin embargo, a esos derechos, límites que recaen en la soberanía de la “nación”, esto es, en

un genérico y difuso derecho colectivo, así como en la “ley como voluntad general”.

La ley podía prohibir aquellas acciones que fueran dañosas, no estrictamente a unos individuos, sino esencialmente a la sociedad. “El origen de toda soberanía reside fundamentalmente en la nación. Ningún órgano, ni ningún individuo pueden ejercer autoridad que no emane expresamente de ella” (artículo 3º). “La ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad” (artículo 5º). “La ley es la expresión de la voluntad general...” (Artículo 6º) de la Declaración de los Derechos del Hombre.

Entonces el derecho de las naciones y de los pueblos a su soberanía, que es un derecho colectivo inventado por el individualismo moderno, sigue vivo todavía hoy y engendra conflictos doctrinales y políticos muy serios. Si se mira al pasado se podrá contemplar que dos guerras mundiales y todo un amplio proceso político de descolonización enormemente conflictivo y violento se han dado por la afirmación decidida de ese derecho colectivo emblemático, que es el derecho de las naciones y de los pueblos a la autodeterminación y a sus recursos naturales o en suma a su emancipación.

En tiempos recientes y particularmente en América Latina, los pueblos y naciones indígenas optaron por reivindicar sus derechos fundamentales colectivos, de preservación de sus identidades, organizaciones, lenguas, culturas e instituciones. La historia contemporánea no se puede entender sin ese fenómeno político de enorme importancia e impacto social que es el nacionalismo que, como ideología política para la conquista del poder, se apoya incuestionablemente en los derechos colectivos de las naciones. Ricardo Calla (1998), sin embargo, ya nos advirtió acerca de las consecuencias nocivas de nacionalismos exacerbados de tipo europeo en los movimientos sociales de hoy, que terminan muchas veces en la fragmentación de los países y los enfrentamientos bélicos inesperados entre las propias entidades étnicas que conforman los movimientos sociales.

La cuestión de los derechos colectivos es, sin duda, una de las más complejas que plantea hoy la teoría de los derechos humanos. Entre los grupos que reivindican estos derechos se encuentran los derechos de los pueblos indígenas, que pretenden conseguir, además del respeto a los derechos de las personas que las integran, el reconocimiento y la protección del derecho a su existencia y del derecho a su propia identidad. Estos derechos colectivos hoy forman parte de una nueva “política de la diferencia y de la pluralidad” y que implican un importante cambio en las nociones de

soberanía y de autodeterminación, a diferencia de las políticas integracionistas y homogenizadoras que pretendían generar una sola identidad nacional, a costa de la eliminación de las diferencias socioculturales.

Pese al haber culminado la Guerra Fría hace un par de décadas, aún subsiste el debate entre dos concepciones divergentes del Derecho. Por un lado, la visión liberal de Occidente de que los derechos humanos constituyen un atributo individual de toda persona humana, y por otra, la visión de los derechos colectivos culturales de determinados grupos humanos, afirmándose que sin este reconocimiento no podrían gozarse plenamente de los derechos individuales. Como diría Rodolfo Stavenhagen (1998): “en los grupos comunitarios (familia, clan, pueblo, o comunidad religiosa), los individuos tienen derecho a su dignidad y a ser respetados como tales, pero su identidad se vincula a la del grupo al que pertenecen y hacia el cual también tienen determinados deberes y obligaciones”.

Pero al final, todo el aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un imperativo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los derechos colectivos.

Por lo tanto no se puede tratar al individuo como sujeto de derechos humanos generales, desvinculado de su grupo primario. Este colectivismo, opuesto al individualismo, también tiene problemas en el momento del cumplimiento de los derechos humanos, ya que, como toda construcción humana, estas sociedades podrían ser patriarcales, jerárquicas y autoritarias, en las que los derechos fundamentales de niños, mujeres y jóvenes podrían estar en riesgo. Por consiguiente, la complementariedad con los derechos individuales es clave para una solución integral de los derechos.

Como trataremos de mostrar a continuación, estas transformaciones se enmarcan en el objetivo global de gran parte de los “movimientos indígenas” actuales, especialmente en el contexto del proceso de construcción de un Estado plurinacional, con el objetivo de llegar a articular una concepción pluralista del orden político y jurídico que contribuya a revalorizar el sentido del arraigo y de la diversidad.

En el caso de Bolivia una muestra de ello está inscrito en la propia forma de Estado plurinacional, pero además inscrito en numerosos artículos que garantizan los derechos colectivos.

Lo plurinacional surge del reconocimiento de la preexistencia colonial de las naciones indígenas originarias, es decir, el reconocimiento de la matriz poblacional de una significativa parte del pueblo boliviano. Este pluralismo es rescatado por el estado y derivado a un pluralismo de naciones, considerado por varios autores como “un avance sustantivo en el pluralismo democrático, construido a partir del despliegue de las identidades colectivas y el comunitarismo político” (Prada 2008). Algunos piensan que el Estado plurinacional no es otra cosa que la solución práctica a un desafío para anular el Estado monocultural vigente. De acuerdo a algunos ideólogos del proceso: “El Estado plurinacional no es una impertinencia teórica ni un capricho intelectual, sino tiene que ver con una historia real”, que en el momento actual requiere una definición de forma de Estado que rompa con el antiguo modelo monocultural y que exprese una realidad concreta y vigente.

Como diría García Linera (2010), “el Estado plurinacional es una solución virtuosa de esa articulación histórica, de vida, de idiomas, de culturas. El Estado plurinacional no es un tema de debate meramente intelectual, aunque si tiene su vertiente teórica, es un hecho práctico, de una realidad en construcción. Un “bloque de poder” construido a partir del ensamble de varias matrices culturales, lingüísticas e históricas”.

Ahora bien, si entendemos que el carácter comunitario es traducido en derechos colectivos en la nueva Constitución basados en el reconocimiento de las instituciones que estructuran los comportamientos y conductas colectivas de las comunidades rurales, la Constitución Política del Estado se refiere entonces a las *marqas*, los *ayllus*, las *tentas*, las capitanías, las comunidades agrarias sindicales y neocomunidades, también llamadas interculturales.

La institucionalidad del nuevo bloque de poder teóricamente trae efectivamente otras experiencias. No solamente trae idiomas, otras culturas, otros héroes, otras referencias geográficas, sino también trae una diversidad de prácticas diferenciadas en el orden socioeconómico y político. Por ejemplo, en el campo político existen diferentes maneras de prácticas democráticas de corte participativa, en la que lo colectivo y las individualidades se unen en sistemas rotativos, pero también electivos, para asumir cargos públicos. En el campo económico, las experiencias provienen de prácticas cotidianas diferentes donde se aplican racionalidades diferenciadas provenientes tanto de sistemas tradicionales asociativa en la producción, formas de reciprocidad y distribución como también del sistema del mercado moderno globalizado altamente monetarizado.

El Pluralismo Jurídico y los Derechos Individuales y Colectivos

La institucionalidad donde se expresan los derechos colectivos de manera explícita son los sistemas de administración de la justicia. La Constitución establece el pluralismo jurídico como sistema que reconoce jurisdicciones diferenciadas como: la ordinaria, la indígena y la medioambiental.

De una forma amplia podemos definir, con Raquel Yrigoyen (1995), que la pluralidad jurídica como “la existencia simultánea -dentro del mismo espacio de un estado- de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales”.

En otras palabras, el pluralismo jurídico en Bolivia significa dos cosas: (i) la incorporación de varias jurisdicciones en el seno de un único sistema judicial: resaltando la jurisdicción ordinaria y la indígena originario campesina en condiciones de paridad o igualdad; y, finalmente, (ii) el pluralismo jurídico significa además del reconocimiento de jurisdicciones diferenciadas, la articulación de los mismos a través de la aplicación del respeto a los derechos fundamentales o derechos humanos, que se hacen efectivas a través de la cooperación, coordinación por la Ley de Deslinde Jurisdiccional y finalmente mediante el control de constitucionalidad ejercido por la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional.

La Ley de Deslinde Jurisdiccional

La Ley de Deslinde Jurisdiccional consiste en encarar dos aspectos fundamentales del pluralismo jurídico: (i) la definición de competencias jurisdiccionales que hacen a la plena práctica de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria en condiciones de igualdad o paridad jurisdiccional, y (ii) el establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación en el marco de la interacción entre las dos justicias, bajo el paraguas de las competencias diferenciadas y el respeto a los derechos humanos.

En los artículos 3 y 4 de la Ley se repite el principio de la igualdad jerárquica de la justicia indígena frente a las otras jurisdicciones. Estos artículos son claves, considerando que las anteriores constituciones no establecen el principio de paridad como lo hace la actual Constitución. Su importancia es

relevante dado que le otorga a la justicia indígena un estatus igualitario dentro del ordenamiento jurídico del país, es decir, autonomía plena dentro el marco del respeto de los derechos humanos.

Sin embargo, cuando analizamos el artículo que define las competencias de la justicia indígena, nos encontramos que la actual Ley de Deslinde Jurisdiccional restringe de manera drástica las atribuciones de la jurisdicción indígena. En el artículo 10 de la Ley, se inicia con el concepto del derecho histórico a conocer las materias que asumía la jurisdicción indígena.

En el próximo párrafo, la misma Ley establece las restricciones o limitaciones de la justicia indígena a través de un listado que abarca materia penal, laboral y civil. Está claro que a través de este artículo subordina la justicia indígena a la justicia ordinaria, contradiciendo el principio de igualdad jerárquica y al propio primer párrafo que establece los siguientes: *“La justicia indígena conoce los asuntos o conflictos que histórica y tradicionalmente conocieron bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, de acuerdo a su libre determinación.”*

En lo que respecta a la segunda función de la Ley que se refiere a la coordinación y cooperación entre los dos sistemas jurisdiccionales, la misma menciona una serie de mecanismos que permite la interrelación entre ambos sistemas, de acuerdo a las necesidades y voluntades de las autoridades de turno. Sin embargo, vemos que están ausentes mecanismos permanentes de cooperación en la que el diálogo intercultural o de interlegalidades se institucionaliza a partir de los principios constitucionales de integración de la diversidad, el de la paridad jerárquica y la autonomía indígena.

Es decir, la Ley no contempla las articulaciones necesarias para permitir flujos permanentes entre ambas jurisdicciones, en tanto la generación de una nueva jurisprudencia intercultural en la que las mejores prácticas puedan fluir de un lado a otro, y eliminar de forma paulatina prácticas que vayan contra el mandato constitucional de respeto y promoción de los derechos humanos.

Como se puede apreciar, dicha articulación en el contexto del Estado plurinacional es crítica, ya que se dejaría a las jurisdicciones ordinaria e indígena desarrollar sus prácticas de manera paralela, no recomendable desde ningún punto de vista, considerando la apertura y la noción de equilibrio que otorga la Constitución, tanto de los derechos individuales, que son promocionados principalmente desde la justicia ordinaria, como de los derechos colectivos, ámbito preferencial de la justicia indígena.

La Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

Ahora bien, si analizamos el carácter del Tribunal Constitucional que se define a través de su conformación reducida de magistrados especializados, en una entidad concentrada por excelencia para cumplir con su mandato constitucional, detectamos nuevamente la instalación de una institución que no se adecúa totalmente a nuestra realidad, particularmente rural indígena y en el nuevo contexto en la que se pone en marcha un pluralismo jurídico, que requiere de mecanismos claros que permitan el acceso a la justicia de poblaciones altamente dispersas y con prácticas culturales basadas esencialmente en la oralidad.

En el artículo sobre objetos y principios de la Ley se establece con claridad que la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional:

“Deberá velar por la supremacía de la Constitución, ejercer el control de la constitucionalidad, y precautelarse el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías de las personas.”

Estamos nuevamente en la encrucijada de establecer ciertos equilibrios entre las dos vertientes del derecho individual y el colectivo.

En su función interpretativa, se aplicará como criterio de lectura el uso de varios principios establecidos en la Constitución: plurinacionalidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, complementariedad, armonía social, independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, idoneidad, celeridad, gratuidad, y cultura de paz.

Como se puede observar, el Tribunal Constitucional Plurinacional no considera el principio de interlegalidad, principio que debería haber sido incorporado en el Tribunal para el campo jurídico, ya que la articulación de ambas jurisdicciones depende del nivel de interlegalidad que se aplique. Sin embargo, la Ley incorpora el principio de interculturalidad que en el campo jurídico podría significar la interlegalidad. En esta área la Ley nuevamente simplifica la institucionalidad de control de constitucionalidad a la referida institución concentrada, donde siete magistrados deberán decidir para todos los casos presentados para su resolución, tanto en el ámbito de los conflictos de competencia como en el ámbito de control respecto a los derechos humanos. Como ya habíamos recomendado en anteriores ocasiones en la etapa preparativa de la Ley, lo ideal sería la conformación de tribunales mixtos, donde ambas autoridades judiciales, tanto originarias como indígenas,

establezcan formas jurisdiccionales de diálogo intercultural permanente. Estos deberían responder a las necesidades propias del país de desconcentración relativa de estos tribunales en distintas regiones altamente pobladas por pueblos indígenas. El propósito inicial sería el acceso mayor a la justicia y la institucionalización de diálogos interculturales de interlegalidad como parte de una nueva jurisprudencia plurinacional.

La Interlegalidad como Reflexión Final

Los indígenas han aprendido usar un “repertorio plural” (Assies 2000), de moverse entre lógicas y racionalidades distintas y de construir nuevos conocimientos que permitan articular dos (o más) mundos de vida (Sepúlveda 1996).

Es ésta capacidad que se encuentra en el mundo indígena, pero rara vez detectado en el mundo urbano de fuertes tradiciones occidentales, y que marca la práctica de la interculturalidad en Bolivia. Es una capacidad que permite pensar fuera de las categorías de la modernidad, entender la importancia de los lugares epistémicos, éticos y políticos de enunciación, y considerar la potencialidad de los espacios de las fronteras.

En este sentido, el concepto de la interculturalidad va más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión cuando nos referimos a los desafíos que nos plantean sistemas plurales con connotaciones culturales diferenciados en el país, expresados en el lema: unidad en la diversidad, a que unidad nos referimos?

Dicha unidad es muy distinta a la que supuestamente existe. Una unidad intercultural que tiende puentes comunicacionales y apelan cambios profundos en todas las esferas de la sociedad, aportando, como decía Ramón (1998, 60) “a la construcción de una propuesta civilizatoria alternativa, a un nuevo tipo de estado y una profundización de la democracia”.

En un artículo reciente, Xavier Albó (2000) propone que en un mundo cada vez más entrelazado, no debemos ser unidireccionales sino más bien, establecedores del diálogo en ambas direcciones. No es de reproducir la polarización tan común en el derecho positivo entre un derecho absolutamente individual o absolutamente colectivo a la propiedad, por ejemplo.

Tampoco es de presumir que el derecho indígena debe evolucionar hacia el derecho "positivo y ordinario". Más bien y sugerí, en anteriores documentos es de buscar un enriquecimiento y posible convergencia intercultural jurídica, que también permita incorporar de abajo hacia arriba, algunos principios subyacentes en el derecho indígena al derecho estatal y, a la vez, construir una convivencia social donde la diferencia e igualdad pueden empezar a entretenerse.

La legalización del pluralismo jurídico se entiende generalmente como un elemento que contribuye a empoderar a los pueblos indígenas, fortaleciendo la jurisdicción indígena (Assies 2000). Sin embargo y como anota Assies (2000), existe la posibilidad de que esta legalización fortalezca a la burocratización de las estrategias de argumentación a través de la presión por la codificación y regularización. "En otras palabras, la legalización bien puede ser un dispositivo en la tecnología del poder, dominación y domesticación".

Por eso, no hay nada inherentemente progresista o emancipador en el pluralismo legal (De Sousa Santos 1998) si éste no parte del principio de paridad o igualdad de condiciones. La existencia de lo que algunos autores llaman "hibridismos" o "sincretismos" jurídicos, es decir, los procesos sociales dinámicos de la construcción de fronteras (Assies 2000) y la habilidad y práctica que existen en muchas comunidades de moverse entre sistemas y esquemas de administración de justicia, normalmente quedan afuera de la codificación. Y por eso, el "deber ser" escrito puede convertirse en una imposición y obstáculo a las cualidades de porosidad, flexibilidad y creatividad, como dice Sousa Santos, del sistema jurídico indígena.

El espíritu de la Constitución Política del Estado se debate en encontrar un equilibrio entre estos dos tipos de derechos, garantizando así las garantías y derechos fundamentales listados en la Constitución. Para ello propongo que una forma de llevar adelante estas garantías es no solo de respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos sino además de lograr la construcción de institucionalidades que permitan los flujos y porosidades interculturales, que en el campo jurídico se traducirían en interlegalidades permanentes que mantienen un equilibrio entre los derechos individuales y colectivos de una manera armónica y democrática.

Bibliografía

- Albó, Xavier (2000). "Derecho consuetudinario: posibilidades y límites". Documento inédito.
- Assies, Wilhem (2000) "La oficialización de lo no oficial: ¿Re-encuentro de dos mundos?," texto preparado para el Curso Identidad, autonomía y derechos indígenas: Desafíos para el tercer Milenio, Arica, Chile.
- Calla, Ricardo (1998). *La Justicia Comunitaria y los Derechos Humanos. Justicia Comunitaria*, La Paz: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- CEPC, Min. Presidencia, Min. Asuntos Exteriores y Agencia Española de Cooperación (2008) "Dilemas del Pluralismo Jurídico en Bolivia", en *Entre Derecho, Costumbre y Jurisdicción Indígena en América Latina*. Madrid.
- Convenio 169 de la OIT (1989) Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007)
- Derechos de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789)
- García Linera, Álvaro (2010) *Discursos y ponencia: del Estado Aparente al Estado Integral*. Vicepresidencia del Estado Plurinacional.
- Kant, Imanuel. (1787). *Crítica de la Razón Pura*. Buenos Aires.
- López Calera, Nicolás (2000) *Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos*. Barcelona.
- Molina Rivero, Ramiro (1998) *Justicia Comunitaria*, 10 volúmenes. Coordinador del Proyecto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Prada, Raúl (2008) "Análisis de la Nueva Constitución Política del Estado". En *Crítica y Emancipación: Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*. Buenos aires, CLACSO.

- Ramón, Galo (1998) "Avances en la propuesta del país plurinacional," Aportes al tema de los derechos indígenas, Mesa de concertación sobre las propuestas del movimiento indígena, Quito.
- Santos, Boaventura de Sousa (1998) *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Universidad Nacional de Colombia - facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA)
- Sepúlveda Franco, Álvaro (1996) "La justicia comunitaria. Una alternativa de justicia", en Los jueces de paz: Una justicia para el nuevo milenio.
- Stavenhagen, Rodolfo (1998) "Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales", conferencia impartida en el programa de Doctorado *Relaciones Interétnicas en América Latina: Pasado y Presente*, Universidad Internacional de Andalucía, La Rábida (Huelva)
- Yrigoyen, Raquel (1995). "Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia", en *Desfatiendo Entuertos*. Lima: CEAS.

LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Waldo Albarracín Sánchez³⁷
Bolivia

Antecedentes Históricos

La historia de los derechos humanos en cuanto a su consagración y vulneración, es parte de la historia de la humanidad y por ende se encuentra involucrada en una marcada lucha de clases, pugnas por ejercer el poder, dominio sobre los demás y sometimiento a los mismos a un determinado régimen jurídico político y económico, impuesto precisamente por quien pueda estar ejerciendo soberanía en una determinada región y coyuntura histórica.

En consecuencia, por efecto dialéctico, es natural advertir que a lo largo de esa historia de atropellos, hayan emergido movimientos contestatarios a esas formas injustas y arbitrarias de convivencia entre seres humanos, por consiguiente, las conquistas de determinados derechos, son fruto o resultado precisamente de esas luchas, es decir, no fueron concesiones de quienes ejercían poder.

Nuestra historia por tanto tiene esas características y, en el caso de los pueblos indígenas, se remonta incluso hacia antes de la colonia española, a través de un conjunto de invasiones y sometimientos de unos contra otros. Sólo así se explica la consolidación de imperios como el incaico, el azteca o el maya en lo que hoy constituye Latinoamérica, establecidos en base al sometimiento a otros pueblos. En ese contexto es importante romper el mito en sentido de que todo era armonía hasta que llegaron los invasores europeos. Sin embargo, en el caso del imperio incaico, es menester hacer referencia a

37 Abogado boliviano. Ex Defensor del Pueblo de Bolivia (2003-2008). Profesor universitario y Comisionado boliviano de la Comisión Andina de Juristas.

la figura del *TUCUYRICUY*³⁸, que significa en quechua “el que todo lo ve”. Este funcionario era lo que hoy podríamos denominar el defensor del ciudadano, cuya labor radicaba fundamentalmente en controlar el accionar de las autoridades, procurando evitar que éstas incurran en abusos contra la población.

a) *La Colonia*

Es evidente, sin embargo, que la Colonia se inauguró con el despojo de las tierras a los indios mediante el sistema de las “encomiendas” y “repartimientos”, partiendo del concepto interesado y apoyado por la conveniencia religiosa de que, el nativo americano, por no ser cristiano, era un ser inferior, intermedio entre la bestia y el hombre, que, por una parte, para elevarse a esta calidad debía ser adoctrinado en los fundamentos del catolicismo y, por otra, debido a esa misma “inferioridad”, era considerado incapaz para administrar por sí mismo sus tierras y bienes. Así nacieron la “encomienda” y el “repartimiento”. La primera consistía en la entrega de indios a un español para que fuesen adoctrinados en la religión católica y el segundo se refería a la entrega de la tierra perteneciente a los indios “encomendados”, al mismo encomendero, a causa de la incapacidad de aquellos.

Como se ve, el repartimiento se refiere a la tierra y la encomienda a los habitantes. Ambas figuras no fueron innovaciones, sino solamente la transferencia de las formas feudales sobrevivientes de España a la América.

Por otro lado, cabe enfatizar que la obsesión por los metales preciosos como oro, plata, las esmeraldas y otras piedras, fue el estímulo de la mayoría de las aventuras de la Conquista.

España cumplió con el colmo de su ambición al encontrar en las tierras conquistadas enormes riquezas metálicas y se organizó la explotación de los yacimientos de oro y plata, utilizando para ese trabajo a los indios, a quienes los enviaron a los socavones y galerías del subsuelo para extraer los metales de las entrañas de la tierra, mientras los trabajadores quedaban con los pulmones perforados.

De la necesidad de una mano de obra no barata, sino completamente gratuita para las minas, surgió la institución de la “mita” o “turno”, trabajo forzado que significó la introducción de la esclavitud en nuestra región.

38 Silva Santiesteban, Fernando (1972), Historia del Perú - Época Preincaica. Lima.p. 202

En atención a lo expuesto, cabe cuestionarse, ¿qué mayor testimonio de vulneración a los derechos humanos podemos encontrar a lo largo de nuestra historia que lo acontecido durante la colonia en contra de los pueblos indígenas?³⁹

A mayor abundamiento, cabe referirnos a la estratificación social existente durante la colonia, en cuyo vértice de la pirámide humana se encontraban los españoles peninsulares, es decir, los nacidos en España. En segundo lugar se posicionaban los criollos (hijos de españoles nacidos en las tierras americanas). En tercer lugar de la escala humana, se ubicaban los mestizos (hijos de la relación sexual entre españoles e indígenas generalmente mujeres). En cuarto lugar estaban situados los indios sin derecho alguno y en el último eslabón se encontraban los negros traídos del África para trabajos forzados, precisamente en condición de esclavos.

b) La República

En un razonamiento simplista, podría pensarse que el vía crucis de nuestros pueblos concluiría con el surgimiento de las repúblicas y el desplazamiento de la colonia española, sin embargo, no obstante los principios liberales enarbolados en las constituciones políticas de los nuevos estados, respecto a la igualdad de derechos de todas las personas, la libertad, dignidad para todos, consagradas en sus textos, no es menos evidente que los pueblos indígenas continuaron siendo personas de segunda categoría y hasta de tercera.

Los principios comunitarios de los grupos indígenas fueron fuertemente atacados como retrógrados. En ese sentido, el nuevo sistema judicial negó la representación colectiva; se desconoció la propiedad comunal como requisito para lograr la ciudadanía de las comunidades indígenas. El golpe de gracia lo dieron las medidas que impulsaron la subasta de gran parte de los territorios indígenas poniendo en tela de juicio los derechos propietarios de las comunidades.

Este proceso de exclusión y atropello a los pueblos indígenas se mantuvo por largo tiempo, al extremo que, por ejemplo en el caso boliviano, recién en

39 La historia relata que familias enteras trabajaban en las minas de manera forzada para extraer minerales preciosos, sin percibir remuneración alguna. Muchas de ellas fallecían en su interior. No se conocen datos en sentido de que algún español haya ingresado a los socavones mineros, era un trabajo exclusivo de los indios.

1946 se dictó el Decreto de eliminación del pongueaje⁴⁰ y la servidumbre y es a partir de las medidas adoptadas emergentes de la revolución de 1952 que se le permite ejercer derechos políticos, consolidándose también su derecho a la tierra. Es más, las diferentes masacres a campesinos suscitadas en distintas etapas de la historia republicana, evidencian que sus derechos humanos siempre fueron vulnerados frente a un Estado y una sociedad civil que no sólo los excluía política y socialmente, sino que incluso en la actualidad se muestra renuente a contribuir al funcionamiento efectivo de mecanismos de inclusión.

Marca un hito en la historia republicana, especialmente en los últimos años, dos marchas indígenas, la denominada Marcha por la Vida, la Dignidad y el Territorio, protagonizada en 1990 durante el Gobierno de Jaime Paz por indígenas del oriente y la amazonía boliviana, y la marcha indígena de 2002, también procedente del oriente, exigiendo que se convoque a una Asamblea Constituyente.

El continente americano fue desarrollándose entre la aspiración de consolidar los Estados nacionales y la negación sistemática de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, especialmente el derecho al territorio, al respeto de su propia cosmovisión, su cultura, idioma, justicia comunitaria, además de sus derechos económico sociales y los de orden individual.

Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Normativa Internacional

a) Declaración Universal de los Derechos Humanos

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas promulga la histórica y emblemática Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagrándose la personalidad humana y el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, estableciéndose que éstas favorecerán a la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones. Dicha Declaración consagra el principio de igualdad de todas las personas ante al Estado y ante la ley, de modo que el conjunto de derechos

40 El pongueaje era un sistema a través del cual los indígenas eran explotados por los terratenientes, sin remuneración económica alguna pese a su trabajo sacrificado en las tierras poseídas por el patrón una especie de feudalismo andino. Durante el gobierno militar de Gualberto Villarroel en Bolivia, en la década de los años 40, se dictó la medida de eliminación de tan injusto sistema. Este presidente integraba la tendencia de militares progresistas que se autoidentificaban con lo que ellos denominaban "socialismo militar".

que están enarbolados en sus 30 artículos, se los asume bajo la idea de que son accesibles a todas las personas sin discriminación de ninguna naturaleza. Por consiguiente, la condición de indígena no puede ni debe dar lugar al menoscabo de derecho alguno.

Hacemos referencia a estos postulados en la idea de que pese a que son más de sesenta años de la proclamación de la referida Declaración donde se establece la igualdad de derechos, sin embargo, en la actualidad aún advertimos mecanismos fácticos que demuestran la persistencia en el tiempo de inaccesibilidades que afectan directamente los derechos de los pueblos indígenas.

La mencionada Declaración forma parte de lo que se conoce como la Carta de los Derechos Humanos, integrada la misma por dos pactos importantes suscritos a nivel de las Naciones Unidas: el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, referido fundamentalmente a la consagración de los derechos individuales y el Pacto de Derechos Económico Sociales y Culturales, que defiende la vigencia de los derechos humanos de segunda generación, es decir, derechos colectivos.

b) Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

En diciembre de 1966, la Organización de las Naciones Unidas promulga el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, así como el Pacto de Derechos Económico Sociales y Culturales, entrando éstos en vigor en el año 1976. Dichos instrumentos internacionales sirvieron de fundamento para la posterior consagración de los derechos de los pueblos indígenas, incluido el derecho a la educación y a la cultura. Por otro lado, ambos pactos reivindican el derecho de autodeterminación de los pueblos, en tal virtud establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales consagra el derecho de los pueblos de disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional, basada en el principio del beneficio recíproco, así como el derecho internacional. También se establece la prohibición expresa de privar a un pueblo de sus medios de subsistencia, reafirmando la obligación ineludible de los Estados de promover el ejercicio del derecho de libre determinación.

c) Los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo

Ingresando en el ámbito más específico acerca del tema que nos ocupa, cabe enfatizar que, en 1957, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, se promulga el Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales. Se trata del primer tratado de Derecho Internacional sobre el tema. En él se abordan muchas cuestiones importantes, como los derechos sobre la tierra, el trabajo y la educación. En la época en que se aprobó dicho instrumento, los pueblos indígenas y tribales eran considerados como “sociedades atrasadas” y transitorias. Para que pudiesen sobrevivir, se creía indispensable fundirlas en la corriente nacional mayoritaria mediante la integración y la asimilación.

Con el transcurso del tiempo, este punto de vista se fue poniendo en tela de juicio, como consecuencia, principalmente, de una comprensión más profunda del tema y el número cada vez mayor de miembros de pueblos indígenas y tribales que participaban en foros internacionales.

Continuando con la referencia a la normativa internacional, es oportuno señalar que, entre 1987 y 1989, la OIT procedió a revisar el Convenio 107. En el curso de ese proceso se consultó a un gran número de pueblos indígenas y tribales, que también participaron ampliamente en reuniones, sea a título individual o a nombre de sus organizaciones, sea como representantes de gobierno o de organizaciones sindicales. Tras dos años de arduos debates e intensos esfuerzos de redacción, el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales No. 169 resultó aprobado en junio de 1989, el cual reivindica el derecho a la autoidentificación, la autodeterminación, autogobierno, los derechos fundamentales como la vida en libertad. Asimismo consagra el derecho de consulta, consistente de acuerdo al Art. 6, en la obligación de los gobiernos de consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente. También consolida el derecho a la participación, al desarrollo, a que se respeten sus costumbres y tradiciones, además de su derecho consuetudinario; el respeto a su relación con la tierra, sus derechos sobre la misma, su cosmovisión, la preservación de los recursos naturales, respeto al medio ambiente. Por otro lado, el citado Convenio 169, establece como principio básico, que los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de sus tierras y consagra el respeto a sus economías tradicionales. También impone el derecho a la educación, formación profesional, a la salud y a la seguridad social.

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo forma parte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y se constituyó en uno de los instrumentos más exhaustivos que existe en la legislación internacional para proteger jurídica y prácticamente los derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales, a conservar sus propias leyes y costumbres en las sociedades de los países donde viven. Dicho instrumento al ser ratificado por los Estados, adquiere un carácter jurídicamente vinculante. Esto quiere decir que es de cumplimiento obligatorio.

Como correlato a lo expresado en párrafos anteriores, conviene referirse al artículo 15 del citado convenio el cual señala que: *“1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”*.⁴¹

d) Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el análisis de la normativa internacional relacionada al tema que nos ocupa, es menester referirnos a la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución No. 61/295, cuyo artículo 1 establece el “derecho como pueblos o como individuos, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y las normas internacionales de derechos humanos”. Dicho instrumento ratifica el derecho

41 El derecho de consulta previa establecido en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, apunta a preservar los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, especialmente en lo concerniente a su existencia digna, toda vez que se pretende que los Estados en circunstancias de adoptar una decisión jurídica o administrativa dentro los territorios ocupados tradicionalmente por dichos pueblos y que tiendan a afectar sus derechos o intereses, deben precisamente consultar a los pueblos. Esta consulta tiene esencialmente efecto vinculante y no tiene porqué confundirse con un simple sondeo de opinión.

a la libre determinación, a conservar y reforzar sus propias instituciones, políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, a una nacionalidad, a la vida, integridad física y mental, libertad y seguridad de su persona, a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura.

La Declaración de marras prohíbe taxativamente todo acto que tienda a privar a los indígenas de su identidad cultural y étnica, despojo de tierras, territorios o recursos, toda forma de traslado forzado de población para el menoscabo de sus derechos. También prohíbe cualquier forma de propaganda que incite a la discriminación racial o étnica.

Asimismo, es importante resaltar la consagración del derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Cabe enfatizar que si bien se trata de una declaración y no de un convenio de efecto vinculante, sin embargo, recuérdese que, en el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no obstante su condición de tal, a través de sus principios enarbolados en sus 30 artículos, ingresó en gran parte de las constituciones políticas de diferentes Estados, postulados que hasta ahora mantienen plena validez y vigencia y sirvió de base para subsiguientes convenios. En lo concerniente a la Declaración de los Pueblos Indígenas, promulgada por la misma organización, acontecerá lo mismo, es más, en el caso boliviano, la Asamblea Legislativa Plurinacional de este país la ratificó a través de una ley⁴², incorporándose de esta forma en su ordenamiento jurídico interno con carácter vinculante y de aplicación prioritaria frente a las demás normas.

e) Declaraciones contra el Etnocidio

Cuando se habla de pueblos vulnerables, se hace referencia a un sector minoritario de la población con problemas específicos pero que en conjunto representan un conglomerado importante de culturas vigentes en un determinado país. Como todas las poblaciones indígenas, éstas han sufrido desde su contacto con la cultura occidental agresiones permanentes en todos los ámbitos de su vida social y espiritual. Por ello se encuentran al borde del

42 Ley No., 3760 de 7 de noviembre de 2007.

etnocidio, concepto que indica la destrucción sistemática de sus modos de vida, sistemas de producción y su pensamiento.

El etnocidio es un proceso mediante el cual se estigmatizan las culturas indígenas y se sustituye su universo simbólico, sus relaciones sociales y su economía a través de sistemas impuestos por los sectores social y culturalmente dominantes de la sociedad.

f) Declaración de San José

Al respecto de lo señalado en el párrafo anterior, la Declaración de San José define que: *“El etnocidio significa que a un grupo étnico, colectiva o individualmente, se le niega su derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. Esto implica una forma extrema de violación masiva de los derechos humanos, particularmente del derecho de los grupos étnicos al respecto de su identidad cultural”.*

g) Declaración de Barbados I

La mencionada Declaración señala lo siguiente: *“Reafirmamos aquí el derecho que tienen las poblaciones indígenas, de experimentar sus propios esquemas de autogobierno, desarrollo y defensa, sin que estas experiencias tengan que adaptarse o someterse a los esquemas económicos y sociopolíticos que predominen en un determinado momento. La transformación de la sociedad nacional es imposible si esas poblaciones no sienten que tienen en sus manos la creación de su propio destino. Además, en la afirmación de su especificidad sociocultural las poblaciones indígenas, a pesar de su pequeña magnitud numérica, están presentando claramente vías alternativas a los caminos ya transitados por la sociedad nacional”*

Minorías y Mayorías Étnicas

Si bien en determinados Estados como Bolivia o Guatemala la población indígena resulta mayoritaria (62.2% y 41.0%, respectivamente, según datos de CELADE-CEPAL del año 2007), en otros casos como Brasil, Costa Rica y Paraguay, su población muestra una presencia indígena muy reducida en relación al conjunto de la población (0,4%, 1,7% y 1,7%, respectivamente). El caso de México es muy peculiar porque no obstante que los indígenas constituyen el 6,5% frente a una población total que sobrepasa los 88 millones de habitantes, la población indígena se muestra como minoría étnica, sin embargo, el número de indígenas de dicho país (más de seis millones), supera

al total de personas indígenas existentes en Bolivia o en Guatemala donde éstos son mayoría frente al resto de la población.

Sin embargo, debe quedar claro que cuando se trata de analizar derechos y hacerlos prevalecer, no es la cantidad de personas integrantes de un pueblo indígena la que define la dimensión y alcance de los mismos, sino su validez, legitimidad, efectividad y niveles de justiciabilidad.

Ello significa que, independientemente de la cantidad de personas que integren un pueblo indígena, de que sean mayorías o minorías étnicas en relación al conjunto de ciudadanos que habitan en el territorio de un determinado Estado, la normativa internacional sobre derechos humanos y, especialmente sobre derechos de los pueblos indígenas, es absolutamente válida y de efecto vinculante para todos los Estados donde existan comunidades indígenas.

Principios Básicos en torno a los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas

a) *No Discriminación*

Varios países llevaron a cabo reformas constitucionales y han promovido normas jurídicas que reconocen identidades indígenas distintas y el carácter multicultural del Estado. Sin embargo, en la mayoría de los casos, esta normativa no pudo eliminar el legado de discriminación histórica contra los pueblos indígenas y, específicamente, contra las mujeres indígenas. En determinados casos la misma existencia de los pueblos indígenas no se reconoce en las constituciones y leyes (aunque este aspecto vale la pena resaltar en las constituciones de Bolivia, Ecuador, Venezuela, Perú, Guatemala, cuyo reconocimiento es expreso) y hasta se les niega ciudadanía, aspecto que se hace notar en el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas para 2006 E/CN.4/2006/78.

Donde existen datos, éstos indican disparidades entre la población indígena y la sociedad como un todo y confirman que los pueblos indígenas y, en particular, las mujeres y niños indígenas, tienen menos acceso a servicios de salud, educación y vivienda adecuada, disponen de ingresos menores y tienen menos oportunidades de empleo y capacitación vocacional.

Los datos desglosados relativos a las condiciones de estos pueblos, son limitados y por consiguiente es difícil desarrollar e implementar políticas para

tratar la discriminación. El Foro Permanente para las cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas y varias de sus agencias, recomendaron que los datos sean desglosados específicamente para los pueblos indígenas y por sexo.

Los pueblos indígenas a menudo no pueden participar plenamente en la vida pública y rara vez están presentes en los órganos de toma de decisiones del Estado o en los niveles superiores de la administración. Si bien hay algunas excepciones, ellos tienen bastante menos influencia que otros grupos de la sociedad.

Para enfrentar la discriminación y promover la inclusión social, así como la participación política, numerosos gobiernos comenzaron a revisar sus legislaciones, introduciendo medidas especiales para combatir la discriminación prevaleciente y mejorar las oportunidades para los pueblos indígenas. Estas medidas incluyen programas focalizados, subvenciones especiales para la educación, mecanismos de consulta y puestos reservados en órganos de toma de decisiones, incluidas las instancias legislativas. Por otro lado, la no discriminación también implica responder a necesidades específicas dentro de las comunidades indígenas, incluidas aquellas de las mujeres, niños y jóvenes.

b) Igualdad

De acuerdo a la normativa internacional sobre derechos humanos, los pueblos indígenas, al igual que todos los seres humanos, tienen derecho a gozar de todos los derechos y libertades fundamentales, incluyendo tanto derechos civiles y políticos, como los de carácter económico, social y cultural, tales como la salud, educación. Tienen también derecho a un igual trato y a beneficiarse, como cualquier ciudadano del Estado donde viven, del desarrollo económico y del progreso. Estos derechos son aplicables por igual a hombres y mujeres, niños y adultos.

Sin embargo en la práctica los indígenas a menudo no fueron tratados de igual manera y enfrentan exclusión social. El asegurar que los pueblos indígenas tengan oportunidades iguales puede requerir que los estados tomen medidas especiales o focalizadas para compensar injusticias y desventajas históricas, incluida la doble discriminación enfrentada por las mujeres indígenas, un principio que también constituye uno de los objetivos del Segundo Decenio Internacional de los Pueblos Indígenas del Mundo.

c) *Igualdad de Género*

Los programas deben apuntar hacia la consolidación de la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres indígenas y la protección de sus derechos humanos, tomando en cuenta las perspectivas, necesidades, oportunidades y desafíos que ellas están asumiendo. Se torna necesario identificar y entender las causas y consecuencias de la discriminación de género y las relaciones de poder desiguales con los hombres, arraigadas en actitudes tradicionales y prácticas acostumbradas o en leyes y políticas discriminatorias, entre otros factores. Debe tomarse en cuenta formas compuestas de discriminación, con base en edad, raza, grupo étnico, nivel educativo, ingreso económico, residencia, religión, estado matrimonial, afectados con VIH u otras causas.

En esencia, para aplicar una perspectiva de igualdad de género, se requiere cambiar las relaciones de género, cuestionando y respondiendo a los valores y factores subyacentes del estatus y tratamiento desigual.

Autodeterminación

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁴³ establece que éstos tienen derecho a la libre determinación y, en virtud de ello, establecen libremente su condición política y persiguen su desarrollo económico, social y cultural. Dicho postulado reafirma lo ya establecido en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, la posibilidad de la aplicación rigurosa de estos principios dio lugar a una preocupación de parte de los Estados, en relación a la integridad territorial de éstos, debido a posibles demandas de independencia por los pueblos indígenas. Al respecto cabe resaltar la posición equilibrada de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, al señalar que el derecho a la autodeterminación puede expresarse por medio de una autonomía o autogobierno en cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales; respeto al principio del consentimiento libre,

43 Constituye un hito fundamental que la Asamblea General de las Naciones Unidas haya logrado el consenso internacional, con el voto mayoritario de 143 países, para aprobar con certeza política e histórica, el 13 de septiembre de 2007, la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, durante la 61va sesión de dicho ente internacional. Con la adopción de este instrumento, se da respuesta a una demanda histórica de los pueblos indígenas del mundo.

previo e informado al margen de toda coacción, intimidación o manipulación, buscado con anticipación a cualquier decisión o inicio de actividades, participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, consulta previa antes de cualquier acción que les afecte directa o indirectamente, reconocimiento formal de las instituciones tradicionales, sistemas internos de justicia y resolución de conflictos, modos de organización socio política, así como el reconocimiento de su derecho de definir y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural.

La Interculturalidad y los Pueblos Indígenas

La interculturalidad promueve la construcción de un tejido intercultural duradero y un conjunto de normas de convivencia. Los indígenas y campesinos son portadores de las tecnologías de gestión pública comunal. Estas articuladas con la tecnología moderna pueden contribuir a una gestión pública eficiente, transparente y más equitativa. En consecuencia, la interculturalidad, a través de las prácticas en las interfases, crea espacios donde cada uno aporta en lo suyo y se complementa con el otro.

Construir un Estado capaz de responder a la pluralidad cultural, implica previamente una nueva lectura de la realidad basada en el reconocimiento de la diversidad y la necesidad de generar y promover relaciones interculturales equitativas. Deben promoverse cambios en la concepción y conducción de las instituciones, su legislación y sus estructuras técnico administrativas. Es decir, la incorporación de una perspectiva intercultural en la configuración del Estado y las políticas públicas, significa un acto de descolonización. Al debatir el proceso de cambio del Estado, se está haciendo referencia a cambios estructurales en todos los niveles; cambios radicales tanto cualitativos como cuantitativos. Significa también una crítica a la ideología que sustenta la colonialidad, el racismo y la discriminación. Esa ideología en cuestión legitima, aunque de manera solapada, la exclusión social y política.

Lo esencial es elevar a valores universales los saberes y conocimientos locales. Una cultura que se conoce en todo su potencial, es el modo efectivo de respetarla. En el pasado los pueblos indígenas fueron desdeñados precisamente porque no se conocía las mismas. La imposición de otras culturas no sólo niega las culturas diferentes, sino también implica la pérdida de valores locales.

Pluralismo Jurídico

Donna Lee Van Cott⁴⁴ sostiene que: “El término pluralismo jurídico implica la simultánea existencia de sistemas normativos distintos, dentro de un solo territorio, una condición generalmente asociada a las reglas coloniales”. Este tipo de pluralismo jurídico ocurre cuando el Estado reconoce al “otro” derecho, como el derecho consuetudinario de los pueblos originarios, pero puede restringir su aplicación a asuntos personales en los cuales el Estado no estaba involucrado.

La tolerancia del Estado por otras culturas legales puede deberse a la falta de disposición o incapacidad de asegurar que la ley estatal alcance todas las áreas de su territorio. John Griffith⁴⁵ indica que éste es un “débil” pluralismo jurídico porque el Estado tolera la realidad social en su territorio, reconociendo formalmente un orden legal paralelo, pero sin renunciar al objetivo del centralismo legal.

Este pluralismo céntrico estatal caracteriza la actual situación de América Latina. Hay aceptación de la conceptualización liberal del Estado y del Derecho. Este enfoque liberal implícitamente mantiene el mito del Estado-nación unitaria con las culturas de naciones originarias subordinadas a la cultura legal dominante. El reconocimiento constitucional oficial por el estado del otro derecho no estatal puede ser aplicado con la intención de mantener estas culturas jurídicas en una posición inferior.

En el pluralismo jurídico crítico, post moderno, es útil poner atención a la construcción del conocimiento y significado de los sujetos del derecho, éstos son considerados activos cuando identifican a qué orden jurídico pertenecen.

Los principios del pluralismo jurídico crítico, promovidos por Martha Marie Kleinhans y Roderic Macdonald, son compatibles con la autonomía y la identidad de los distintos pueblos.

44 Politóloga norteamericana de la Universidad de Pittsburgh, que publicó varios textos, entre ellos “La Política de la Diversidad en América Latina” (pág. 69), donde aborda las temáticas de la pluriculturalidad y el pluralismo jurídico. Texto comentado por William Assies del Colegio de Michoacán (Centro de Estudios Rurales).

45 En su texto denominado “Pluralismo Jurídico Empírico” (pág. 47), Griffith enfatiza que el enfoque socio-legal del pluralismo jurídico promueve una definición sociológica más amplia de “sistema normativo plural en el mismo campo social” o “heterogeneidad normativa”. El derecho es definido como “autorregulación de un campo social semioautónomo”.

La literatura sobre el derecho indígena en América Latina, retiene elementos del enfoque del pluralismo jurídico céntrico estatal, sin prescribir soluciones para un mayor pluralismo jurídico expansivo. Hubo esfuerzos rudimentarios formales para establecer el pluralismo jurídico a través del reconocimiento constitucional, sin embargo, es importante enfatizar que un pluralismo jurídico más relevante necesita mirar hacia adelante para tener una mayor precisión y re-definición, sin retroceder hacia un tradicional modelo neo-colonial.

En el caso específicamente boliviano, el debate público y la jurisprudencia constitucional en Bolivia, así como en el resto de Latinoamérica, señalan algunas prácticas de sistemas jurídicos indígenas como áreas de tensión significativa entre culturas jurídicas. Ello muestra, por consiguiente, el desafío de parte de autoridades de asumir el reto de reconciliar prácticas de la justicia indígena con el principio de la libre determinación y otros derechos colectivos de los pueblos indígenas.

La cosmovisión y las normas y procedimientos consecuentes que fundamentan el derecho indígena son distintos de los que fundamentan los sistemas jurídicos positivos.

En todo caso, se trata fundamentalmente de la convivencia de dos sistemas que no tienen porqué estar contrapuestos o extrapolados. Se trata esencialmente de respetar los espacios que cada uno ocupa, la cosmovisión que las sustenta, los fines altruistas que persigue cada uno, siendo esa la consigna que debe primar actualmente, en tiempos no solo de cambios sino de consolidación de derechos.

La supuesta controversia entre Derechos Individuales y Derechos Colectivos

Los instrumentos internacionales básicos de derechos humanos protegen los derechos de los individuos y establecen obligaciones para los Estados de garantizar, proteger y respetar dichos derechos. Por su parte, los derechos relacionados con los pueblos indígenas buscan proteger, además de los derechos individuales, sus derechos colectivos, ya que el reconocimiento de tales derechos es necesario para asegurar la existencia, el desarrollo y el bienestar de los pueblos indígenas como colectividades distintivas. La experiencia ha demostrado que al menos que se respeten los derechos colectivos de los pueblos indígenas, existe el riesgo de que tales culturas

desaparezcan a través de la asimilación forzada. Por medio de declaraciones internacionales, y en algunos casos leyes y normas nacionales, todos los Estados están comprometidos con la promoción de la diversidad cultural.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen el reconocimiento de sus historias, lenguas, identidades y culturas distintas, pero también de su derecho colectivo a las tierras, los territorios y los recursos naturales que tradicionalmente han ocupado y usado, así como el derecho a su conocimiento tradicional, poseído colectivamente. Al crear y cumplir derechos colectivos para los pueblos indígenas, la comunidad internacional ha afirmado que tales derechos no deben entrar en conflicto con las normas internacionales de derechos humanos existentes, sino complementarlas. Es decir, la implementación de los derechos humanos colectivos no debe afectar negativamente la materialización de los derechos individuales.

Todo lo argumentado en el presente acápite tiene la intención o la tendencia de extinguir los deleznable argumentos que pretenden establecer una controversia o incompatibilidad entre derechos individuales y derechos colectivos. Debe quedar claro que no existe tal extrapolación, ni subordinación de unos a otros, ambos son perfectamente compatibles, es más, podríamos decir que incluso son interdependientes los unos de los otros y por tanto complementarios a la luz del principio de la integralidad de los derechos humanos.

Los derechos comunitarios que sobreviven en el tiempo y espacio y son un patrimonio de los pueblos, particularmente de los pueblos indígenas, alcanzan su eficacia precisamente cuando se materializan en cada persona o miembro de una comunidad indígena y, por su parte, los derechos individuales, no obstante su condición de tal, deben ser accesibles a todas las personas, sin discriminación de ninguna naturaleza. Por consiguiente, si se garantiza la eficacia y aplicación de dichos derechos para todos, resulta que la comunidad en su conjunto está siendo beneficiada.

De lo dicho anteriormente, queda la afirmación categórica en sentido de que no existe controversia o incompatibilidad alguna entre derechos individuales y colectivos, sino que por el contrario, su vigencia simultánea y complementaria resulta necesaria.⁴⁶

46 Uno de los principios que caracterizan a los derechos humanos es precisamente el de la integralidad de los mismos, así como el de la interdependencia de unos y otros. En ese sentido, los derechos individuales y los colectivos deben coexistir en forma complementaria y no excluyente. Por ello no es

El Sistema Interamericano frente a los Derechos de los Pueblos Indígenas

En el sistema interamericano de derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas y tribales en general y especialmente el derecho al territorio, está enarbolado de manera clara y taxativa tanto en la normativa, así como en la jurisprudencia creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se basa en el fundamento de que los pueblos indígenas tienen una forma de vida única y su cosmovisión se basa en la estrecha relación con la tierra. Las tierras tradicionalmente ocupadas y utilizadas por ellos son un factor primordial de su vitalidad física, cultural y espiritual. Esta relación única con el territorio tradicional, puede expresarse de distintas maneras, dependiendo del pueblo indígena del que se trate, como lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Para las comunidades indígenas, la relación con la tierra, no es meramente una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

*“La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas, debe tomar en cuenta, que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones, expresiones orales, sus costumbres y lengua, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores”.*⁴⁷

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, también ha concluido que los derechos territoriales de los pueblos indígenas son únicos. Abarcan una tradición y una identificación cultural de dichos pueblos con sus tierras que ha sido generalmente reconocida.

En lo concerniente al derecho de propiedad, bajo el espíritu de lo previsto en el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José), adquiere una importancia singular para los pueblos indígenas y

posible promover la vigencia y aplicación de unos derechos en desmedro de otros, razón suficiente para desechar puntos de vista que hablan de la subordinación de unos derechos sobre otros. En este caso, los derechos colectivos son perfectamente compatibles con los individuales y deben coexistir en beneficio de la ciudadanía, como ente colectivo y como agrupación de individuos.

47 Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, párrafo 137, Caso Yakye Axa contra Paraguay. Los Estados partes tienen la obligación internacional de cumplir el fallo de la Corte, pese a que ésta no tiene imperio para forzar su cumplimiento. Sin embargo, si el fallo dispone una indemnización compensatoria, ésta será exigible en el país conforme al procedimiento establecido en el derecho interno para la ejecución de sentencias contra el Estado (Art. 68 del Pacto de San José).

tribales, porque la garantía del derecho a la propiedad territorial es una base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas. Es un derecho al territorio que incluye el uso y disfrute de sus derechos naturales. Se relaciona directamente incluso, como un pre-requisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida, al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia y a la libertad de movimiento y residencia.

A lo largo de estos años, los pueblos indígenas insisten en que el Estado les garantice en forma efectiva su derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así no sólo realizar sus actividades tradicionales de subsistencia, sino preservar su identidad cultural.

De un tiempo atrás, los órganos del sistema interamericano han prestado una particular atención al derecho de los pueblos indígenas, a la propiedad comunal sobre sus tierras y recursos naturales, como un derecho en si mismo, y en tanto garantía del disfrute efectivo de otros derechos básicos.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos *“La protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales, es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo no sólo implica la protección de una unidad económica, sino la protección de los derechos humanos de una comunidad que se basa en su desarrollo económico, social, cultural, en su relación con la tierra”*.⁴⁸

Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha subrayado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida.

48 Sentencia de la Corte Interamericana Caso Yakye Axa contra Paraguay. Párrafo 164. Cabe enfatizar que, el sistema Interamericano de Derechos Humanos, recibió un número creciente de casos relativos a la protección de los derechos indígenas sobre sus tierras y recursos naturales, fundados principalmente en el Pacto de San José, reconociendo el derecho de propiedad ancestral de éstos sobre sus tierras, fundado en el uso inmemorial de las mismas, extendiendo el amparo a través del derecho de propiedad a los recursos naturales que guarnecen en ese territorio y que le dan sustentabilidad ambiental y productiva.

Constitucionalización de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en la Normativa Boliviana

No obstante que el enfoque general de la presente ponencia tiene como base de estudio la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas en la región, a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sin vulnerar ese enfoque, considero conveniente complementar el conjunto de ideas expuestas haciendo una breve y resumida referencia al proceso experimentado en Bolivia respecto a la elevación a rango constitucional de los derechos humanos consagrados en convenios internacionales, ratificados por la instancia legislativa y a lo previsto en la Constitución Política del Estado, cuyo texto precisamente ubica en primer lugar de la prelación normativa a los derechos humanos y entre ellos en conjunto de previsiones relacionadas a los pueblos indígenas.

El texto constitucional en vigencia da el salto cualitativo histórico al tomar como antecedente la existencia pre-colonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, en aras de reivindicar la libre determinación de los mismos, como factor fundamental para la consolidación de su derecho a la autonomía, autogobierno, cultura, reconocimiento de sus instituciones y consolidación de sus entidades territoriales.

El Título II, Capítulo IV de la Constitución en vigencia, al consagrar los derechos fundamentales de las personas, precisamente entre ellos reivindica los derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario campesinos, entendidas éstas como toda colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española. Bajo ese principio enarbola su derecho a: existir libremente, identidad cultural, creencia religiosa, espiritualidades, prácticas y costumbres, cosmovisión propia, libre determinación, territorialidad, titulación colectiva de tierras y territorios, protección de lugares sagrados, respeto a sus saberes y conocimientos y medicina tradicionales, idiomas, rituales, símbolos y vestimentas, medio ambiente sano, propiedad intelectual y colectiva de sus saberes y conocimientos, educación intracultural, intercultural y plurilingüe, salud, ejercicio de sus sistemas políticos, jurídicos y económicos acorde a su cosmovisión, derecho de consulta previa, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, gestión territorial indígena autónoma, entre otros, bajo la función protectora del Estado, además

del deber de este último de resguardar los derechos de las naciones y pueblos en peligro de extinción, situación de aislamiento voluntario y no contactados, respetando sus formas de vida.

Como correlato a la consagración de derechos descritos en líneas arriba, es oportuno referirnos a la constitucionalización de la jurisdicción indígena originario campesina, definida en los artículos 190 al 192, cuando se señala que las naciones y pueblos de referencia ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.

Es importante enfatizar que, por previsión constitucional, la justicia indígena originario campesina respeta el derecho a la vida, el derecho de defensa, así como las garantías previstas en el citado texto. Asimismo se definen tres ámbitos de competencia: personal, material y territorial, debiendo la ley establecer con mayor detalle, a través de una norma que defina los alcances de esa competencia, mediante el deslinde jurisdiccional.

Bibliografía

CEPAL (2007). Informe de CELADE

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia Caso Yaky Axa contra Paraguay.

Griffiths, John. "What is legal pluralism?" *Journal of Legal Pluralism*. no. 24, 1986.

Klein, Herbert S, (1994). Historia de Bolivia. 5ta edición. La Paz: La Juventud.

Lee Van Cott, Donna. "La Política de la Diversidad en América Latina." Comentario de La amigable liquidación del pasado: La política de la Diversidad en América Latina por William Assies. Publicado en *European Review of Latin American and Caribbean Studies*, no. 67, Diciembre 1999.

Mesa Gisbert, Carlos/Mesa Gisbert, Teresa (2007). *Historia de Bolivia*. 6ta edición. La Paz: Editorial Librería Gisbert.

Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Naciones Unidas. Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas.

Naciones Unidas. Pacto Internacional de Derechos Económico Sociales y Culturales.

Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 de la sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

Silva Santiestaban, Fernando (1983). *Historia del Perú (Época Preincaica)*. Lima: Edición Buho.

Stavenhagen, Rodolfo (2008) *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos. Informes Temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. México: UNESCO.

LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN LA JUSTICIA INDÍGENA

Lourdes Tibán⁴⁹
Ecuador

*“Entre un hombre y una mujer,
hay más probabilidad de que una mujer
sea pobre, tenga hambre y sufra más
y si es indígena peor todavía”.*

Situación de la Justicia Indígena en el Ecuador

Para referirme a la situación de la mujer indígena, sus derechos, su participación, su rol en la justicia indígena, debo empezar haciendo una breve reseña de la situación de los pueblos indígenas y su relación con la justicia indígena en el Ecuador, y desde esa realidad ubicar el tema de la mujer tanto desde la perspectiva constitucional como desde la práctica real de la justicia indígena.

Al ser el Ecuador constitucionalmente reconocido como un Estado intercultural y plurinacional, el nuevo marco constitucional deja atrás las tibias y típicas declaraciones de países pluriculturales y multiculturales, como lo hacía la Constitución de 1998, en el sentido de reconocer la diversidad cultural o la diversidad étnica. La Constitución del 2008, al reconocer la interculturalidad y la plurinacionalidad como carácter del Estado, va más allá de la cultura y de la etnia y reconoce la existencia de naciones indígenas al interior del territorio nacional.

La Constitución también reconoce a las colectividades indígenas como comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Cada una de estas implica un territorio, pero también involucra un conjunto de instituciones y sistemas

49 Doctora en Jurisprudencia, Diploma en Derechos Humanos y Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina (México), Máster en Ciencias Sociales con Mención en Asuntos Indígenas (Flacso), Máster en Economía con mención en Descentralización (Chile). Dirigenta de organizaciones de base, Subsecretaria del Ministerio de Bienestar Social, Ministra - Secretaria Nacional Ejecutiva del CODENPE, Catedrática de Maestría en Derecho Penal y Justicia Indígena en la Universidad UNIANDES, Autora de varios libros sobre derecho penal y actualmente Asambleísta en representación de la provincia de Cotopaxi.

propios de organización social, económica, política y legal, autoridad propia, procesos de autodeterminación y libre determinación. Una colectividad se forma como un resultado de la suma de elementos de todo un proceso histórico que no ha podido borrarse ni con la colonia, y peor aún en los periodos republicanos e independentistas. Al contrario, en pleno siglo XXI, estas colectividades se muestran mucho más identificadas y fortalecidas en la lucha por ejercer sus derechos como individuos pero también como colectivos históricos y que constituyeron y constituyen la base para la formación y consolidación del Estado.

Para efectos de una mejor comprensión, los términos de pueblos y nacionalidades, conforme la definición de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, se entenderá así:

“Nacionalidades indígenas son colectividades milenarias anteriores a la existencia del Estado, que vive en un territorio determinado, tienen una identidad histórica, idioma, cultura, sus instituciones propias como es la organización social, económica, política, jurídica y el ejercicio de autoridad propia”.

*“Pueblos Indígenas son colectividades originarias conformadas por comunidades con identidades culturales e historias propias, que les hacen diferentes de otros sectores de la sociedad; tienen sus sistemas propios de organización social, económica, política y sistemas jurídicos particulares”.*⁵⁰

En este contexto, hablar del Estado intercultural y plurinacional implica tratar un amplio abanico de temas como lenguas, idiomas, costumbres, cosmovisiones, pensamiento político, formas de vida, derechos humanos y de la naturaleza, sistemas jurídicos, etc. En tal virtud, en la presente ponencia me centraré específicamente en el sistema jurídico indígena, o justicia indígena, y su relación con las mujeres indígenas.

Cómo entender el Sistema Jurídico Indígena o la Justicia Indígena

La administración de justicia indígena en el Ecuador es un tema que muchas veces ha sido entendida equívocamente como justicia por mano propia o linchamientos, todo visto desde una óptica colonial de que todo lo que hace el “indio” es salvajismo, producto de su estado retrógrado y de seres incivilizados e inhumanos.

⁵⁰ Proyecto Político de la CONAIE, 1997.

Los pueblos indígenas cuando administran justicia, no lo hacen porque la justicia ordinaria no funcione, o porque sea corrupta, lenta, engorrosa o costosa; tampoco lo hacen porque la Constitución y las normas internacionales así lo reconocen desde 1998, sino porque desde sus orígenes han aplicado su justicia como parte de la convivencia humana, para guiar la conducta social de su colectividad.

Desde la visión de la sociedad común, la justicia indígena es el término más desprestigiado por las múltiples y tergiversadas interpretaciones que se han hecho respecto de este tema. Se ha dicho que es una forma de ejercer la justicia por mano propia, que es la práctica de los linchamientos; es una justicia vengativa o rencorosa, “ojo por ojo o diente por diente”, etc. La justicia indígena desde los científicos sociales, antropólogos o juristas, ha sido conocida desde diferentes acepciones como: costumbre jurídica, derecho consuetudinario, usos y costumbres, derecho indígena, normas o derecho propio, sistema jurídico indígenas, etc.

Para tener alguna referencia, citamos algunos conceptos que configuran la justicia indígena:

- **Derecho consuetudinario:** *“Derecho consuetudinario, básicamente nos encontramos frente a una normativa jurídica o costumbre jurídica no escrita” (Illaquiche 2006).*
- **Derecho Indígena:** *“El derecho indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conducta del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistema de rehabilitación que garantizan el convivir armónico” (CONAIE, 1992).*
- **Justicia Indígena:** Justicia indígena supone reconocer la aplicación de normas y procedimientos propios en el ejercicio de la jurisdicción indígena que la autoridad propia o autoridad indígena realiza para resolver un conflicto interno en su territorio.
- **Sistema Jurídico Propio:** *“El sistema jurídico propio, es el que se acopla a la realidad del momento; es decir, camina a la par con el correr del tiempo.*

No es un código poseedor de normas estables como el derecho escrito” (Illaquiche 2006).

- **Derecho Propio:** Es la capacidad de darse sus propias normas. Es el Derecho que se origina, evoluciona y se aplica por la reiteración de los hechos en el tiempo. Este derecho no surge de la Función Legislativa, sino de manera autónoma e independiente conforme se desarrolla una colectividad humana.

Muchos estudios sobre este tema coinciden que son términos comunes que tienen que ver con una repetición inmemorial de una serie de prácticas y costumbres que constituyen un verdadero sistema jurídico propio, que de generación, en generación aplicando sus propias normas y procedimientos, han permitido regular las relaciones sociales y un efectivo control social en los territorios indígenas.

Marco Jurídico que Garantiza la Vigencia de la Justicia Indígena en el Ecuador

La justicia indígena, en el caso del Ecuador, está reconocida por la Constitución del Ecuador desde 1998, ratificada y mejorada en la Constitución del 2008, así como por los siguientes instrumentos internacionales:

- **Constitución de la República 2008, artículo 171 de la Constitución**

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” .

- **El Código Orgánico de la Función Judicial**

En el caso del Código Orgánico de la Función Judicial, que se expide después de la vigencia de la Constitución del 2008, establece procedimientos que la justicia ordinaria debe respetar para fortalecer la vigencia de la justicia indígena:

Artículo 343.- Ámbito de la jurisdicción indígena.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres.

Artículo 344.- Principios de la justicia intercultural.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

- a) **Diversidad.-** Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;
- b) **Igualdad.-** La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.
- c) **Non bis in idem.-** Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

- d) **Pro jurisdicción indígena.-** En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,
- e) **Interpretación intercultural.-** En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Artículo 345.- Declinación de Competencia.- Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

Artículo 346.- Promoción de la Justicia Intercultural.- El Consejo de la Judicatura determinará los recursos humanos, económicos y de cualquier naturaleza que sean necesarios para establecer mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Especialmente, capacitará a las servidoras y servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas, con la finalidad de que conozcan la cultura, el idioma y las costumbres, prácticas ancestrales, normas y procedimientos del derecho propio o consuetudinario de los pueblos indígenas.

El Consejo de la Judicatura no ejercerá ningún tipo de atribución, gobierno o administración respecto de la jurisdicción indígena.

En cuanto a Instrumentos Internacionales tenemos:

- **Declaración de las Naciones Unidas 1966**

La Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó el Convenio Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos en 1966, este reconocimiento consiste en una codificación del derecho internacional y el artículo 27 menciona: *“el derecho de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas y lingüísticas a disfrutar de su propia cultura, a la preservación de las costumbres y tradiciones legales.”*

- **El Convenio 169 de la OIT**

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Ecuador en abril de 1998, en lo referente a la justicia indígena garantiza su vigencia y su práctica y establece:

Artículo 8 numeral 1 *“Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados (pueblos indígenas), deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.*

Artículo 8 numeral 2 *“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional, ni con los derechos humanos internacionales reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.*

Artículo 9 numeral 1. *“En la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionales reconocidos, deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometido por sus miembros”.*

Artículo 9 numeral 2. *“Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.*

Artículo 10 numeral 2. *“Deberá darse la preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento”.*

- **La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (aprobado el 13 de septiembre del 2007)**

Artículo 34. *“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, practicas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.*

Artículo 35. *“Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.*

En este contexto, si bien los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas históricamente siempre han existido, el aval jurídico que otorga la Constitución y los instrumentos internacionales es algo novedoso, no sólo porque legitiman y garantizan la vigencia de los derechos individuales, sino que exige respeto de jurisdicción y competencia por parte de las autoridades estatales.

Con los antecedentes explicativos respecto de la situación de la justicia indígena en el Ecuador, que de hecho no han profundizado su tratamiento en cuanto a la posición de la norma constitucional respecto de la justicia ordinaria y la justicia indígena, que se encuentra a la espera de un pronunciamiento de la Corte Constitucional por causas de interpretación, duda, doble juzgamiento, conflicto de competencia, etc., pasamos a referirnos al rol de la mujer indígena en el tema de la justicia indígena.

La Justicia Indígena Vulnera o Respeta los Derechos de las Mujeres Indígenas

Los grandes esfuerzos por la erradicación de las inequidades entre géneros, que han hecho los movimientos de mujeres, en algunos casos liderado por los movimientos feministas, y en otros incluso desde el interior del movimiento indígena, ya sea como secretarías de mujeres o como organización de mujeres indígenas, han impuesto nuevos matices a la incorporación de las mujeres. Esto no sólo en procesos de acceso o ejercicio de la justicia indígena, sino también en la vida pública y en lo que se refiere al reconocimiento de sus capacidades cuando de ejercer una autoridad o participar en un proceso se trata.

Al ser la justicia indígena una práctica milenaria y que a simple vista parecería ser una actividad “exclusiva de hombres”, el rol de la mujer en

este proceso ha sido siempre diferenciado desde las particularidades de cada territorio y cada colectividad. En este sentido, no se puede generalizar a la mujer como indígena y como nada más; se debe analizar este tema desde la visión que tiene cada pueblo o nacionalidad sobre la mujer.

La mujer históricamente se ha enfrentado a un espacio excluyente y por excelencia machista, y desde esa realidad actuar como persona o individuo en su condición de mujer en la justicia indígena también ha sido complicado, porque son las colectividades los sujetos de derechos colectivos, y la justicia indígena es uno de los derechos colectivos que poseen los pueblos y las nacionalidades indígenas.

La actual situación de la mujer indígena en el Ecuador no sería tal, ni sería reconocida constitucionalmente como un sujeto activo dentro de la justicia indígena, sino no hubiera existido una activa participación de la mujer en los procesos de la lucha por el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas.

Son precisamente las mujeres indígenas, como Dolores Cacuango y Tránsito Amaguaña, quienes desde 1920 empezaron a luchar para ejercer derechos no sólo como mujeres sino como colectivos indígenas encaminados a la liberación indígena, mediante la educación, el derecho a la tierra y hoy derecho a la justicia y a la participación política en las esferas públicas.

En este proceso, no podemos decir fríamente si es que la justicia indígena vulnera o respeta los derechos de la mujer, pues las mujeres constituyen la fuerza espiritual, cultural, organizativa para que en el ejercicio de los derechos vayan exigiendo permanentemente el respeto a sus derechos y que sus opiniones y actuaciones sean consideradas y valoradas en el ejercicio de la justicia indígena.

Hoy las mujeres tienen una activa participación en el ejercicio de la justicia indígena desde distintos espacios:

- Participan en asambleas a nivel local, regional y nacional.
- Antes participaban como miembros de la Asamblea, hoy se han convertido en autoridades indígenas y desde ese espacio su participación es directa en la toma de decisión.

- Tienen sus propios espacios de participación, planificación y administración a través de las organizaciones de mujeres, y dentro de ellas han incorporado capacitación y formación sobre la justicia indígena.
- Se forman y se capacitan incluso en sus propios espacios como es la “Escuela de Formación a Mujeres Indígenas, Dolores Cacuango”. Caso Ecuarunari.
- Mantienen procesos de intercambio y discusión como talleres, seminarios, encuentros, congresos, etc. En el caso de la provincia de Cotopaxi, una mujer indígena se ha puesto a la cabeza para demandar respuestas y pronunciamientos a la Corte Constitucional respecto de la justicia indígena.
- Existe un esfuerzo por articular la experiencia de las mujeres indígenas que han accedido a espacios de justicia.

La aplicación de las sanciones a las mujeres en el ejercicio de la justicia indígena depende de la costumbre jurídica de los pueblos y nacionalidades, pues hay prácticas y hay “prácticas”. Por ejemplo: ¿Viola o no su derecho cuando un pueblo decide sancionar (en casos de infidelidad) a una mujer con el corte total del pelo y que pida perdón ante el público y que por meses se exhiba con el cabello cortado hasta que le crezca de modo natural? Mientras tanto, por ese mismo hecho al hombre le dan otro tipo de sanción física: baño, ortiga, látigo, etc. En otros pueblos se aplica la misma sanción de baño, ortiga y látigo al hombre y la mujer.

También sería bueno analizar cuándo la justicia indígena basada en la conciliación, en muchas ocasiones, en aras de un acuerdo, viola los derechos de las mujeres, ya que se tiende a reproducir jerarquías de género y de la familia, incluso de la comunidad. Un ejemplo: una mujer que sufre violencia doméstica y que no tiene independencia económica ni empleo, y según la costumbre “por los *wawas* – hijos”, se ve obligada a regresar con el esposo que la ha maltrata física y psicológicamente bajo el simple compromiso de que “ya se portará bien”. Así, la mujer debe volver a dormir con el “enemigo”; o tiene que aceptar que la suegra se quede con el hijo cuando la pareja decide separarse y con ello se separa también a los hijos, o porque la mujer decide rehacer su vida con otro hombre, también le quitan a los hijos porque es considerada “mala mujer o inmoral”.

Sobre este tema se deberá hacer entonces un análisis pormenorizado de los derechos, la costumbre jurídica, las tradiciones, y sobre todo, cómo se concibe en el marco del *sumak kawsay* el rompimiento de ciertas reglas de conducta en cada territorio.

Cabe señalar que recién en el año 2002, en un caso de justicia indígena en la comunidad la Cocha de la Provincia de Cotopaxi, que es emblemático por su contenido cultural, una mujer fue la primera en ser sancionada en un caso de muerte de un indígena en la que se implicó a tres hombres; salió al debate el tema “género”, pero no desde una reflexión indígena ni del movimiento indígena, sino desde la academia, como fue el área de género de la Universidad Flacso.

Por lo tanto, en el caso Ecuador, recién en el año 2008, la Constitución de la República enfatiza como uno de los derechos de la mujer indígena la participación y decisión de las mujeres en la administración de justicia indígena al señalar que: *“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres...”*.

Desde entonces se ha continuado discutiendo la vigencia del pluralismo jurídico en el marco de una coordinación y cooperación entre el sistema ordinario y el sistema jurídico de la justicia, lo cual está en proceso tanto en la Asamblea Nacional como en la Corte Constitucional, pero no se ha puesto interés en vigilar el cumplimiento de este requerimiento que establece la constitución en cuanto a cumplir con la participación y decisión de las mujeres en la justicia indígena.

Sin embargo, cabe dejar señalado que no es fácil identificar el respeto a los derechos de las mujeres indígenas en el ejercicio de la justicia indígena, cuando la mujer indígena, en especial, tradicionalmente ha sido situada en una condición de subordinación que obliga a aceptar el maltrato, el abuso sexual, el abandono de la pareja, el no reconocimiento de los hijos, entre muchos otros aspectos que salen a relucir cuando las mujeres acuden a la justicia ordinaria y la justicia indígena. Más aun, cuando muchas veces en los territorios indígenas las mujeres han crecido y han desarrollado su vida bajo modelos sexo-genéricos que las subordinan, en los que no han tenido acceso a la toma de decisiones y permanecen bajo la vigilancia de los hombres o de sus autoridades, líderes y dirigentes que generalmente también son hombres que están frente a la justicia indígena.

Los Derechos Individuales de las Mujeres Indígenas versus los Derechos Colectivos de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas

La justicia indígena más que un derecho individual, es un derecho colectivo porque se reconoce este derecho a las personas, comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades. Entonces ¿cómo entender los derechos individuales de las mujeres indígenas y los derechos colectivos? Los derechos individuales, no como mujeres sino como seres humanos, están íntimamente ligados a los derechos humanos, por su enfoque individualista. Por lo tanto, es necesario establecer la relación entre el derecho individual de la mujer como persona y el que le asiste en cuanto es miembro de una colectividad o en función de grupo, conocido como derecho colectivo.

Los derechos individuales son aquellos que goza el individuo hombre o persona; en este caso los derechos individuales de la mujer indígena, según nuestra constitución y los instrumentos internacionales son, entre otros: el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad ante la ley, a la libertad de pensamiento, a la libertad de expresión, derecho a la educación, derecho laboral, derecho de participación, derecho a la justicia, derecho a elegir y ser elegida, derecho a ser autoridad, etc. Son derechos humanos básicos para toda persona, independientemente de su género, lengua, etnia o religión. Mientras que los derechos colectivos son aquellos que buscan el reconocimiento a una realidad colectiva, cuyos derechos pertenecen a una comuna, pueblo o nacionalidad como sujetos jurídicos.

En este contexto ¿cómo se relacionan o se respetan estos dos derechos en el ejercicio de los derechos de la mujer indígena? Desde la visión de los pueblos y nacionalidades indígenas, el derecho individual responde a una lógica de la cultura occidental, en donde prevalece el individuo, es decir, el sujeto jurídico es la persona; mientras que los derechos colectivos responden a una lógica de la cultura andina donde prevalece el grupo, el conjunto de personas como comunidad, en este caso, la justicia indígena es un proceso que es un acto colectivo y conlleva decisiones colectivas acorde a su cosmovisión y manera de ver el mundo.

Los tratados, convenios internacionales - particularmente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que fue el primero en reconocer los derechos colectivos de los pueblos indígenas- y luego la Constitución Política del Ecuador de 1998 - establecen que el reconocimiento y la aplicación de los derechos colectivos deben garantizarse siempre que no violen o no sean contrarios a los derechos humanos individuales.

En tal virtud, cuando el movimiento indígena lucha porque se reconozcan sus derechos colectivos, no está atropellando o violando los derechos individuales, más bien, los hace suyos porque sabe que los indígenas no se sienten con “titularidad de esos derechos” y cree que una de las formas de garantizar el ejercicio de los derechos individuales es precisamente reconociendo y ejerciendo los derechos colectivos. Al ejercer la justicia indígena como un derecho colectivo, los pueblos y nacionalidades han priorizado su ejercicio como tal, pero no ha sido muy visible la preocupación de mirar si ya en los hechos y principalmente en casos prácticos, los derechos de las mujeres indígenas han sido vulnerados, o si se ha cumplido o no con el mandato constitucional de contar con la opinión y participación de las mujeres en la justicia indígena.

Pues, los derechos de la mujer indígena se empiezan a cuestionar en la medida que la mujer aparece siendo actora principal del proceso, ya sea como sancionada o sancionadora, como autoridad o como parte de la asamblea. Desde la cosmovisión indígena todo proceso, la vida misma, se desarrolla con la participación dual, complementaria y activa de hombre y mujer (*kari – warmi*); pues, la mujer es parte integral de todas las reivindicaciones y luchas indígenas, como igual sucede en la justicia indígena; pero, como que dentro de todo este discurso, no cuenta la particularidad de los derechos de la mujer, precisamente porque para las mujeres indígenas, lograr el acceso a la justicia ha sido una prueba difícil dado el peso privilegiado de las ideologías de género que justifican el papel subordinado de las mujeres ante las autoridades hombres.

Si revisamos la historia y los contenidos de las leyes, vemos que las leyes estatales instituyen una visión patriarcal, contra la cual las mujeres han debido luchar. En las costumbres y normas indígenas prevalecen también valores patriarcales que las subordinan a pretexto del respeto a ciertos patrones culturales que hacen que la mujer “acepte” su condición.

Alternativas para Armonizar los Derechos Individuales de las Mujeres con los Derechos como Colectividades Indígenas

Desde la realidad antes descrita, considero que debemos propiciar directamente una discusión sobre el derecho indígena y la justicia indígena en relación a sus derechos, así como acerca de las alternativas para potenciar autoridades indígenas con la incorporación de mujeres para potenciar las jurisdicciones indígenas.

El proceso para que la mujer indígena incida en un campo tan particular como lo es la justicia indígena, espacio masculino por excelencia, no será fácil porque implica intervenir en las maneras tradicionales de resolver los conflictos y en el ejercicio de la autoridad, con sus propios procedimientos y sistemas normativos que muchas mujeres no quieren asumir, a veces, por temor y, otras veces, por desconocimiento.

En tal virtud, es necesario incentivar la participación profesional de la mujer indígena a incluirse en cargos relacionados, no sólo con la justicia indígena sino también en la justicia estatal, en juzgados, fiscales o simplemente como operadoras de justicia.

Muestra de esta iniciativa es que el Ecuador tiene una Magistrada Indígena en la Corte Constitucional, y desde ese espacio ella ha logrado visibilizar el rol de la mujer indígena en la justicia. Es necesario avanzar con otros espacios. También las fiscalías indígenas, el Ministerio Público, la función judicial, requieren tener la visión y el aporte de la mujer indígena pero aún no existe una fiscal, ni una jueza. Las mujeres siguen encontrándose a nivel de secretarías y amanuenses.

De acuerdo al reconocimiento constitucional de garantizar la participación de la mujer en la toma de decisión en la justicia indígena, la participación de la mujer debe ser otro de los mínimos jurídicos que se debe exigir en el proceso como una acción afirmativa para fortalecer la participación de las mujeres indígenas. Estos mínimos jurídicos a observar serían:

- **Derecho a la vida:** la vida es un derecho inviolable de todo ser humano. El derecho indígena no reconoce la pena de muerte, por lo tanto la sanción no puede ser la muerte.
- **Derecho al debido proceso:** como en todo proceso, las partes tienen el derecho a defenderse ya sea personalmente o a través de terceros. Además el debido proceso tiene que ver con que se cumplan todos los principios, normas y reglas con equidad y imparcialidad.
- **Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles:** este es un derecho de todas las personas, por ende las leyes prohíben este tipo de trato. En este sentido, toda sanción será vigilada para que no caiga dentro de esta prohibición.

- **Derecho a la no agresión física ni psicológica:** este derecho ha sido el más cuestionado por la sociedad y por las instituciones de defensa a los derechos humanos, porque se han realizado un análisis de los hechos fuera del contexto de la cosmovisión cultural y social de las comunidades de los pueblos indígenas, donde el fueite, el baño o la ortiga conlleva la reacción curativa y reivindicativa de los actores involucrados. No todos los pueblos indígenas manejan este tipo de sanciones corporales.
- **La garantía de participación y decisión de las mujeres.** de acuerdo al reconocimiento constitucional, se garantizará la participación de la mujer en la toma de decisión en el ejercicio de la justicia indígena.

Hay mucho por hacer, sin embargo, reconociendo la capacidad y los esfuerzos que hacen las mujeres para ejercer sus derechos, la lucha recién empieza.

Bibliografía

CONAIE (1997) Proyecto político.

Constitución de la República del Ecuador del 2008.

ILaquiche Licta, Raúl (2000) *La costumbre como fuente del derecho*. Tesis de grado para la Universidad Central del Ecuador, Quito.

ILaquiche Licta, Raúl, (2006) *Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Segunda Edición.

Declaración de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, 2007

Stavenhagen, Rodolfo (1996) *Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales*, en: *Construir Democracia: Derechos Humanos, Ciudadanía y Sociedad en América Latina*.

Tibán, Lourdes (2001) *Los derechos colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador: aplicabilidad, alcances y limitaciones*, INDESIC.

----- (2009) "Las mujeres indígenas nuevos sujetos políticos de las Repúblicas." Brasil: Seminario Internacional Mujeres y Repúblicas.

Pacari Vega, Nina. (2002) Pluralidad Jurídica. Una realidad constitucionalmente reconocida; en: *Justicia Indígena. Aportes para un debate*. Universidad Andina Simón Bolívar, Abya Yala, Quito.

Yrigoyen F. Raquel (1999) *Criterios y Pautas para la Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*.

COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS LEGALES EN CENTROAMÉRICA

Guillermo Padilla Rubiano⁵¹
Oaxaca, México

Una publicación sobre pluralismo jurídico de la Fundación Konrad Adenauer⁵², remarca en su introducción que en América Latina aún después del reconocimiento del pluralismo legal que comenzó a ocurrir con la ratificación del Convenio 169, las reformas constitucionales y las adecuaciones legales, dado el tiempo transcurrido, hace un poco más de 20 años en países como México, ya debería haberse traducido en un reconocimiento al derecho efectivo de los pueblos indígenas de ejercer el control de sus instituciones y forma de vida dentro de los Estados en que viven. Esto es algo que todavía está lejos de suceder.

“La interpelación entre el derecho indígena y el derecho nacional dista mucho de ser armoniosa y la validez del primero suele ser cuestionada en los tribunales estatales”, señala la publicación aludida. Esta realidad pone de presente un problema todavía mayor en América Latina, esto es que la distancia entre las leyes escritas y su práctica prueba la debilidad estructural del Estado de Derecho en nuestra región.

Desde su aparición después de la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas han procurado establecer condiciones mínimas para erradicar las causas que son generadoras de conflictos que a su vez pueden dar lugar a confrontaciones bélicas. Para el caso de nuestra región latinoamericana, éstas tienen que ver con la condición de colonialismo interno, explotación y en general estructuras económicas, sociales y políticas que afectan la vigencia de una comprensión integral de los derechos humanos, que perjudica de manera particular a pobres, indígenas, afrodescendientes y mujeres.

51 Guillermo Padilla Rubiano. Abogado de la Universidad Nacional de Colombia y PhD en Estudios Latinoamericanos con énfasis en antropología jurídica de la Universidad de California en Berkeley. Actualmente es investigador y profesor en el CIESAS Pacífico Sur en Oaxaca, México

52 Konrad Adenauer Stiftung. Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena. Bogotá 2008

¿A qué nos referimos cuando hablamos de la necesidad de desarrollar mecanismos de coordinación entre diferentes sistemas legales? Centro América es una región donde con excepciones específicas, el poder judicial y la capacidad del Estado para ofrecer seguridad y justicia ha sido muy limitada.

En Guatemala, para mencionar el caso de la economía más fuerte de la región, durante los últimos años la violencia homicida aumentó más de 120%, pasando de 2,655 homicidios en 1999 a 5,885 en 2006. Este crecimiento equivale a un aumento mayor al 12% por año desde 1999, superando ampliamente al crecimiento poblacional, que es inferior al 2.6% anual. El índice de impunidad en Guatemala para el 2009 era del 99.75%, cifra que deriva de un estudio realizado por la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, quien la obtuvo a partir de una muestra de 600 mil casos.⁵³

¿De qué tipo de coordinación podríamos hablar en este contexto y cuáles son las razones que lo dificultan? Considerando la dramática realidad de la justicia en la región y el contexto legal que promueve el pluralismo jurídico, debería resultar factible que los Estados se beneficiaran de la existencia de pueblos con normativas tradicionales propias, para promover las prácticas jurídicas que facilitan el acceso a la justicia a personas con idiomas y culturas propias, pero esto no es así. Para auscultar esta problemática, veremos el contexto legal que insta a los Estados a promover la participación plena de los pueblos indígenas para luego identificar algunas de las razones que obstaculizan que ésto suceda.

Con la aprobación del Convenio 169 de la OIT en 1989, se pretendió establecer condiciones básicas para propiciar un diálogo intercultural que facilitara la transición hacia un nuevo modelo de Estado que fuera reflejo de la diversidad y riqueza cultural que nos caracteriza.

Centro América posee afinidades como región, a la vez que grandes diferencias, producto de la historia de los últimos 60 años. El Salvador, Panamá y Belice son 3 de los 7 países de la América Latina continental que aún no han ratificado el Convenio 169. Podríamos afirmar de esta manera que el modelo de Estado colonial y republicano integracionista se mantiene vigente en sus rasgos fundamentales en estos países, pero una rápida revista de los otros donde este sí se ha ratificado, nos revela que un Estado no se transforma

53 Informe Tercer Año de Labores de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, CICIG, 2010

por que cambien las leyes o se ratifiquen o aprueben convenios o tratados internacionales. Esta renovación de los Estados requiere una introspección que facilite la emergencia de subjetividades afines a una perspectiva intercultural. Pensamos que un incremento en la coordinación entre la práctica de la justicia formal con la indígena genera este tipo de introspección necesaria para que los Estados evolucionen.

Una de las ideas centrales del marco legislativo internacional actual aplicado a pueblos indígenas, es la necesidad de promover su participación. Para lograr esto, el deber de los Estados de consultar se transforma en la piedra angular de su relación con las comunidades indígenas y tribales, así se afirma en todos los instrumentos y las decisiones de los órganos internacionales de control⁵⁴.

Para asegurar una “efectiva participación” de los grupos indígenas o tribales, el Estado tiene el deber de dialogar, facilitar acceso a todo tipo de información, de conocer y familiarizarse con las culturas, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas y tribales que constituyen la diversidad étnica y cultural de la nación, todo lo cual implica una comunicación constante entre diferentes actores sociales. Se trate de empresas que proyectan inversiones en territorios indígenas o de jueces de la república, interactuando con autoridades indígenas solucionando algún asunto o aplicando justicia.

Desde este punto de vista sugiero contemplar el tema de la coordinación entre sistemas de justicia desde una perspectiva amplia, como el deber del Estado de tomar en cuenta y valorar las instituciones indígenas, sus prácticas y valores por medio de la promoción efectiva de la participación indígena a todos los niveles. El reto es nada menos que superar la falsa creencia de percibir al indígena como remanente de un pasado que se debe superar, pues se asume, como herencia colonial, que la modernidad posee valores cuya superioridad no se puede poner en discusión.

Toda cultura es incompleta por definición y la diversidad intercultural ofrece la posibilidad de un enriquecimiento mutuo que no se debe desestimar en estos tiempos de crisis planetaria. Las nuevas lecturas que han hecho

54 Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo, artículos 6 y 7; Declaración de Naciones Unidas, artículo 32.2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos; Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 21, que tal como ha sido interpretado por la Corte Interamericana, protege el derecho a la propiedad comunitaria.

su arribo a las últimas constituciones en el sur del continente, nos han sorprendido con su exaltación de valores que trascienden el antropocentrismo y el individualismo, donde se incorpora una visión que reconoce derechos a los animales y la naturaleza bajo el concepto de la Pacha Mama, y donde se privilegia la comunidad sobre el derecho del individuo. Lo que esta epistemología milenaria plantea, pero que apenas en el actual contexto de transformación de esquemas y marcos normativos nos vemos expuestos a ella, es una alternativa novedosa de entender y vincularnos con los gobiernos locales, regionales o nacionales; otra racionalidad en la forma como vivimos nuestra relación con la tierra y los recursos de la naturaleza, con el sentido de comunidad o comunalidad, como lo han definido en Oaxaca, México, intelectuales indígenas (Martínez 2010), que deriva en un particular sistema de cargos, la búsqueda del honor y el prestigio sobre la del poder y los trabajos gratuitos y a los que los individuos se obligan para el bien colectivo. Lo que ahora emerge son otras formas de otorgar valor a lo que la modernidad le restó en su afán transformador ¿Cuánto vale un arroyo? ¿Qué valor dispensamos a la calidad del aire que respiramos? ¿Cómo evaluar el control que ejercemos sobre nuestro tiempo y nuestra libertad? Lo que para la modernidad son materias primas y recursos naturales, para los pueblos indígenas constituye algo vivo a lo que hay que tratar con respeto, proteger y venerar.

Uno de los impedimentos que suele argumentarse con más frecuencia en materia de coordinación entre sistemas legales, es el tema de los derechos humanos, debate no exento de hipocresía, pues como lo demuestra la historia reciente en esta región, los indígenas no son los únicos con tensiones en este frente. Los Estados suelen ser grandes violadores de los derechos humanos, pero no por esto se debe mirar para otro lado cuando las comunidades incurren en métodos de justicia que puedan entrar en conflicto con estos derechos.

Lo que creemos que constituye una de las ventajas más importantes de un incremento en la coordinación entre sistemas legales, es que facilita un debate franco en esta materia, uno que logre un avance hacia mejores condiciones de gobernanza en un contexto de respeto a los derechos humanos compatible con principios internacionales en perspectiva intercultural. El reconocimiento de la diversidad cultural que acompaña los nuevos marcos legales, obliga a la prudencia antes de imponer definiciones hegemónicas sobre dignidad y valores humanos. Un mecanismo de coordinación exitoso desarrollado en otros países de la región, ha incluido el análisis del caso concreto con una adecuada evaluación del marco cultural en el que se produjo el hecho, para lo cual el recurso del peritaje cultural ha sido fundamental.

Las siete naciones que constituyen Centro América, han aceptado la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre. Todos los Estados ratificaron la Convención Americana sobre Derechos Humanos y aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer asuntos que surgen del incumplimiento de las obligaciones que emanan de la Convención Americana.

Las decisiones y pronunciamientos de ambos órganos son de particular relevancia para la Región, especialmente aquellos relacionados con los derechos de los pueblos indígenas y el derecho a su participación efectiva.

Además, en el ámbito universal, todos los Estados de la Región Centroamericana aprobaron la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007 y ratificaron el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Por ello, son importantes los pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, así como las recomendaciones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente)⁵⁵.

Por paradójico que parezca, el primer problema que enfrenta este marco normativo en Centro América, es el cuestionamiento desde los Estados sobre la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales. En el Salvador este tema ha estado los últimos 81 años en el centro del debate sobre pueblos indígenas, con la masacre de 30 mil campesinos e indígenas asesinados durante la insurrección popular de 1932 en el tiempo de la dictadura del General Maximiliano Hernández Martínez. Este hecho supuso por muchos años el fin de los pueblos indígenas en este país. Para estos, ocultar su identidad era materia de vida o muerte, pero la realidad multiétnica y multilingüe emergió de nuevo al final de la guerra interna que se sufrió con más crudeza en la década de los 70s y 80s.

55 Para un análisis detallado de los mecanismos, ver: Justicia Global, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2009.

El espacio de los Acuerdos de Paz firmados para poner fin a este conflicto armado, significó para los sobrevivientes indígenas, la oportunidad para reclamar el espacio que la historia de inequidad y horror les había negado. En el escenario político de hoy, en esta Nación, las organizaciones indígenas constituyen actores políticos con voz propia. Una voz organizada que reclama derechos, entre ellos la ratificación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, y que cuestiona hechos políticos como el resultado del Censo de Población 2007, según el cual sólo el 0.2% de los salvadoreños descienden de los pueblos originarios. De acuerdo con este resultado, la sociedad salvadoreña es culturalmente homogénea, algo a todas luces falso. Según un estudio publicado en el 2003, la población indígena del Salvador, se estima que esté entre el 10-12% del total de la población, o sea un poco más de setecientos mil⁵⁶.

En Belice, el Estado en varias oportunidades llegó a argumentar que los indígenas mopanes y ke'kchí, que habitan en varias regiones del país, especialmente en el sur, eran en realidad guatemaltecos inmigrantes, algo que fue aclarado en una reciente sentencia de la Corte Suprema de Belice del 28 de junio del 2010, que confirma la propiedad territorial de comunidades mayas en virtud de su propio título consuetudinario anterior al colonialismo tanto español como británico. Al formular su decisión, el Juez Conteh dio peso a las pruebas presentadas por los peritos de la parte maya, que probaron con documentación etnohistórica y cartográfica realizadas por las comunidades, la existencia de una tenencia ancestral de la tierras.

Podría pensarse que el derecho territorial de estas comunidades quedó bien fundado, pero, como lo afirma Bartolomé Clavero, "en la misma sentencia todavía operan principios coloniales que enervan la posición indígena y que no sólo interesan al caso de Belice⁵⁷". Esta última sentencia es la tercera victoria jurídica maya en Belice y prueba la vitalidad de un movimiento indígena que se ha organizado para la defensa de sus derechos fundamentales, en particular lo que respeta a sus tierras, territorios y al derecho a la participación plena. La primera fue el Informe de Fondo de la Comisión Interamericana, en 2004 que avanzó en el establecimiento de un estándar respecto a los derechos de propiedad sobre tierras y recursos indígenas, bajo la Convención Americana

56 Información sobre los pueblos indígenas de El Salvador como insumo para el Proyecto Regional de Manejo Integrado de Ecosistemas por Pueblos Indígenas y Comunidades de Centroamérica. Octubre, 2003. Cooperación Técnica ATN-JF-7695-BID

57 Ver página web: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/juris-al/jbelice/549-belice-tierras-mayas-2010.html>

de Derechos Humanos. La segunda victoria maya ocurrió en 2007, cuando el Tribunal Supremo de Justicia de Belice acogió la demanda de dos comunidades que reclamaban sus derechos de tierras, tras el incumplimiento del Gobierno de las recomendaciones de la Corte Internacional de Derechos Humanos. Dicha sentencia fue la primera ocasión en que un tribunal aplicó la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Aquella sentencia de 2007, pese a ser favorable a los mayas, sin embargo, fue interpretada estrechamente por el Gobierno de Belice, el que concluyó que sólo era aplicable a las dos comunidades demandantes, excluyendo a las restantes. La nueva sentencia del 2010 viene a completar el cuadro y acoge la demanda planteada por el conjunto de comunidades mayas del distrito de Toledo, al sur de Belice, representadas por sus dirigentes la Asociación de Alcaldes Mayas y la Alianza de Líderes Mayas. Ambas sentencias, de 2007 y 2010, reconocen los derechos de propiedad de las comunidades mayas sobre las tierras que han ocupado, basados en el derecho consuetudinario maya. Y ambas sentencias ordenan al gobierno demarcar y titular las tierras de acuerdo a la costumbre y prácticas mayas, y que el Estado debe abstenerse de realizar por sí o tolerar de terceros actos que afecten esa propiedad. Lo que estaba en juego, no era sólo la existencia de los pueblos indígenas en esta nación, sino los derechos sobre más de 500.000 hectáreas de tierras ancestrales mayas en conflicto con los intereses de concesiones petroleras, forestales e hidroeléctricas que el Gobierno había otorgado, sin consulta ni consentimiento. Por ejemplo, el Gobierno otorgó concesiones petroleras a la empresa norteamericana Capital Energy, por una superficie que se superpone casi en su totalidad al territorio maya en cuestión. Asimismo, en diciembre de 2008 el Gobierno de Belice había otorgado una concesión para el megaproyecto hidroeléctrico de Belice Hydroelectric Development & Management Company, el cual ha sido rechazado por las comunidades mayas. La disputa legal sobre estas concesiones cuenta ahora a su favor con este fallo de la Corte Suprema.

El caso maya de Belice reviste interés para todos los pueblos indígenas pues se reafirma el reconocimiento de los derechos de propiedad sobre las tierras indígenas fundados en el derecho consuetudinario. De acuerdo a la sentencia del Presidente del Tribunal Supremo de Belice, tanto Belice como Guatemala son Estados post-coloniales y el asentamiento maya en toda la región de mesoamérica es un hecho históricamente probado. La sentencia del 28 de junio de 2010 obliga al Gobierno de Belice a poner freno a cualquier arrendamiento, donación, concesión y contratos que afecten los derechos de las tierras mayas en el Distrito de Toledo.

Este debate sobre la existencia misma de los pueblos indígenas en la región, va parejo con otro sobre los derechos de pueblos afrodescendientes que históricamente han ocupado la costa Caribe de Centro América, las comunidades Creol y Garífunas, sobre si estas constituyen poblaciones tribales y si están, por lo tanto, cubiertas por legislación internacional aplicable a estas poblaciones.

Según el artículo 1 del Convenio N° 169 y la interpretación de la Organización Internacional del Trabajo, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios o elementos para determinar la condición de pueblos indígenas: a) Condiciones económicas, culturales, organización social y forma de vida que los distinguen de los otros segmentos de la población nacional, por ejemplo, la forma de subsistencia, el idioma, las costumbres, etc.; b) Tener tradiciones y costumbres y/o un reconocimiento legal especial⁵⁸. c) Conciencia de su identidad tribal (artículo 1.2 del Convenio N° 169 de la OIT).

Respecto de los pueblos tribales, la Corte Interamericana ha señalado que éstos deben tener características similares a las de los pueblos indígenas, como: 1. Tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, 2. Identificarse con sus territorios ancestrales y 3. Estar regulados, al menos parcialmente, por sus propias normas, costumbres o tradiciones⁵⁹.

Además de este aspecto jurídico-político que enrarece la discusión sobre derechos de los pueblos indígenas y tribales en Centro América, se encuentra otro aspecto socioeconómico que dificulta aún más la participación plena y, por ende, la coordinación entre sistemas de derecho, esto es que ante la realidad de proyectos legislativos o de otra naturaleza que ya están en ejecución o próximos a ejecutarse y que afecten sus modos de vida, formas de organización o sus tierras, los pueblos deben enfrentarse a numerosas dificultades para acceder a información básica sobre los proyectos y sus consecuencias, lo que se suma a los obstáculos lingüísticos, geográficos, culturales y la ausencia de información sobre los mecanismos jurídicos de protección de sus derechos.

58 Organización Internacional del Trabajo, Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales (en adelante Convenio N° 169 de la OIT), disponible en: <http://www.ilo.org/ilolex/spanish/convdisp1.htm>

59 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Cit., párr. 89.

Esta problemática se ve agravada, como en el caso de Belice, por el retraso histórico en la aplicación de la legislación favorable a los pueblos indígenas, en particular, el reconocimiento legal, titulación y demarcación de sus tierras, lo que los pone en una situación de debilidad y de poder disminuido frente al Estado y empresas que llegan a sus territorios con contratos de concesión avalados por los gobiernos y organismos financieros internacionales.

En este contexto, resulta difícil considerar que el poder judicial lleve a cabo esfuerzos para reconocer, para no hablar de coordinar, los sistemas legales que existen en el país. Es frente a este contexto que la legislación internacional plantea salidas que potencialmente sirvan al fortalecimiento del Estado de Derecho.

El tema de la participación, coordinación y consulta tiene su origen en el Convenio 169 de la OIT que consagra en su artículo 6 el deber del Estado de consultar a los pueblos *“cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”*. Este mismo artículo señala que las consultas *“deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”*. El artículo 7 del mismo Convenio dispone que los pueblos interesados *“deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”*.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, en su reciente Observación General de 2011, sobre la obligación de consultar bajo el Convenio 169 de 1989, manifestó lo siguiente: *“En relación con la naturaleza de las consultas, de la revisión de los trabajos preparatorios para el Convenio 169 y de la revisión del Convenio en los dos textos que dan fe, la Comisión concluye que la intención de los redactores del Convenio era que la obligación de consultar en virtud del Convenio significase que: 1. las consultas deben ser formales, plenas y llevarse a cabo de buena fe; debe producirse un verdadero diálogo entre los gobiernos y los pueblos indígenas y tribales caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de alcanzar un acuerdo; 2. tienen que establecerse mecanismos apropiados a escala nacional y ello debe realizarse de una forma adaptada a las circunstancias; 3. tienen que llevarse a cabo consultas a través de instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales en relación con las medidas legislativas y administrativas; 4. deben llevarse a*

*cabo consultas con el objetivo de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.*⁶⁰

Otro aspecto que ha sido relevante en el debate jurídico-político en Centro América, es el valor jerárquico que los tratados y convenios internacionales tienen respecto al orden jurídico interno de los países. Este tema gracias a sentencias y resoluciones de altos tribunales en la región, así como a nivel más global, ha comenzado a clarificarse. Como se afirma en varios textos constitucionales y se aplica en fallos judiciales, los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos tienen rango constitucional y conforman lo que en algunos países se denomina el bloque de constitucionalidad.

Sobre esto es esclarecedora una reciente sentencia del Tribunal Constitucional del Perú⁶¹: *“El rango constitucional que detentan (los tratados internacionales) trae consigo que dichos tratados están dotados de fuerza activa y pasiva propia de toda fuente de rango constitucional; es decir, fuerza activa, conforme a la cual estos tratados han innovado nuestro ordenamiento jurídico incorporando a éste, en tanto derecho vigente, los derechos reconocidos por ellos, pero no bajo cualquier condición, sino a título de derechos de rango constitucional. Su fuerza pasiva trae consigo su aptitud de resistencia frente a normas provenientes de fuentes infraconstitucionales, es decir, ellas no pueden ser modificadas ni contradichas por normas infraconstitucionales e, incluso, por una reforma de la Constitución que suprimiera un derecho reconocido por un tratado o que afectara su contenido protegido. Los tratados sobre derechos humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. Si estos derechos detentan rango constitucional, el legislador está vedado de establecer estipulaciones contrarias a los mismos”*⁵²

60 Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT. Conclusiones. 2011

61 Tomado del derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Documento de la Fundación “para el Debido Proceso Legal, para OXFAM América. La Observación General está disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/oit/oit-ceacr/725-2011-ceacr-obs-general-consulta.html> y en la Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Cit., párr. 133.

62 Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia N° 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, fundamento N° 33.

El Tribunal Constitucional de Perú, en la sentencia 0022-2009-PI/TC, identificó las reglas que según la doctrina y jurisprudencia internacional deben ser observadas para llevar a cabo procesos de consulta previa con las comunidades que puedan resultar afectadas con medidas legislativas o administrativas.

El Tribunal señala las siguientes pautas para que se pueda configurar correctamente el proceso de consulta: “1) El inicio de todo el proceso será la determinación de la medida legislativa o administrativa que puede ser susceptible de afectar directamente a un pueblo indígena. Esta tarea debe ser realizada por la entidad que está desarrollando tal medida. 2) En segundo lugar se deben determinar todos los pueblos indígenas posibles de ser afectados, a fin de notificarles de la medida y de la posible afectación. 3) Una vez notificados los sujetos que intervendrán, se debe brindar un plazo razonable para que los pueblos indígenas puedan formarse una opinión respecto a la medida. Luego tendrá que pasarse a la negociación propiamente dicha. 4) Si es que el pueblo indígena se encuentra de acuerdo con la medida entonces, concluye la etapa de negociación. 5) De lo contrario, si es que el pueblo indígena rechaza la medida propuesta precluye una primera etapa de negociación. Con ello se pretende hacer visible los puntos sobre los cuales existe disconformidad. Este Colegiado estima pertinente que en este punto de la etapa la medida no podrá ser implementada. Para poder lograr ello, se tendrá que iniciar una segunda etapa de negociación dentro de un plazo razonable. Si es que a pesar de los esfuerzos realizados por las partes, no se alcanza consenso alguno, solo entonces el Estado podrá implementar con la medida, atendiendo en lo posible a las peticiones del pueblo indígena”⁶³.

El Derecho Internacional ha establecido algunas pautas para establecer cuando lo que se debe dar no es sólo la Consulta del Convenio 169, sino el consentimiento de que trata la Declaración sobre Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas. En estos casos, el consentimiento no debe ser sólo el objetivo de la consulta, sino entendido como un derecho en sí mismo, es decir un requisito sin el cual no se puede llevar a cabo la iniciativa materia de la misma.

Las situaciones previstas por el derecho internacional son las siguientes: 1. Cuando el proyecto implique traslado de los pueblos indígenas de sus tierras tradicionales (Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 10. 2. Cuando el proyecto implique el almacenamiento o eliminación de materiales peligrosos en sus territorios

63 Tribunal Constitucional de Perú, en la sentencia 0022-2009-PI/TC

(Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, artículo 29.2). 3. Cuando se trata de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que pudieran tener un impacto mayor en los territorios indígenas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Pueblo de Saramaka vs Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 133). 4. Cuando se trata de actividades de extracción de recursos naturales en territorios indígenas que tengan impactos sociales, culturales y ambientales significativos.

En declaración pública del Relator Especial sobre los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de los Indígenas de Naciones Unidas, James Anaya, sobre la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios reconocido en el Convenio No. 169 de la Organización Internacional de Trabajo” aprobada por el Congreso de la República del Perú, el 7 de julio de 2010, el relator agregó este último punto, sobre impactos significativos, lo que a partir de declaraciones y recomendaciones del derecho internacional se da cuando, dichas actividades de extracción de recursos ocasionen: 1. La pérdida de territorios y tierra tradicional; 2. El desalojo; 3. La migración; 4. el posible reasentamiento; 5. El agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural; 6. La destrucción y contaminación del ambiente tradicional; 7. La desorganización social y comunitaria; 8. Los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración; 9. El abuso y la violencia⁶⁴.

Honduras es un ejemplo de país que ha ratificado el Convenio 169 desde 1996, pero que registra un atraso notable en la adecuación del Estado a la diversidad jurídica que caracteriza la nación. Aproximadamente un 20% del total de la población del país está compuesta por pueblos indígenas y afrodescendientes, principalmente **Chorti, Lenca, Tawaka, Tolupa, Pech, Miskitu, Garífuna** y Creol, destinatarios de la legislación especial para pueblos indígenas y tribales.

En reciente movilización de cerca de 1.800 representantes de estos pueblos, al finalizar su primera sesión de tres días, en San Juan, Durugubüti, Tela, Honduras, el pasado 23 de febrero del año en curso, declarados en

64 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas*, Rodolfo Stavenhagen, presentado de conformidad con la resolución 2001/65 de la Comisión (quincuagésimo novena sesión), ONU Doc. E/CN.4/2003/90, 21 de enero de 2003, citado en Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*, Cit., párr. 134. Tomado de “El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.” Documento de la Fundación para el Debido Proceso Legal, para OXFAM América.

Asamblea Constituyente Refundacional, aprobaron un texto en donde se propone frente al tema del pluralismo judicial, exigir que el Estado reconozca y promueva los sistemas de justicia practicados por los pueblos indígenas y negros. Es decir, que se de cumplimiento a lo que está contenido en el Convenio 169, aprobado 15 años atrás. En el texto se propone específicamente que existan tribunales indígenas y negros con el mismo rango que en el sistema ordinario. Es clara la distancia que hay en Honduras para esperar avances en la coordinación entre sistemas legales, si 15 años después la lucha todavía es por su reconocimiento.

Panamá, con el triunfo de la Revolución Dule en 1925, la estructura político-social de su Estado cambió al declararse la llamada República Tule, independiente y soberana, una de cuyas causas era la lucha por la soberanía de las formas de organización de los Kunas, la cual era percibida y amenazada por una perspectiva homogenizante de la sociedad. A esta revolución se integraron 32 comunidades, de las cuales sólo dos no eran eminentemente indígenas. A raíz de este hecho el Estado reconoció un amplio esquema de autonomías regionales a los pueblos nativos, lo que en su época significó un hito en la historia de América Latina. En el documento que se firmó al finalizar el levantamiento, el gobierno de Panamá se comprometió a respetar y salvaguardar las costumbres de los Dules y les aseguraba “la misma protección y los mismos derechos de que gozaban los demás ciudadanos de la República”. La importancia de este hecho histórico, tanto para los pueblos indígenas como en el imaginario colectivo de la nación, ha permitido el desarrollo de un sistema de autonomía comarcal, que articula circunscripciones indígenas y en ellas los entornos de validez de sus normas así como la jurisdicción de sus instituciones. La Comarca es un territorio demarcado físicamente, habitado por poblaciones indígenas y que se guía por un régimen de administración especial: el autogobierno. Esta figura aseguró el respeto a la identidad y derechos específicos de los pueblos indígenas y reconoció a los Congresos como órgano de poder comunal; el carácter colectivo de la tierra; a las autoridades tradicionales (caciques, sailas); y a las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. En este sentido, Panamá se ha destacado como una nación donde se ha dado un grado de respeto y coordinación entre las distintas formas de justicia que se practican.

Nicaragua adoptó desde la época del triunfo de la revolución andinista, con el Estatuto de Autonomía de la Costa Atlántica, un modelo que reconoce un cuerpo de derechos que rompe con el paradigma del Estado centralizado y monista. Sin embargo, la debilidad de sus instituciones y la falta de voluntad

política han hecho que avances esenciales en la consolidación de este nuevo modelo se queden en el papel. Tal es el caso de la famosa sentencia proferida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el 2001 que obliga al Gobierno de Nicaragua a indemnizar y respetar la primacía de derechos sobre el territorio y los recursos naturales del pueblo indígena Mayagna (Sumo) de Awas Tingni, que aún dista mucho de ser cabalmente implementada a pesar de los años transcurridos.

Costa Rica es el país con el desarrollo institucional más consolidado en la región. Allí se reconoce una población indígena de aproximadamente 63.876 personas (el 1.5% de la población total según el censo del año 2000). De las más de 5.210.000 hectáreas que abarca el territorio nacional, cerca de 350 mil, es decir aproximadamente el 7% del total de tierra, son territorios indígenas. En 1977 se emitió la “Ley Indígena de Costa Rica” que regula temas sobre identidad y territorios. Se reconocen ocho culturas indígenas: Huetar, Chorotega, Teribe, Brunka, Guaym’, Bribri, Cabúcar y Maleku y en ellas Tribunales de Derecho Consuetudinario. Dada la tradición jurídica más consolidada del Istmo centroamericano, en Costa Rica no son raros los fallos judiciales que expresan sensibilidad y procuran la coordinación hacia la diversidad y las tradiciones culturales indígenas. Tal es el caso de la sentencia del Tribunal Superior Penal de Pérez Zeled en sentencia N. 19-90 del 6 de Febrero de 1990, que declaró que el tipo delictivo de estupro no se configuraba en el caso de una relación de convivencia que sostenían entre sí una pareja de indígenas Ngobes (o guaym’s), pese a que ella era menor de edad, en razón que esa práctica era socialmente aceptada por la comunidad indígena.

En el Voto 12743-04 de la Sala Constitucional del 12 de noviembre del 2004, que surge de otro recurso de amparo interpuesto contra la Asociación de Desarrollo Integral Indígena de 2005 (Chacòn 2005) San Rafael de Cabagra y el Tribunal de Derecho Consuetudinario del Territorio Indígena de Cabagra de Buenos Aires de Puntarenas, el Tribunal de Derecho Consuetudinario fundamentaba la acusación de que se trataba de un tribunal especial lo que violaba los principios constitucionales de “juez natural” y el de “universalidad de la función jurisdiccional en manos del poder judicial”. La Sala desestimó tal alegato aduciendo que dicho Tribunal fue creado para conocer precisamente los casos que se suscitan entre indígenas y no en forma particular para el caso de la recurrente. También estableció que su función no es estrictamente jurisdiccional, sino que se trata de un tribunal de derecho consuetudinario indígena para solucionar conflictos surgidos entre indígenas de acuerdo con sus costumbres, de modo que no administra justicia jurisdiccional en el

mismo sentido que lo hace el Estado. Finalmente, asentó que estas acciones del Tribunal de Derecho Consuetudinario se enmarcan en el concepto que en el sistema jurídico costarricense no sólo existe la justicia jurisdiccional, sino otros tipos como la justicia arbitral, lo cual es compatible con el orden constitucional.

Guatemala, que es el caso que exploraremos con más énfasis, no sólo por ser el país con la población indígena más numerosa en la región (por lo menos el 55% del total de la población según estimaciones de la cooperación internacional), sino por constituir el mejor ejemplo de segregación social. Finalmente, luego de años de debate sobre la importancia jurídica de las obligaciones asumidas por el Estado a raíz de la aprobación y ratificación de tratados y convenios internacionales y gracias a una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en el 2004⁶⁵, donde se declara que el Estado guatemalteco se obliga a respetar derechos específicos de los pueblos indígenas y estándares internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos el principio del *non bis in idem* (nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho), que había sido violado al juzgarse nuevamente un indígena que ya había sido juzgado por la comunidad. Con esta y otras sentencias de los más altos tribunales de justicia, Corte Suprema y Corte de Constitucionalidad se ha logrado superar la discusión sobre la existencia o no del derecho indígena y su reconocimiento. Este es ya un hecho oficial, no sólo por lo que contiene la Constitución Política sino el marco normativo internacional de tratados, declaraciones y convenios, que han sido reconocidos y ratificados por el Estado de Guatemala, de modo que forman parte del ordenamiento jurídico nacional vigente y que constituyen el bloque de constitucionalidad. Continua, sin embargo, el debate sobre la falta de una ley que reglamente la coordinación entre los sistemas de derecho, y esta excusa sigue sirviendo para que muchos jueces hagan caso omiso del marco normativo existente. Mientras esta ley se produce, si es que algún día sucede, muchos jueces sí aplican las normas, reconocen y coordinan. Con el proceso de paz que siguió a la firma de los acuerdos que pusieron fin al conflicto armado, muchos jueces fueron sensibilizados y capacitados en esfuerzos mancomunados de la cooperación internacional, organizaciones indígenas y de la sociedad civil. Estos han sido testigos de las ventajas de la existencia del pluralismo legal al mismo tiempo que han sufrido la congestión de los juzgados y la impunidad que es una consecuencia inevitable de un órgano judicial estructuralmente débil, que además de generar problemas

65 Caso contra Francisco Velázquez López, Sentencia del 7 de octubre del 2004 de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala.

de todo orden, incrementa la falta de credibilidad y legitimidad no sólo del órgano judicial, sino de toda la estructura estatal.

Es en este marco, el Estado ha otorgado concesiones a lo largo de las últimas administraciones, particularmente a empresas mineras canadienses para desarrollos de explotación a cielo abierto, con graves e irreversibles impactos al medio ambiente, las mismas que han sido respondidas por los pueblos afectados de manera contundente. Estos pueblos asumieron la vigencia de normas de la legislación internacional que el Estado no ha desarrollado, pero cuya existencia y vigencia, no puede negar, han organizado no menos de 50 consultas populares o referendos, dependiendo de la definición constitucional que se aplique a lo que allí ha ocurrido.

La siguiente información ha sido recopilada del estudio⁶⁶ llevado a cabo por la Universidad de Amsterdam y publicada en el 2009. Dadas las consecuencias adversas de la explotación emprendida por la empresa Montana en el Dpto. de San Marcos, las comunidades de San Miguel Ixtahuacán y Sipacapa, organizaron sus propios referendos populares o consultas comunitarias para pronunciarse en contra de la explotación de minerales en sus territorios, haciendo para ello uso de los recursos legales de que disponen (el Código Municipal y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo). Mientras que las consultas han sido social y políticamente exitosas, el Gobierno se ha negado hasta ahora a aceptar los resultados como jurídicamente vinculantes. En relación con este hecho, Sipacapa llevó su caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero más allá de las consecuencias jurídicas de esta demanda de los pueblos indígenas por ser tomados en cuenta frente a obras que impactan de manera significativa sus vidas y territorios, ha habido consecuencias colaterales que tienen gran significación en el proceso de consolidación de los derechos de participación, coordinación y consulta. Grupos de miembros comunitarios comenzaron a desarrollar proyectos agrícolas sostenibles, como una alternativa explícita al desarrollo basado en la minería a gran escala.

En San Miguel Ixtahuacán, las comunidades que protestaban contra el proyecto minero, decidieron darle nueva vida a su estructura de autoridad indígena tradicional, la alcaldía del pueblo, o alcaldía comunitaria, como contrapeso al autocrático gobierno municipal que posiblemente había sido

66 Joris van de Sandt, Septiembre 2009 Informe encargado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Amsterdam y financiado por Cordaid, La Haya. Supervisión académica, Prof. Andrž J. Hoekema

comprado para favorecer a la minería. Las comunidades en resistencia tomaron en sus propias manos su representación ante el Gobierno y las compañías, con la creación del Consejo de los Pueblos de Occidente (CPO). Este logró consolidarse y ha funcionado como una plataforma regional para la coordinación de la oposición contra el mega desarrollo, destructivo y contaminante.

Las respuestas organizativas de la comunidad a la minería, además han contribuido a la revitalización de la identidad indígena, lesionada durante 36 años de guerra interna. Algunos analistas interpretan las consultas comunitarias como una recuperación de la comunidad indígena como sujeto colectivo. Según el censo del año 2002, Guatemala tenía una población de 11.2 millones de habitantes, 4.4 millones de los cuales se identificaban como indígenas Mayas, 16.200 como Xinca (un pueblo indígena no Maya) y 5.000 como Garífuna (afrodescendientes), conformando el 39% del total de la población; los 6.8 millones de personas restantes (61%) se identificaron como ladinos (sin identidad indígena). Sin embargo, el Informe sobre Desarrollo Humano publicado en 2004 por el Programa de Desarrollo de Naciones Unidas, estima en un 66% la población indígena del país y atribuye el dato del censo a errores en su diseño e implementación.

El presidente Alvaro Arzú (1996-1999), en un esfuerzo por atraer el capital extranjero y según éste, darle impulso a la economía guatemalteca, decidió privatizar el sector energético y promulgar una nueva Ley de Minería, medidas que corresponden a lo que en otras partes de Latinoamérica fueron implementadas en el marco de los Programas de Reajuste Estructural, con carácter neoliberal, impuestos por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional. Los incentivos más importantes de la Ley de Minería (Decreto 48-97) consisten en reducir el porcentaje de regalías correspondientes a los ingresos brutos que percibe el Estado, del 6 al 0.5% para este y 0.5% para el municipio donde se ubique la obra, y permitirles a las empresas extranjeras adquirir la propiedad total (100%) de las empresas mineras, siendo exentas al mismo tiempo del pago de varios impuestos, entre otros sobre el uso del agua y la maquinaria importada (PDH 2005: 15; Solano 2005; López 2007). Todo esto sin que en ningún momento se tomara en cuenta a la población indígena afectada a pesar del hecho de que la Ley Minera fuera promulgada después de la ratificación del Convenio 169 realizada en 1996.

Para el momento cuando las comunidades reaccionaron a lo que consideraban un asalto a su buena fe y la carencia mal intencionada de

información y ausencia de su derecho a la consulta previa, amén de otros derechos contemplados en la legislación internacional, accionaron paralizando el transporte en la carretera panamericana a la altura de Sololá para impedir el paso de maquinaria vital para la empresa minera Montana, que comenzaba la explotación en el Departamento de San Marcos. La administración Berger (2004-2008) ya había concedido cientos de licencias mineras sin haber consultado a la población indígena local en ninguna de ellas (McBain-Haas & Bickel 2005; Castagnino 2006). Demostrando su falta de voluntad y la incapacidad del Gobierno para negociar, el Ministro del Interior ordenó el 11 de enero de 2005 el envío de 1.500 tropas de policía y 300 soldados del ejército para despejar por la fuerza la carretera. En la confrontación que siguió, un manifestante indígena resultó muerto como consecuencia de las descargas militares y varios civiles y policías fueron seriamente heridos. El Presidente Berger defendió más tarde su autoritaria decisión con el argumento que *"el Gobierno tenía que proteger a los inversionistas"* (Solano 2005: 112; Vogt 2005; Castagnino 2006; Yagenova 2006).

El enfrentamiento en Sololá causó mucha agitación social y política, lo que obligó al Gobierno a secundar la creación de una Comisión de Alto Nivel sobre la Minería, la que se encontró por primera vez en febrero de 2005. Esta comisión fue presidida por Monseñor Alvaro Ramazzini, Obispo de San Marcos, y estuvo conformada por funcionarios gubernamentales, representantes de las Iglesias Católica y evangélicas, académicos y miembros de diferentes organizaciones de la sociedad civil. Curiosamente, aunque no tanto para el Estado de Guatemala, dado su historial al respecto, la Comisión no incluyó a representantes de las organizaciones indígenas o de las comunidades afectadas.

Aunque las actividades mineras ya habían comenzado, las comunidades indígenas de Sipacapa, informadas sobre los beneficios y riesgos de la minería por parte de sus líderes y algunas ONG, decidieron organizar independientemente un referendo o consulta comunitaria para dar a conocer su posición sobre la minería al público guatemalteco (Imai, Mehranvan & Sander 2007; COPAE 2008a), comenzando de esta manera lo que sería luego una serie de referendos o consultas comunitarias que suscitó un gran debate político nacional sobre si los resultados de las consultas hechas por los mismos pueblos resultaban jurídicamente vinculantes. La respuesta a esta cuestión dependía de la interpretación a las leyes correspondientes, lo que corresponde a la Corte de Constitucionalidad (Castagnino 2006; Otzoy 2006). Casi dos años después de la consulta, en mayo de 2007, la Corte de

Constitucionalidad decidió que esta clase de ejercicio de la ciudadanía es válida desde el punto de vista procesal, pero no tiene un carácter vinculante (Prensa Libre 09/05/2007; ver también Prensa Libre 05/04/2006). El 19 de junio de 2008, la Corte de Constitucionalidad, en respuesta a una solicitud de CALAS, una ONG ambientalista declaró inconstitucionales siete artículos de la Ley de Minería (Decreto 48-97), especialmente aquellos que se refieren a la emisión de licencias. En la práctica, esto creó una “moratoria técnica” en el otorgamiento de más licencias de minería, hasta que haya un consenso nacional sobre reformas a la Ley de Minería (CALAS 2008).

La administración del Presidente Alvaro Colom (2008-2012) no ha logrado hasta ahora presentar iniciativas viables para encontrar una salida al conflicto minero en Guatemala. Aún sin establecer realmente un diálogo real con las comunidades el Ejecutivo, por conducto del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, el pasado 2 de febrero del año en curso emitió un anteproyecto de Reglamento para la Consulta Previa, el que ha sido puesto a disposición de los pueblos y comunidades indígenas en un intento de consulta para la consulta, el cual vence el próximo 6 de abril. Tanto el anteproyecto como el método de “consulta” han sido claramente cuestionados por organizaciones indígenas e indigenistas de la sociedad civil.

Los órganos internacionales de protección de derechos humanos, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, también han adoptado decisiones al respecto. En mayo de 2010, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre la solicitud de medidas cautelares presentada por las Comunidades del Pueblo Maya de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán, en el Departamento de San Marcos en Guatemala, relacionada con la licencia de explotación minera de oro y plata concedida por 25 años a la empresa Montana. Las actividades mineras ocupan una extensión de 20 kilómetros cuadrados y abarcarían el territorio de 18 comunidades del pueblo maya, quienes quedarían ubicadas dentro del área de impacto ambiental e hidrológico.

Tanto el proceso de obtención de la concesión minera como el inicio de la explotación fueron realizados sin consulta previa con las comunidades afectadas. La construcción de la Mina Marlin y la subsecuente extracción de oro y plata, han provocado efectos graves en el bienestar y ambiente del pueblo maya por concentración de metales de desecho en el río Tzálá, su principal fuente de agua. Debido a la falta de cumplimiento del proceso de consulta previa, libre e informada con el pueblo indígena maya, aunado a

los efectos directos en la vida e integridad personal de estas comunidades, la Corte Interamericana de Derechos Humanos le pidió al Estado de Guatemala que suspenda las actividades del proyecto minero. La información consultada: *“La Comisión Interamericana solicitó al Estado de Guatemala que suspenda la explotación minera del proyecto Marlin I y demás actividades relacionadas con la concesión otorgada a la empresa Goldcorp/Montana Exploradora de Guatemala S.A., e implementar medidas efectivas para prevenir la contaminación ambiental, hasta tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos adopte una decisión sobre el fondo de la petición asociada a esta solicitud de medidas cautelares. La Corte Interamericana de Derechos Humanos solicitó asimismo al Estado adoptar las medidas necesarias para descontaminar en lo posible las fuentes de agua de las 18 comunidades afectadas y asegurar el acceso de sus miembros a agua apta para el consumo humano; atender los problemas de salud objeto de estas medidas cautelares, en particular, iniciar un programa de asistencia y atención en salubridad para los beneficiarios, a efectos de identificar a aquellas personas que pudieran haber sido afectadas con las consecuencias de la contaminación para que se les provea de la atención médica pertinente; adoptar las demás medidas necesarias para garantizar la vida y la integridad física de los miembros de las 18 comunidades mayas mencionadas; y planificar e implementar las medidas de protección con la participación de los beneficiarios y/o sus representante”*⁶⁷.

La resolución se expidió en el caso sobre consulta comunitaria en el Municipio de San Juan Sacatepéquez, Departamento de Guatemala, y se aplica a la consulta previa, la autorización de licencias mineras e hidroeléctricas, leyes, reglamentos y políticas públicas en territorios de los pueblos Maya, Garífuna y Xinca (tomado de Servicios de Comunicación Intercultural Servindi).

Son varios los ejemplos que demuestran las rupturas en Guatemala que resquebrajan una nunca bien lograda consolidación del Estado que logre algún nivel importante de legitimidad. Cada vez son más los jueces, que ante la ausencia de reglas claras para la coordinación y participación efectiva de los pueblos indígenas, no se arriesgan a aceptar plenamente la validez de las actuaciones de las autoridades tradicionales en la aplicación de la justicia propia, cuando menos miran a otro lado cuando estos actúan.

67 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), MC 260/07 – Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala, disponible en: <http://www.cidh.oas.org/medidas/2010.sp.htm> (consultada el 6 de marzo de 2011).

Bibliografía

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), MC 260/07 – Comunidades del Pueblo Maya (Sipakepense y Mam) de los municipios de Sipacapa y San Miguel Ixtahuacán en el Departamento de San Marcos, Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam(2007).
- Fundación para el Debido Proceso Legal y OXFAM (2011) *El derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas. La situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú.*
- Información sobre los Pueblos Indígenas de El Salvador como insumo para el Proyecto Regional de Manejo Integrado de Ecosistemas por Pueblos Indígenas y Comunidades de Centroamérica. Octubre, 2003. Cooperación Técnica ATN-JF-7695-BID
- Informe Tercer Año de Labores, de la Comisión Internacional Contra la Impunidad en Guatemala, CICIG, 2010
- Konrad Adenauer Stiftung (2008) *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena.* Bogotá.
- Martínez Luna, Jaime (2010) “Eso que llamamos Comunalidad.” México.
- Organización Internacional de Trabajo (2011) Comisión de Expertos en aplicación de Convenios y recomendaciones de la OIT. Conclusiones.
- Rubén Chacón Castro (2005) “El sistema jurídico indígena en Costa Rica: Una aproximación inicial.” *Revista IIDH Vol. 141.*
- Tribunal Constitucional de Perú: Sentencia N° 0022-2009-PI/TC, Sentencia N° 0025-2005-PI/TC, Sentencia N° 0026-2005-PI/TC
- Van de Sandt, Joris (2009) Informe encargado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Amsterdam y financiado por Cordaid, La Haya. Supervisión académica, Prof. Andrž J. Hoekema

LA COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS DE JUSTICIA EN COLOMBIA, ECUADOR Y PERÚ

Mirva Aranda Escalante⁶⁸
Perú

En la región andina los movimientos indígenas han cobrado un gran protagonismo en la vida social y política en los últimos años. Luego de varios siglos de indiferencia e inclusive de negación respecto a su presencia, como sucedió en el Perú, ahora se reconoce y se resalta la presencia de población indígena en estos países. Como dice Canessa (2000, 115), uno de los más importantes aspectos del cambio social en las décadas recientes en Latinoamérica ha sido el retorno de los “indios” a la conciencia pública de Latinoamérica, después de siglos en los cuales se predijo su desaparición⁶⁹.

En este contexto, se les ha reconocido a los pueblos indígenas, tanto a nivel internacional como nacional, una serie de derechos específicos, que tienen como objetivo asegurar su posibilidad de seguir existiendo como pueblos y poder recuperar la posibilidad de autogobernarse y participar en la toma de decisiones, derechos que la colonización y, posteriormente, la república les negaron.

Este es un cambio histórico sumamente importante y que implica revisar la manera de pensar sobre las sociedades andinas y una reforma profunda en sus formas de organización. Reconocer que no somos una única sociedad homogénea, como pretenden nuestras leyes, y que nuestra riqueza está justamente en la pluralidad cultural que nos caracteriza, conlleva a un proceso radical de reformas, que no pueden ser realizadas en poco tiempo

68 Estudió Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y es Magister en Antropología y Derecho por la Escuela de Economía y Ciencia Política de Londres, Inglaterra. Actualmente es investigadora principal en los temas de interculturalidad y pluralismo jurídico de la Comisión Andina de Juristas en Lima, Perú.

69 Traducción propia.

ni de manera unilateral. Esto debido a que implica revisar las concepciones evolucionistas⁷⁰ sobre las que se han construido nuestras estructuras sociales, políticas y jurídicas; concepciones que aunque han sido superadas en el ámbito académico y jurídico, todavía siguen vigentes y operando en la realidad de las sociedades andinas.

Uno de los cambios necesarios es el de nuestro sistema jurídico, que de una concepción monista, ha pasado a reconocer a los pueblos indígenas la potestad de administrar justicia, aceptando así la existencia de un pluralismo jurídico. Como parte de este reconocimiento, las Constituciones de Colombia, Ecuador y Perú disponen que se dicten leyes de coordinación para determinar las relaciones entre la justicia ordinaria estatal y la justicia especial indígena. Esta ley no ha sido emitida en ninguno de los tres países que nos ocupan⁷¹. Sin embargo, se han emitido diversas decisiones jurisprudenciales y normas secundarias que han dado algunos lineamientos para esta coordinación. También existen experiencias locales de coordinación entre los actores de ambos sistemas.

En la presente ponencia revisamos estos avances, partiendo de la premisa de que la coordinación entre los sistemas de justicia indígena y la justicia ordinaria, debe ser entendida como parte de un proceso integral de reforma de la justicia para incorporar el pluralismo jurídico. Tal como lo han señalado Yrigoyen (1999), García (2010), entre otros, no es suficiente con emitir algunas normas o regular algunos procedimientos específicos. Es necesario realizar un proceso integral de reforma del sistema de justicia, para pasar de la estructura monista existente a una nueva que reconozca la pluralidad.

Con este fin, los Estados deben elaborar, en primer lugar, una política pública respecto a los pueblos indígenas, y, en segundo lugar, una política pública respecto al pluralismo jurídico. En estas políticas se debe determinar con claridad el diagnóstico de la situación actual, las metas que se espera conseguir, los indicadores para alcanzar esas metas y los procedimientos

70 El evolucionismo social postula que todas las sociedades se encuentran en un proceso de desarrollo, pasando por diferentes fases, las cuales llevan a la fase más desarrollada que sería la sociedad occidental moderna. Las ciencias sociales han desechado esta idea errónea y ahora se acepta que las sociedades son diferentes y cada una se desarrolla dependiendo de sus condiciones propias y que no existe una cultura o sociedad que sea mejor que otras.

71 En Bolivia ha sido emitida la Ley de Deslinde Jurisdiccional en diciembre del 2010. En Venezuela, la Ley de Pueblos y Comunidades Indígenas regula en uno de sus capítulos la coordinación de la justicia indígena con la justicia estatal.

específicos para lograr los cambios planificados. El derecho debe reflejar lo que sucede en la sociedad

Lamentablemente, ninguno de los tres países cuenta todavía con esta política respecto a los pueblos indígenas y respecto a la justicia indígena en particular. Lo que tenemos hasta la fecha en la región es, por un lado, un progreso importante a nivel normativo, que no ha tenido un correlato en la práctica⁷², y, por otro lado, medidas aisladas que aún no han impactado de manera significativa en el sistema jurídico de nuestros países.

Como decíamos, a pesar de no existir políticas estatales para estos temas, en cada uno de los países que nos ocupan se han producido una serie de avances y cambios que nos pueden dar luces sobre cómo podría ser el nuevo sistema jurídico pluralista en la Región.

Revisaremos a continuación la situación en cada uno de los tres países, haciendo énfasis en los temas de delimitación de competencias y la vulneración de derechos humanos en la justicia indígena.

Colombia

La Constitución de 1991 reconoce en su artículo 7 la diversidad étnica y cultural de la nación. En base a ese reconocimiento, el artículo 246 dispone que:

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

En Colombia no existe una ley de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Las principales organizaciones indígenas del país se opusieron a que se emita esta ley, por temor a que se regule y controle a la justicia que ellos realizan.

Al empezar a aplicarse la justicia indígena, se ha utilizado el mecanismo de la acción de tutela para cuestionar las decisiones de esta jurisdicción especial. Algunas de estas tutelas han sido escogidas debido a su importancia

72 Clavero (2008), Stavenhagen (2008), Garcia (2010), Meetzen (2007)

por la Corte Constitucional, la cual al resolverlas ha emitido decisiones que brindan una serie de reglas respecto al contenido del artículo 246 y la relación de esta justicia especial con la justicia ordinaria.

Esta jurisprudencia de la Corte se ha convertido en una fuente importante de doctrina para el resto de países al momento de establecer medidas respecto a la justicia indígena.

La Corte Constitucional ha establecido principios muy importantes que son necesarios en el camino de construir un nuevo sistema de justicia. Uno de ellos es que el Estado debe respetar las diferentes cosmovisiones existentes dentro de su territorio y no imponer una visión cultural sobre otras. Por tanto, a pesar de lo dispuesto en la Constitución, se han establecido mínimos jurídicos que se deben considerar como límite para la actuación de la justicia indígena. Estos límites son: el derecho a la vida, el derecho a la integridad física, la prohibición de la esclavitud y la necesidad de seguir el procedimiento definido previamente por el pueblo para ese tipo de casos. Estos límites han sido escogidos porque son aquellos en los que para la Corte existe consenso intercultural, ya que a nivel de todos los tratados internacionales de Derechos Humanos son los que no pueden ser suspendidos bajo ninguna circunstancia (Sánchez 2010).

Además la Corte ha establecido que siempre al tomar una decisión se debe procurar maximizar la autonomía de los pueblos indígenas, por lo que en cada caso se debe determinar cuáles son los derechos en debate, y solamente se puede ir en contra de los derechos colectivos de los pueblos indígenas si existe un derecho más importante (Sánchez 2010). Es por eso que castigos como el fuste y el cepo han sido aceptados porque constituyen parte importante de las normas internas de los pueblos.

Para poder tener una visión intercultural, sin privilegiar una cultura sobre las otras, la Corte ha recurrido permanentemente a peritajes antropológicos para tomar sus decisiones y así tratar de evitar la tentación de juzgar a los sistemas indígenas desde el punto de vista del derecho occidental. La Corte ha buscado tener en cuenta que las sanciones y decisiones de los pueblos indígenas son solamente manifestaciones de la cultura de cada pueblo y que se necesita profesionales antropólogos que puedan entender e interpretar esas culturas para entender esas manifestaciones (Sánchez 2010).

En cuanto a la competencia material y personal de la justicia indígena, la Corte hace referencia al denominado “Fuero Indígena” según el cual, si la

persona que ha cometido el hecho es indígena y si el hecho ocurrió dentro del territorio indígena se le aplica el derecho indígena. Pero en otros casos, se debe determinar el grado de pertenencia cultural de la persona, su grado de asimilación a la cultura occidental, para ver si es más razonable que lo juzgue su propio pueblo o la justicia ordinaria (Sánchez 2010).

Además de las sentencias de la Corte Constitucional, el Estado colombiano a través del Consejo Superior de la Judicatura, ha iniciado un proceso de coordinación con la justicia indígena, que ha comprendido investigaciones y recojo de información, capacitación a actores estatales y líderes indígenas. Es importante resaltar que este proceso se ha hecho con participación de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Como producto de este proceso se ha desarrollado un programa de capacitación a nivel nacional, se ha realizado y publicado un registro de las decisiones indígenas, se ha elaborado un atlas georeferenciado de la jurisdicción especial indígena, se han realizado estudios y consultas para apoyar la jurisdicción especial indígena y se han realizado talleres regionales de coordinación entre ambos sistemas (Ariza 2007).

De otro lado, cabe resaltar que el Congreso colombiano en el 2010 aprobó la Ley 1394, por la que se crea el Arancel Judicial y se dispone que el 10% de los ingresos obtenidos por este Arancel será destinado a la jurisdicción indígena y será administrado por los pueblos indígenas a través de sus representantes. Esta importante decisión contribuirá a que la jurisdicción indígena tenga los recursos necesarios para su funcionamiento, ingresos que como se ha decidido en Colombia, el Estado tiene la obligación de proporcionar.

Paralelamente, existen en este país experiencias muy importantes de coordinación desarrolladas por actores locales. En la zona del Tolima, gracias a la creación del Tribunal Superior Indígena del Tolima, organización indígena que es la segunda instancia para las comunidades indígenas de la zona, se ha emprendido un exitoso proceso de coordinación con las autoridades estatales de la zona, que se ha plasmado en la elaboración y suscripción de un Protocolo de Coordinación⁷³.

74 Según datos de Romero Nelson y Pascuas Ana María. Ponencias presentadas en el VII Congreso Internacional de RELAJU. Lima, 2010 y en el Encuentro de Buenas Prácticas Gubernamentales sobre Acceso a la Justicia e Interculturalidad. Bolivia, 2010. La experiencia de Tolima y el Protocolo de Coordinación entre la Justicia Ordinaria y la Justicia Indígena también forman parte de la publicación: "Experiencias de coordinación en la Región Andina". Comisión Andina de Juristas. Lima, 2010.

Sin embargo, varios problemas todavía persisten en el caso colombiano. La jurisprudencia progresista y avanzada de la Corte, sigue siendo emitida por una Corte en la que no existe participación indígena, y, por lo tanto, a pesar de los esfuerzos que realiza, sigue representando una visión externa a la de los propios pueblos indígenas. De otro lado, el sistema jurídico colombiano no ha sido modificado para incluir el pluralismo jurídico. Solamente se ha agregado a la jurisdicción indígena como una instancia especial para ciertas zonas específicas. Finalmente, a pesar de la jurisprudencia existente, los jueces, fiscales, policías y otros operadores de las zonas rurales, conocen muy poco y son renuentes a aplicar estas reglas a favor de la justicia indígena. La capacitación que se les brinda tiene que ampliarse y profundizarse, y debería empezar desde las universidades y escuelas de formación profesional.

Por estos motivos, a pesar de que Colombia sigue siendo el país donde más se ha avanzado en la estructuración de un nuevo diseño de justicia pluralista en la Región Andina (gracias sobre todo a la jurisprudencia de la Corte), aún hay mucho camino por recorrer para establecer nuevas reglas elaboradas de manera conjunta entre los diferentes sistemas y que permita realmente modificar la relación de los pueblos indígenas con el resto de la sociedad.

Ecuador

En Ecuador, la nueva Constitución política aprobada en el 2008 incluye una reforma profunda en la manera de definir a la sociedad y Estado ecuatorianos (al igual que en la nueva Constitución de Bolivia), considerándolos por primera vez interculturales y plurinacionales. En cuanto a la justicia indígena, el artículo 171 establece:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

A pesar de los grandes cambios contenidos en la Constitución ecuatoriana, en la práctica muy poco se ha avanzado en implementar los derechos reconocidos a los indígenas en materia de justicia y en establecer un nuevo sistema más plural y más cercano a la realidad ecuatoriana. La mentalidad monista y etnocentrista de los operadores jurídicos se mantiene vigente. Como dice un informe de Flacso, citado por Bonilla (2008):

“La mayoría de operadores de justicia del sistema ordinario no reconocen la vigencia de los sistemas de derecho indígena; tampoco se interesan en conocerlos e igualmente no aplican las normas del Convenio N°. 169 de la Organización Internacional del Trabajo y los derechos colectivos de los pueblos indígenas en sus acciones”.

Si bien este informe fue elaborado antes de la aprobación de la nueva Constitución, refleja la mentalidad todavía predominante en los operadores jurídicos de este país. Un ejemplo de esto es lo afirmado por García (2010):

“La Constitución ecuatoriana dispone que haya defensores de oficio para pueblos indígenas, igualmente el derecho a la lengua materna y a contar con traductores legales en las acciones judiciales iniciadas en su contra, ninguna de estas medidas se han puesto en práctica”.

Los avances existentes en Ecuador se encuentran a nivel de normas secundarias. Tanto el Código Orgánico de la Función Judicial como la Ley de Garantías Constitucionales, incluyen artículos sobre la justicia indígena.

El Código Orgánico regula en el título VII (artículos 343-346) las relaciones entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Esta norma dispone que la justicia ordinaria respete una serie de principios cuando se relacione con la justicia indígena (diversidad, igualdad, *non bis in idem*, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural). Además se dispone que los jueces declinaran su competencia a favor de la justicia indígena si el caso ya está siendo visto por ella y si lo solicitan expresamente. De otro lado se designa al Consejo Superior de la Judicatura como la instancia encargada de proveer los recursos necesarios para establecer la coordinación entre ambas justicias y de capacitar a los servidores de la función judicial para que puedan emprender dicha coordinación.

Por su parte, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional dispone en sus artículos 65 y 66 el mecanismo de control constitucional que se debe seguir cuando una persona considera que la decisión de la justicia indígena ha vulnerado sus derechos constitucionales.

Cabe resaltar que no es la justicia ordinaria la que revisa los fallos de la justicia indígena, sino la justicia constitucional, la que no se pronuncia sobre el fondo, sino solamente sobre si se han vulnerado derechos fundamentales. Al resolver el caso la norma dispone que la Corte respete los principios de interculturalidad y pluralismo jurídico. También se ordena que la Corte realice de forma oral todo el procedimiento y que se cuente con la opinión técnica de personas especializadas en el tema indígena.

A pesar de estos aspectos positivos, existe una importante limitación. Al tratarse de un recurso que se tiene que presentar ante la sede de la Corte Constitucional que se encuentra en Quito, es cuestionable si este mecanismo es el más apropiado para las personas que habitan en las zonas rurales y que no cuentan con información ni recursos económicos suficientes para entablar estos recursos.

De otro lado, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos conjuntamente con el Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y Natural han desarrollado un proyecto conjunto con las Naciones Unidas para elaborar la propuesta de ley de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Se ha realizado un proceso participativo, convocando a las organizaciones indígenas a diversos talleres a nivel nacional. En este proceso se han establecido algunas reglas para la coordinación entre ambos sistemas, como por ejemplo:

- Competencia material: La justicia indígena puede ver todas las materias, sin importar su cuantía, con excepción de conflictos internos de genocidio, de lesa humanidad, los crímenes de guerra, el tráfico internacional de estupefacientes, el crimen organizado transnacional la malversación de fondos públicos y aquellos delitos contra la seguridad del Estado (García,2010).
- Sobre la violación de los Derechos Humanos en la justicia indígena, se debe respetar lo indicado en la Ley de Garantías Constitucionales. Tomando como base la jurisprudencia colombiana, se indica que la justicia indígena no puede aplicar: Pena de muerte, tortura, tratos inhumanos, crueles o degradantes, esclavitud o servidumbre. Asimismo se señala que:

“No se considerará que viole los derechos humanos las sanciones que importen para la persona infractora un sufrimiento, lesión o privación de derechos menor

que el que significaría la pena prevista en el Código Penal vigente para actos delictivos similares. Tampoco se considerará que viole los derechos humanos las sanciones que cumplan la función ritual de reincorporación a la comunidad. En caso de no cumplir con dicho fin o excederlo, será considerado como un acto cruel, inhumano o degradante. En caso de que la autoridad utilice un procedimiento prohibido, cualquier persona podrá solicitar medidas cautelares de conformidad con la Constitución y la Ley orgánica de garantías jurisdiccionales y control constitucional” (García 2010).

Tomando en cuenta que en Ecuador han ocurrido casos de linchamiento en zonas rurales, los cuales han tenido un gran impacto a nivel de los medios de comunicación, se dispone también en el proyecto de ley que existe la posibilidad de que la fuerza pública o policía intervenga para impedir violaciones graves a los derechos humanos.

- Sobre los mecanismos de coordinación y cooperación: se recoge también uno de los principios de la Corte Constitucional colombiana al establecer que se respetará “la máxima autonomía de la jurisdicción indígena y la mínima intervención del Estado”. Además se dispone que existan mecanismos de ayuda recíproca entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, para la investigación, juzgamiento y ejecución de las decisiones (García 2010).

Este proceso de elaboración del proyecto de ley fue dejado de lado por cuestiones políticas. Sin embargo, en la actualidad se está debatiendo en la Comisión de Justicia y Estructura del Estado del Congreso ecuatoriano un proyecto de Ley de coordinación presentado por la asambleísta indígena Lourdes Tibán, en el que seguramente se retomarán algunos de los elementos que hemos resumido.

Perú

En el Perú, la Constitución de 1993 por primera vez en la historia de este país reconoció el derecho a la identidad étnica y cultural de las personas. Siguiendo a la Constitución colombiana de 1991, el artículo 149 dice:

“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”.

A pesar de los años transcurridos desde que esta norma entró en vigencia, el sistema jurídico peruano no sufrió ningún cambio importante hasta hace algunos meses. Las normas sobre pueblos indígenas por lo general no son conocidas y menos aplicadas por los operadores jurídicos, aún en zonas donde la mayoría de la población es indígena. Tenemos el caso de Puno, por ejemplo, donde según cifras del Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú más del 60% de la población de ese Departamento habla un idioma nativo. Sin embargo, no existen traductores ni peritos y las actuaciones se realizan en castellano, y tampoco se han implementado aún mecanismos diferenciados para atender la diversidad cultural existente.

Decíamos que la situación ha empezado a cambiar recientemente porque a pesar de no haberse emitido la Ley de coordinación que disponía la Constitución, en el año 2009, por iniciativa del entonces presidente del Poder Judicial, Dr. Javier Villa Stein, este poder del Estado ha empezado a incorporar el componente de interculturalidad dentro de su labor. Se han realizado en el año 2010 dos Congresos Nacionales de Jueces, uno en la amazonía y otro en los andes, para abordar el tema de la interculturalidad y la relación con la justicia indígena. Como producto de estos eventos, el poder judicial emitió la Resolución Administrativa 417-2010-CE-PJ, por la que se dispone que la Oficina Nacional de Apoyo a la Justicia de Paz (ONAJUP), en adición a sus funciones, proceda a desarrollar las coordinaciones respectivas entre la jurisdicción estatal, comunal y ronderil. De esta manera, por primera vez en la historia del Perú, el poder judicial de manera institucional incorpora dentro de sus labores la relación con la justicia indígena.

A nivel normativo existen algunas disposiciones importantes como el Nuevo Código Procesal Penal que, en su artículo 18, dispone que la justicia penal estatal no deba intervenir cuando el caso es de competencia de la justicia indígena.

Por otro lado, la Corte Suprema ha aprobado el Acuerdo Plenario 001-2010 sobre Rondas Campesinas y Derecho Penal, en enero del 2010, que dicta las reglas para todos los jueces penales a nivel nacional en los casos de ronderos procesados. A falta de una ley de coordinación, este Acuerdo Plenario es a la fecha el único instrumento jurídico que determina algunas reglas en la relación entre ambos sistemas. De manera muy resumida podemos decir que este Acuerdo considera que las rondas campesinas autónomas sí son indígenas y sí tienen potestades jurisdiccionales. Además establece claramente que los ronderos que administran justicia no pueden ser procesados penalmente si es que se cumplen las condiciones establecidas en el Acuerdo.

A pesar de la importancia de esta decisión, hay una serie de limitaciones producto de una visión todavía muy monista, que recién está empezando a modificarse. En general, todavía se siente un ánimo de control de la justicia ordinaria hacia la justicia indígena, colocándose en un nivel de superioridad. Uno de los vacíos es que se dispone que si existe vulneración de los derechos humanos por la justicia indígena, las personas responsables serán sancionadas penalmente, sin mencionar que en estos casos debería intervenir la justicia constitucional para revisar el caso. Para que exista un verdadero pluralismo jurídico igualitario, el control de las decisiones debe hacerlo la justicia constitucional, obviamente dejando a salvo las responsabilidades penales que pudieran existir.

En cuanto a la competencia material de la justicia indígena, este acuerdo plenario dice que si el hecho afecta a bienes jurídicos comunales, es de competencia de la justicia indígena. Hay que tomar en cuenta que este acuerdo es vinculante solamente para casos penales.

Salvo lo dispuesto en el acuerdo plenario, no se ha definido un mecanismo específico para los casos en los que se alegue que hay vulneración de derechos humanos por la justicia indígena. En teoría, la persona afectada podría recurrir, como en el caso de Colombia, a una acción de amparo (tutela), pero esto no se ha normado.

Por lo tanto, en este país, a pesar de algunos avances puntuales, en general, no existe una reforma integral de la justicia que incorpore la diversidad cultural existente. En la sociedad peruana se mantiene todavía una mentalidad racista respecto a los pueblos indígenas, y esto aunado al monismo jurídico que predomina en las universidades y en la mayoría de las normas vigentes, ha dificultado la implementación de lo dispuesto en la Constitución y el Convenio 169 sobre justicia indígena.

Conclusiones y Propuestas

La incorporación del pluralismo jurídico en los países andinos es un proceso a largo plazo que debe significar la democratización de nuestras sociedades y la aceptación de nuestra diversidad cultural como una riqueza. Este proceso se ha iniciado pero aún enfrenta múltiples dificultades para lograr plasmarse en reformas concretas.

La coordinación entre la justicia estatal y la justicia indígena debe ser parte de un nuevo modelo de justicia plural, basado en la interculturalidad y el respeto a los derechos humanos.

Además de la emisión de una ley de coordinación, es necesario contar con políticas públicas que establezcan las medidas necesarias para reformar el sistema de justicia vigente. Entre estas medidas, siguiendo a García e Yrigoyen, consideramos que es necesario modificar la currícula de las facultades de Derecho, modificar toda la legislación vigente incorporando el pluralismo jurídico y la interculturalidad, establecer mecanismos concretos de coordinación con la justicia indígena en todas las instancias estatales, realizar estudios para conocer y difundir el funcionamiento de la justicia indígena, delimitar con claridad los límites territoriales de los pueblos existentes en cada país, entre otras.

También es necesario que el Estado desarrolle programas específicos para apoyar el fortalecimiento interno de las comunidades y pueblos indígenas y la recuperación de sus costumbres. De igual manera, que las decisiones se tomen en espacios donde los pueblos indígenas estén representados, conforme lo dispone el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En cuanto a la ley de coordinación, consideramos que debe contener los siguientes elementos:

- La ley debe ser general, pues los pueblos son diversos y no se puede regular la totalidad de relaciones de coordinación, la ley debe contener los principios básicos.
- De acuerdo al artículo 6 del Convenio 169, la ley debe ser consultada por el Estado previamente con los pueblos indígenas, o podría tener vicio de inconstitucionalidad.
- Reglas para la participación de los pueblos indígenas en los espacios de decisión de las políticas y medidas concretas de coordinación.
- Obligatoriedad para las entidades estatales de todo tipo y nivel de aceptar las decisiones de la justicia indígena y prestar apoyo.
- Mecanismos y recursos estatales de apoyo para el funcionamiento de la justicia y las acciones de coordinación.

- Desarrollo de las competencias de la justicia indígena contenidas en la Constitución.
- Reglas especiales para el caso de indígenas procesados ante la jurisdicción ordinaria: artículos 9 (2) y 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Bibliografía

- Ariza, Rosembert (2007). Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. En: *Justicia Ordinaria y Justicia Consuetudinaria. ¿Un matrimonio imposible?*. Pp. 9-69. Bolivia. Fundación Konrad Adenauer.
- Clavero, Bartolomé. (2008). *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos Indígenas entre constituciones mestizas*. México D.F.: Siglo XXI Editores.
- Bonilla Urbina, Marcelo (2008) Pluralismo jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena. En: Huber, Rudolf y otros (coord.) *Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. México: Fundación Konrad Adenauer.
- Cóndor, Eddie (coordinador). Aranda Mirva y Wiener Leonidas (2010) "Experiencias de coordinación entre sistemas". Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Cóndor, Eddie (coordinador). 2009. "Manual Informativo para autoridades judiciales estatales". Lima: Comisión Andina de Juristas.
- Canessa, Andrew. (2000) Contesting Hybridity: *Evangelistas and Kataristas* in Highland Bolivia. *J. Lat. Amer. Stud.* 32, 115 - 144. United Kingdom: Cambridge University Press.
- García, Fernando (2010) "El proceso de coordinación y cooperación entre los sistemas de derecho indígena y el sistema de derecho or-

dinario ecuatorianos". Lima: Ponencia presentada al VII Congreso Internacional de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica.

Greene, Shane (2006) *Getting over the Andes: The Geo-Eco-Politics of Indigenous Movements in Peru's Twenty-First Century Inca Empire*. J. Lat. Amer. Stud. 38, 327-354. United Kingdom: Cambridge University Press.

Korovkin, Tanya (2001) *Reinventing the Communal Tradition: Indigenous Peoples, Civil Society, and Democratization in Andean Ecuador*. *Latin American Research Review*, Vol. 36, No. 3. pp. 37-67.

Meentzen, Angela (2007). *Políticas Públicas para Pueblos Indígenas en América Latina: Los casos de México, Guatemala, Ecuador, Bolivia y Perú*. Perú: Fundación Konrad Adenauer. Programa Regional Participación Política Indígena en América Latina.

Sánchez, Esther (2010) "Mínimos jurídicos y respeto a la diversidad cultural". Ponencia presentada al Coloquio Internacional "El ejercicio de la justicia indígena en los países andinos y su relación con los Derechos Humanos". Lima: Comisión Andina de Juristas. Documento no publicado.

Stavenhagen, Rodolfo (2008). *Los Pueblos Indígenas y sus Derechos. Informes temáticos del Relator Especial sobre la situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas*. México: UNESCO.

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

LEY DE DESLINDE JURISDICCIONAL- DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

Eduardo Rodríguez Veltzé⁷⁴
Bolivia

La Ley de Deslinde Jurisdiccional aprobada en diciembre de 2010 constituye un referente esencial para el análisis de los alcances de la jurisdicción, la “potestad de impartir justicia” prevista en la nueva Constitución Política del Estado y sobre todo para el entendimiento y la construcción del “pluralismo jurídico”, un principio que funda la naturaleza del Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario.

Este ensayo incorpora algunas ideas elaboradas en el trabajo de investigación realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana como parte de una investigación sobre el principio del pluralismo jurídico, la justicia indígena originaria y el deslinde jurisdiccional. Sus resultados fueron expuestos en un Seminario realizado en Agosto de 2010 en La Paz y Tihaunacu, Bolivia, auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer y son parte de la publicación: “Pensar en este tiempo: Pluralismo Jurídico” (Coordinadores: Rodríguez y Rojas 2011).

Las reflexiones sobre la nueva concepción política de “jurisdicción” y el diseño constitucional de los órganos de poder público encargados de su ejercicio, junto al principio del “pluralismo”, son aspectos considerados en el análisis y tiene relación con la implantación del nuevo orden constitucional, particularmente en el ámbito del reconocimiento, vigencia y ejercicio de derechos individuales y colectivos.

74 Estudió Derecho en la Universidad Mayor de “San Simón” de Cochabamba. Maestría en Administración Pública por la Universidad de Harvard de Estados Unidos. Fue ministro y presidente de la Corte Suprema de Justicia (1999-2006). Ejerció la Presidencia de Bolivia en su capacidad de Presidente de la Corte Suprema de Justicia, por sucesión constitucional (2005-2006). Actualmente es docente y Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica Boliviana San Pablo, en La Paz.

La Jurisdicción, el Punto de Partida

La aprobación de la nueva Constitución Política del Estado en febrero de 2009, abre una oportunidad extraordinaria para revisar la noción de “jurisdicción” y el análisis sobre sus alcances político constitucionales, su correspondencia con las estructuras orgánico institucionales previstas para su ejercicio en el Estado Unitario Social, de Derecho Plurinacional Comunitario; con los derechos previstos en la Constitución Política del Estado, las declaraciones internacionales y con los recursos y remedios dispuestos para hacerlos efectivos.

En general, las reflexiones sobre la función judicial tienden a concentrarse sobre los contenidos meramente normativos, sustantivos y procesales, sin abordar aspectos de orden antropológico, sociológico o político. En Bolivia, como en gran parte de la región, la función jurisdiccional ha sido subestimada e instrumentalizada por otros factores de poder, mayoritariamente de orden político partidario, en desmedro de su mayor desarrollo como un órgano genuinamente independiente, con reconocida autoridad para imponer el principio de legalidad sobre cualquier coyuntura tentada en manipularla. Los intentos para aproximar reformas estructurales a la función jurisdiccional fueron sistemáticamente frustrados por la recurrente inestabilidad política, por la ausencia de propuestas integrales, muchas veces opacadas por reformas parciales, varias alentadas regionalmente por programas de cooperación internacional, pero sobre todo por la ausencia de una cultura jurídica renovada que supere el tradicional conservadurismo de abogados, políticos y operadores judiciales.

La nueva Constitución Política del Estado supera la omisión conceptual de la Constitución precedente y define en sus artículos 7 y 178 que la “jurisdicción” es una expresión de la soberanía que reside en el pueblo. Como función única, es delegada y se ejerce por el órgano judicial conformado por la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental, la justicia constitucional, la jurisdicción indígena originario campesino y otras reguladas por ley. Prevé que una jurisdicción “*plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones*” tiene a su cargo la protección o tutela de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, como una garantía reconocida igualmente a individuos y colectividades conforme a lo dispuesto por los artículos 14 III, 109 y 115 de la Constitución

Esta configuración normativa aproxima la función judicial al origen mismo del poder constituyente: el pueblo y asegura el principio de tutela judicial

efectiva en favor de todas las personas o colectividades para el reconocimiento de sus derechos o intereses legítimos. La protección jurisdiccional consagra las bases para desarrollar el principio del pluralismo jurídico, pues son todos los jueces y tribunales (incluidos aquellos que forman parte de la jurisdicción indígena originaria campesina), los que deben brindarla sin distinción de ámbito aplicable en tanto *“los derechos reconocidos son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”* (artículo 109 I).

Como se analiza más adelante, el desarrollo normativo secundario y particularmente la Ley de Deslinde Jurisdiccional todavía reflejan restricciones en la asimilación del nuevo concepto de jurisdicción y reservan el ejercicio de tutela judicial como una atribución casi exclusiva de la jurisdicción ordinaria, en desmedro de la igualdad en jerarquía de todas las jurisdicciones previstas por la Constitución y el principio del pluralismo.

El “Deslinde” como Instrumento Restrictivo a la Función Judicial Plural

El “deslinde” jurisdiccional previsto en la Constitución Política del Estado y demarcado en la Ley No. 073, tiene relación con los ámbitos de competencia del poder público del Estado central y el reconocido a otras jurisdicciones como la indígena originario campesina, u otras que en el ámbito de un genuino pluralismo también podrían participar de la función judicial. Su concurrencia reflejará en términos funcionales las posibilidades de un ejercicio más eficiente y accesible a la jurisdicción y, en un último análisis, a la vigencia y eficacia de los derechos individuales y colectivos.

Así, por ejemplo, si bien el nivel central del Estado preserva como atribución exclusiva la Administración de Justicia (artículo 298, 24), las autonomías indígenas originario campesinas pueden ejercer también como “exclusiva” la jurisdicción indígena originario campesina para la aplicación de justicia y resolución de conflictos (artículo 304, 8).

La auto-identificación y pertenencia de los bolivianos a las diversas naciones o comunidades, puede tener niveles de complejidad para la determinación de la jurisdicción y ámbitos de competencia aplicables, sobre todo a partir del hecho de que grupos significativos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos han migrado a centros urbanos en los que conviven con otras comunidades que no tienen necesariamente un anclaje anterior a la Colonia (por ejemplo, las migraciones japonesas, semitas, menonitas y europeas de fines del siglo XIX y mediados del XX),

y que producen mestizajes raciales y pluriculturales, dando lugar a nuevas identidades sincréticas. Estas colectividades también comparten identidad cultural, idiomas, tradiciones, territorialidad y cosmovisiones, aunque la Constitución Política del Estado no les reconoce una jurisdicción propia en el marco de un pluralismo jurídico igualitario. Si bien hay un reconocimiento a la diversidad cultural, como base esencial del Estado plurinacional, este asume como “fortaleza” la existencia de culturas indígena originario campesinas, y privilegia su reconocimiento frente a otros grupos en diversos órdenes (artículo 98).

En este contexto, el principio del pluralismo jurídico parece reducirse al ámbito de dos jurisdicciones: la ordinaria y la indígena originario campesina, las únicas reconocidas por el Estado y que reflejan un pluralismo unitario que no repara en la existencia de sistemas jurídicos que se localizan en lo que Boaventura De Sousa Santos (Bonilla 2002, 53) denomina los tres grandes espacio-tiempos: local, nacional y global. Estos configuran el debate de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos.

La falta de una elaboración normativa sobre los alcances del pluralismo (la Ley de Órgano Judicial y el proyecto sólo señalan que el pluralismo “*respeta y garantiza la coexistencia, convivencia e independencia de los diferentes sistemas jurídicos dentro del Estado Plurinacional de Bolivia, de conformidad a lo establecido en el artículo 1 de la Constitución*”), que defina sus alcances y naturaleza, refleja una visión reduccionista, conducida desde el Estado, que puede afectar regresivamente la realización de un modelo genuinamente plural, erosionar la efectividad interna de la jurisdicción indígena originario campesina y consagrar un dualismo que cierra el paso al reconocimiento de otras formas jurídicas que bien pueden ser más efectivas en el reconocimiento de derechos individuales y colectivos y en la resolución justa y pacífica de las controversias.

Una de las críticas formuladas a este alcance de la jurisdicción indígena originario campesina la plantea Bartolomé Clavero (2010, 4), quien explica el principio de competencia estrictamente personal que se atribuye a la misma. Extraña que en ella no concurren más sujetos que los indígenas, limitación que también afecta al ámbito material y territorial. Advierte que los sujetos no indígenas, originarios o campesinos, no tienen acceso a esta jurisdicción bajo ninguna forma, ni siquiera cuando este territorio se encuentre organizado en régimen de autonomía constitucional. Repara también en los efectos que esta limitación produce cuando se trata de decisiones y actuaciones fuera de su

sociedad o territorio, como aquellos vinculados a los recursos naturales, o por las limitaciones a los efectos no vinculantes de las consultas a indígenas, pese a la vigencia de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Apunta que se trata de una ley *“sólo aparentemente plurinacional, como también podrá ocurrir con la del Tribunal Constitucional Plurinacional por la razón de que no facilita el acceso a su magistratura de los jueces indígenas.”*

Tensiones en el Ejercicio de los Derechos Individuales y Colectivos bajo la nueva Constitución

La Constitución Boliviana de 2009 incorpora una nueva y vigorosa tónica al tratamiento de los derechos fundamentales y garantías. El Título II de Derechos Fundamentales y Garantías desarrolla en siete capítulos y más de 130 artículos un exhaustivo catálogo de derechos, aquellos comprendidos en las diferentes generaciones o categorías que sucedieron a los tradicionales civiles y políticos y prácticamente todos los derechos reconocidos en los principales instrumentos y convenios internacionales, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 hasta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007.

El texto constitucional incorpora como *“Disposiciones Generales”* algunas precisiones para el tratamiento de los derechos fundamentales y garantías, para su reconocimiento y aplicación y, eventualmente, para proveer una adecuada interpretación en circunstancias en las que su invocación o concurrencia presenten controversias. Tal el caso de los derechos individuales y colectivos cuyo ejercicio está garantizado por el Estado tanto para las personas como para las colectividades, sin discriminación.

Estas disposiciones consignan el carácter inviolable, universal, interdependiente, indivisible y progresivo de los derechos reconocidos; ninguno será entendido como negación de otro derecho, aunque no estuviese enunciado y su clasificación en el texto constitucional no determina jerarquía ni superioridad de unos derechos sobre otros.

La incorporación de derechos colectivos en la Constitución se anuncia desde el Preámbulo mismo con la referencia a la conformación de los pueblos y del pueblo boliviano que asume el reto *“colectivo”* de la construcción de un nuevo modelo de Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario. Las Bases Fundamentales del Estado reconocen la existencia

de colectividades: las naciones y pueblos indígena originario campesinos y les garantiza “su libre determinación que consiste en su derecho a la autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales” (artículo 2).

Esta caracterización del nuevo modelo de Estado introduce derechos diferenciados en favor de los pueblos y naciones indígena originario campesinas como colectividades privilegiadas en tanto titulares de una serie de derechos colectivos que contrastan con la tradicional concepción de derechos reconocidos fundamentalmente a individuos de manera igualitaria o con aquellos grupos no reconocidos de manera equivalente a otras colectividades que no tienen un anclaje pre-colonial, por ejemplo, contingentes de migrantes asentados en el territorio de Bolivia.

Estos contrastes pueden generar algunas tensiones a partir de la invocación y aplicación de los derechos colectivos: i) al seno de las propias comunidades, naciones o pueblos cuando alguno de sus miembros, a título individual, se enfrenta a decisiones colectivas, generalmente referidas a rituales, prácticas o modalidades de resolución de conflictos que preserva el colectivo; ii) entre comunidades, naciones o pueblos y organismos del Estado en temas relativos al ejercicio de derechos reconocidos y que pueden verse afectados por políticas públicas, muchas veces ejecutadas sin previa o insuficiente consulta previa; y iii) entre sujetos individuales o colectivos y entre estos y el Estado en un amplio espectro de escenarios que no siempre tienen relación con la concurrencia de comunidades indígena originario campesinas.

Examinamos a continuación algunos casos y experiencias que exponen estas tres variables de tensión y la aplicabilidad de la Ley del Deslinde Jurisdiccional.

Derechos Individuales vs. Modalidades de Sanción en el Sistema de Justicia Indígena

Esta contingencia puede ser relativamente frecuente en los ámbitos de las comunidades rurales. Es interesante advertir que ya en 2003, el Tribunal Constitucional abordó mediante la Sentencia Constitucional No. 0295/2003-R de 11 de marzo de 2003⁷⁵ un asunto que refleja estas tensiones: Mediante recurso de amparo constitucional una pareja vecina de la comunidad de

75 Tribunal Constitucional de Bolivia, <http://www.tribunalconstitucional.gob.bo/>

San Juan del Rosario, departamento de Potosí, reclamaron la vulneración de sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, a la propiedad privada y a percibir una justa remuneración por su trabajo como emergencia de las determinaciones adoptadas por el corregidor y la misma comunidad que pretendieron desalojarlos del lugar. El Tribunal de Amparo declaró procedente el recurso con el fundamento de que los recurridos al disponer la expulsión, atentaron contra sus derechos a permanecer y transitar en el territorio nacional, a trabajar y dedicarse a una actividad lícita.

En revisión, el Tribunal Constitucional invocó la disposición prevista en el artículo 171 III de la Constitución Política del Estado de 1967, reformada en 1994, entonces vigente, que disponía: *“Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes.”*

Puntualizó que las normas de conducta y de desenvolvimiento del ser humano en comunidad, son producidas por valores culturales y constituyen también una fuente de derecho; que el carácter multiétnico y pluricultural del país tienen relación con *“un pluralismo jurídico vigente desde la época de la conquista y la colonia -puesto que la justicia comunitaria ha sobrevivido desde entonces, no obstante que existe desde épocas precolombinas- aunque reconocido recientemente de manera formal por la Ley Suprema.”* Elabora consideraciones sobre el trabajo comunitario, la *“minka”*, un sistema en el que participan y se benefician todos los miembros de la comunidad y las características de la organización social del pueblo para concluir que *“si bien es cierto que toda persona tiene reconocidos sus derechos al trabajo, a ingresar, permanecer y transitar libremente por el territorio nacional, y a percibir una justa remuneración por su trabajo, no es menos evidente que los mismos no son absolutos, encuentran límites en el interés colectivo, la paz social y el orden público. En la especie, los recurrentes deben lograr un equilibrio entre sus intereses y los intereses de la comunidad, de modo tal que ninguno perjudique al otro, sino que, por el contrario se pretenda lograr avances en beneficio general, manteniendo el clima de comprensión, consenso y tranquilidad de ese especial grupo humano.”*

En esta línea de razonamiento, el Tribunal consideró menester *“encontrar una justa proporción entre la pretensión de los recurrentes de permanecer en la comunidad y la de los miembros de ésta para que los nombrados la abandonen,*

disponiendo una medida conciliadora, para que los primeros cumplan las reglas de la comunidad de las cuales no pueden substraerse en tanto residan en ella, y los segundos, observando la voluntad, traducida en hechos, de los esposos Ticona-Cruz, les permitan reencausar su conducta y volver al régimen de vida, sistema de trabajo y convivencia armónica de la comunidad, toda vez que no se puede aprobar la disposición de los demandados de echar a los recurrentes de la comunidad, pero tampoco se puede admitir que éstos permanezcan en ella sin cumplir sus normas.”

Invocando las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por Bolivia en 11 de diciembre de 1991, dispuso aprobar la sentencia pronunciada por el Juez que conoció el recurso de amparo, *condicionando los efectos de la tutela otorgada a que los recurrentes adecuen de inmediato su conducta a las normas comunitarias, participando puntual y oportunamente en los trabajos comunes y acatando las decisiones de las autoridades, en tanto no sean contrarias a los derechos y garantías fundamentales”*

Con base en este precedente, es interesante advertir dos aspectos frente a la Ley del Deslinde:

Uno tiene relación con los alcances de la jurisdicción indígena originario campesina respecto al principio de tutela judicial efectiva introducido en el artículo 115 de la Constitución Política del Estado que garantiza la protección del ejercicio de derechos e intereses por los jueces y tribunales. Cabe considerar que una circunstancia como ésta podría activar la competencia de las autoridades judiciales indígena originario campesina para conocer acciones de defensa y proveer protección judicial oportuna y efectiva. Sin duda, concurren simultáneamente los ámbitos de competencia material, personal y territorial que la activan conforme dispone el artículo 8 de la Ley del Deslinde, pero limitan injustificadamente su capacidad de conocer acciones de defensa de derechos universales.

Otra tiene relación con el artículo 5 de la Ley del Deslinde que incorpora varias previsiones destinadas a promover el respeto y garantizar el efectivo ejercicio de derechos y garantías reconocidos por la Constitución Política del Estado, entre ellas el derecho a la vida, los derechos de las mujeres, la prohibición a las autoridades de la jurisdicción indígena originario campesina de sancionar con la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales; la prohibición

de toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres y la expresa determinación sobre el linchamiento, calificado como una violación a los derechos humanos.

Derechos Colectivos sobre el Territorio vs. Modalidades de Titulación sobre la Propiedad o sobre Políticas Viales

La base territorial reconocida a los pueblos indígenas originarios campesinos por la Constitución, la ley secundaria y las declaraciones contenidas en los instrumentos internacionales es, posiblemente, uno de los escenarios donde con mayor frecuencia se tensionan los derechos colectivos y los derechos individuales. Si bien los procesos de reforma agraria y posteriores ajustes en la política pública para su reconducción con el saneamiento y reconocimiento pleno de los territorios han avanzado sustancialmente, subsisten dificultades que visibilizan la secular práctica de fragmentar el territorio indígena para facilitar su disposición en favor de ajenos o del propio Estado.

Los procesos de saneamiento de la propiedad agraria son complejos, onerosos y todavía resta por completar aproximadamente 60% del territorio. También quedan pendientes procesos de identificación y calificación de vastas extensiones de tierras fiscales para su certificación y disponibilidad. En este escenario ha surgido un interesante debate sobre la titulación en tierras fiscales⁷⁶. Por una parte hay quienes sostienen (ver., id. sitio web) que las modalidades de titulación de las tierras fiscales han expuesto, una vez más, la contradicción de las políticas de Estado de titulación individual frente a la opción de la titulación comunitaria. Se sostiene que esta última ¿no es necesariamente contraria al reconocimiento de los derechos individuales, al contrario, al poder ser objeto de un ejercicio “intra comunitario” merece mayor protección, mientras que la emisión de títulos a nivel individual afecta y debilita las estrategias comunitarias, su organización y proyectos. Por otra, y en contraposición, se sostiene que en las comunidades es posible la coexistencia de derechos individuales y colectivos sobre la tierra y los recursos naturales indistintamente se opte por la titulación individual, también defendida por algunas comunidades y que los derechos colectivos e individuales no se sobreponen, coexisten e interactúan.

76 En www.ftierra.org/ft/ “Abriendo el Debate” ver: Almaráz Alejandro, “En Defensa de la Propiedad Comunitaria de la Tierra” y en www.agter.asso.fr/ ver: Colque Gonzalo, Bolivia: El debate sobre derechos individuales y colectivos sobre la tierra.

Otra referencia a las tensiones entre el ejercicio de derechos colectivos y la actuación del Estado, tiene relación con la controversia entre la política vial del Gobierno de Bolivia y las comunidades indígenas Moxeñas, Yuracarés y Chimanes sobre la construcción de la carretera Villa Tunari - San Ignacio de Moxos, una obra de aproximadamente 300 kilómetros, financiada con el apoyo del Gobierno del Brasil. Los argumentos que se contraponen al proyecto caminero se refieren a la amenaza sobre la integridad del territorio indígena, sus recursos naturales y las propias comunidades. La vía prevé atravesar el Parque Nacional Isiboro Sécure, una zona donde habitan 64 comunidades, y tres pueblos indígenas en un área de influencia de más de un millón de hectáreas que fueron reconocidas como Territorios Comunitarios de Origen. Se prevé que el Gobierno concluya con los procedimientos de consulta previa previstos tanto en la Constitución como en las Declaraciones Internacionales referidas a los derechos de los pueblos indígenas antes de iniciar las obras.

La Ley del Deslinde restringe la posibilidad de que sea el sistema jurisdiccional indígena originario campesino el que resuelva tensiones como la descrita, en tanto su artículo 10 limita su competencia únicamente para la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas, reservando cualquier otra competencia a las reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras legalmente reconocidas .

Derechos de Ejercicio Individual o Colectivo vs. Restricciones Administrativas

Son varios los ejemplos de las tensiones que, de manera cotidiana, surgen entre el ejercicio individual o colectivo de los derechos reconocidos versus restricciones administrativas que nacen de disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias. Un singular debate ha surgido en relación a la modalidad de elección de autoridades judiciales de los principales tribunales del órgano judicial del Estado plurinacional.

En efecto, la nueva Constitución prevé en su artículo 106 que el Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información. En la misma disposición garantiza a todos los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa. En contraste, el artículo 182 III de la misma Constitución, al referirse a la modalidad de elección de los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sufragio universal, prevé que los postulantes o persona

alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. Agrega que el Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de los candidatos.

La Ley 026 del Régimen Electoral desarrolla el régimen de prohibiciones para postulantes a cargos electivos al órgano judicial y medios de comunicación, para los primeros bajo sanción de inhabilitación y bajo sanción penal para los segundos. Estas incluyen prohibiciones para manifestar opiniones, difundir documentación que no sea producido por el Órgano Electoral.

La proximidad del proceso electoral judicial ha suscitado una intensa polémica sobre la concurrencia de las citadas disposiciones. Por una parte, gremios profesionales, medios de comunicación y grupos de interés político aducen que las restricciones impuestas a la difusión de información sobre los antecedentes de los candidatos y el derecho a opinar sobre los alcances de sus candidaturas afectan derechos constitucionales y, por otra, el gobierno y grupos de interés afines sostienen posiciones encontradas que avalan la rigidez de las restricciones sobre la libertad de información, expresión e información.

Se trata de una polémica que lamentablemente no podrá resolverse a través de la jurisdicción constitucional, cuyo órgano atraviesa restricciones competenciales en virtud de la ley de transición del órgano judicial. Será el debate fecundo que se genere en la sociedad civil, los medios y la Asamblea legislativa el que oriente una solución de equilibrio en el ejercicio de derechos individuales, colectivos y las restricciones de orden administrativo constitucional.

Bibliografía

Bonilla, Daniel; et al (2002) *Pluralismo Jurídico*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Clavero, Bartolomé (2010) *Bolivia: la hora de la verdad del desarrollo constitucional*. La Paz: Nueva Crónica.

Rodríguez Veltzé, Eduardo y Rojas Tudela. Farit (coordinadores) (2011) *Pensar este Tiempo: Pluralismo Jurídico*. Universidad Católica Boliviana "San Pablo", Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. La Paz: KAS, UCB.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Es fácil vislumbrar los retos por delante a tenor de los diagnósticos, dudas, interrogantes y perspectivas de los ponentes de este libro respecto a la evolución jurídica y práctica del pluralismo jurídico en Bolivia.

En líneas generales, cada reflexión lleva a las siguientes líneas de conclusión:

FARIT ROJAS TUDELA (Bolivia)

Conferencia 1: *“Del Monismo al Pluralismo Jurídico: Interculturalidad en el Estado Constitucional”*

Primero, hay dos vías en busca de implementar el pluralismo jurídico: la primera mediante una ley como la de deslinde y, segundo, mediante la interpretación constitucional en clave de pluralismo.

La primera vía es la que ha ensayado el Estado boliviano, y parece, en estos primeros meses de la experiencia (pues la Ley de Deslinde es de diciembre de 2010) que en vez de crear un pluralismo crea en todo caso un dualismo, en el que la jurisdicción indígena originario campesina ha perdido el protagonismo y centralidad que posee en la Constitución, pese a que la administración de justicia y el reconocimiento a sus sistemas jurídicos son un derecho constitucional.

La segunda vía es la desarrollada por la Corte Constitucional colombiana, en la que se ha puesto en funcionamiento una política de interpretación plural de la Constitución y de los derechos de los pueblos indígenas. Esta vía precisa un desplazamiento en la manera en la cual entendemos el Derecho. Este desplazamiento es a la vez un descentramiento en las categorías jurídicas clásicas impregnadas por el monismo jurídico.

Una segunda conclusión es que el pluralismo jurídico es en sí una transformación del Derecho, no sólo por la impronta indígena y sus sistemas jurídicos, sino ante el carácter vibracional del mismo pluralismo jurídico. En el fondo, el pluralismo jurídico nos convoca a un desplazamiento del Estado de Derecho hacia una política constitucional. Una política constitucional toma a la Constitución en tanto materiales de construcción, es decir, la Constitución llega a descentrarse de su unidad y se convierte en un texto flexible (dúctil, poroso), y, en consecuencia, no puede responder más al paradigma de Estado de Derecho (pues este en sí convoca a un monismo jurídico). Entonces ¿cómo proceder en el Derecho ante la imposibilidad de un Estado de Derecho? La respuesta es mediante la concreción de una política constitucional, es decir, una manera de construir desde el pluralismo el Estado más allá de la rigidez del Estado de Derecho y sin poner en riesgo la seguridad jurídica.

Tanto para lograr una concreción del pluralismo jurídico y de una política constitucional, es necesario transformar la cultura jurídica de nuestros abogados, y, en consecuencia, reformar la currícula de enseñanza del Derecho. Esta es una tarea aún pendiente, pero que es necesaria en busca de implementar, crear y construir un pluralismo jurídico no sólo en Bolivia sino en Latinoamérica.

HORST SCHÖNBOHM (Alemania)

Conferencia 2: *“El Pluralismo Jurídico – Una Comparación a Nivel de América Latina”*

En contra de lo que muchos expertos esperaban, el derecho tradicional no estatal y sus estructuras de bases políticas, económicas y sociales, hoy en día son más reconocidas como formas de organizaciones políticas.

El derecho tradicional se ha revitalizado y no ha desaparecido frente a la presión del derecho internacional y del derecho estatal nacional.

Con todos los avances que han tenido los derechos de los indígenas para ser reconocidos, en la práctica hoy en día sigue la supremacía del derecho estatal sobre las formas tradicionales del derecho.

En las sociedades de la mayoría de los países de Latinoamérica todavía no se conoce el derecho tradicional de los indígenas que tampoco encuentra mayor interés entre los ciudadanos que viven fuera de las zonas de los indígenas.

En las agendas de los partidos políticos no se formula una política para proteger efectivamente las distintas formas del derecho tradicional y las formas de organización sobre las cuales se basan, ni se formulan políticas públicas en los distintos niveles del estado con este fin.

Una representación política de los grupos de los indígenas en las instituciones del Estado es muy limitada por esta razón y, en la mayoría de los países, casi inexistente.

Formar entre los países con una mayor participación de grupos indígenas mecanismos de intercambio de experiencias, problemas y sus soluciones, con la participación de los representantes de los organismos especializados, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el Instituto Internacional de Derechos Humanos, etc.

Desarrollar espacios a nivel nacional que den continuidad a los procesos de intercambio entre los grupos de indígenas, de la sociedad, del Congreso, de los partidos políticos y del sistema judicial, para crear un ambiente de mayor confianza y condiciones para mejores soluciones.

Desarrollar y consensuar una política de indigenismo, precisando los espacios de competencia del derecho tradicional y del derecho estatal formal.

Incorporar el tema del pluralismo jurídico a la enseñanza de los colegios y en las universidades.

FERNANDO GARCÍA (Ecuador)

Conferencia 3: “La Justicia Indígena como Espacio de Protección de los Derechos Individuales y Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas”

La aprobación de legislación sobre pueblos indígenas requiere de su participación desde el inicio hasta el final del proceso.

La generación y acumulación de jurisprudencia de la justicia ordinaria y de la justicia indígena es fundamental para avanzar en el proceso de coordinación y cooperación entre las dos justicias.

Los sistemas de justicia indígena deben ser conocidos y apreciados por todos los operadores del sistema de justicia ordinaria.

Debe ser resultado de un debate abierto, interdisciplinar, intercultural, participativo y de carácter académico ya que se trata de una cuestión de interés nacional.

Los modelos deben propender hacia un equilibrio de la vigencia de derechos individuales y de derechos colectivos.

Los mecanismos de coordinación y cooperación entre los dos sistemas de justicia deben ser concretos y de ida y vuelta.

RAMIRO MOLINA RIVERO (Bolivia)

Conferencia 4: “Lo Individual vs. lo Colectivo – Una Interpretación Intercultural”.

El pluralismo jurídico igualitario establecido en la nueva Constitución de Bolivia responde al reconocimiento de distintas naciones y culturas al interior del Estado, sustentándose en una realidad concreta y vigente.

La Ley de Deslinde Jurisdiccional no cumple con dirimir las competencias entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria ni establece mecanismo adecuados y necesarios para la cooperación y coordinación entre ambas jurisdicciones en el marco de un pluralismo jurídico igualitario consagrado a nivel constitucional.

Respecto de la Ley del Tribunal Constitucional, la conformación de tribunales mixtos que respondan a las necesidades propias del país. Estos deberían responder a las necesidades propias del país de desconcentración relativa en distintas regiones altamente pobladas por pueblos indígenas. El propósito inicial sería el acceso mayor a la justicia y la institucionalización de diálogos interculturales de interlegalidad como parte de una nueva jurisprudencia plurinacional.

Una forma de llevar adelante las garantías constitucionales de los derechos individuales y colectivos es respetar el derecho a la libre determinación de los pueblos y lograr la construcción de institucionalidades que permitan los flujos y porosidades interculturales, que en el campo jurídico se traducirían en interlegalidades permanentes que mantienen un equilibrio entre los derechos de una manera armónica y democrática.

WALDO ALBARRACÍN (Bolivia)

Conferencia 5: “La Protección de los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional”.

La normativa contenida en el derecho internacional de los derechos humanos, forma parte del bloque de constitucionalidad del ordenamiento jurídico de una gran parte de los países latinoamericanos. Ello significa que los derechos humanos de los pueblos indígenas son de aplicación prioritaria.

Sin embargo, de la existencia de normas nacionales e internacionales que reivindicar los derechos de los pueblos indígenas, en la práctica se vive una realidad fáctica distinta, identificándose dos ámbitos en los cuales se vulneran los derechos de dichos pueblos, por un lado el estatal, a través del abuso que cometen las diferentes autoridades públicas contra los indígenas, además de la utilización política de éstos y, por el otro lado, se advierten abusos que se cometen en el seno de la sociedad civil, a través de actitudes discriminatorias, raciales o racistas, el ostensible sentido o complejo de superioridad de determinadas personas y familias respecto a los pueblos indígenas.

No es posible forjar una sociedad de iguales sobre la base de lógicas de comportamiento y mecanismos aún vigentes que generan las desigualdades.

Se advierte con preocupación, expresamente en el caso boliviano, que a consecuencia de determinadas movilizaciones realizadas por los pueblos indígenas, especialmente de aquellos que no están vinculados políticamente al Gobierno, en unos casos reclamando por el respeto al derecho de consulta previa, establecido en el convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y la propia Constitución, la reacción gubernamental muestra un trato desigual, en desmedro de los indígenas de las tierras bajas, los que fueron condenados por las autoridades a consecuencia de sus reclamos planteados al Estado, advirtiéndose un desigual tratamiento, cual si hubieran indígenas de primera o de segunda.

El Estado debe generar mecanismos efectivos de seguimiento y monitoreo respecto al cumplimiento y respeto a los derechos humanos de los pueblos indígenas.

Siendo el Estado el responsable de la salvaguarda de los derechos humanos, dentro el ámbito territorial que le pertenece, recae sobre éste la tarea imprescindible de desarrollar acciones tendientes a que se garantice la plena

vigencia de los derechos humanos de los pueblos indígenas. En ese sentido, independientemente de reclamar por la vigencia de esa obligación estatal, es importante promover la idea de la penalización del incumplimiento de las normas protectivas de los derechos indígenas.

Es de suprema importancia promover y trabajar en ese sentido, hasta lograr la total extinción de la vieja práctica del incumplimiento. Se debe promover la extinción de esas actitudes, traducidas en la omisión del servidor público.

Se debe promover desde el Estado, sin perjuicio de las iniciativas que adopten las organizaciones no estatales, el surgimiento de un sentimiento de igualdad entre las personas que habitan el territorio de un Estado, como una forma de extinguir los mecanismos vigentes de discriminación.

LOURDES TIBÁN (Ecuador)

Conferencia 6: “Los Derechos de las Mujeres en la Justicia Indígena”.

El reconocimiento constitucional de la justicia indígena, por ende el pluralismo jurídico, rompe con la histórica creencia de un Estado con un solo sistema jurídico y establece la vigencia de una jurisdicción especial para las comunidades, pueblos y nacionalidades, pero, sobre todo, incorpora en este proceso, como requisito constitucional, la garantía de participación de la mujer indígena en la toma de decisiones en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional que tienen los pueblos y nacionalidades indígenas.

No existe en el Ecuador un tratamiento pormenorizado respecto de la participación obligatoria y constitucional como uno de los derechos de la mujer indígena, sino que la participación de la mujer en la justicia indígena se enmarca dentro del ejercicio de los derechos colectivos para hombres y mujeres.

La herramienta y el mecanismo más apropiado de incorporar a la mujer indígena en procesos de justicia indígena, es, por un lado, aplicando la acción afirmativa de participación obligatoria y toma de decisión como un derecho constitucional, y, por otro lado, impulsando el acceso y la oportunidad para que las mujeres ejerzan autoridad en distintos niveles de toma de decisión, ya sea a nivel organizativo o en espacios públicos o privados.

Aprovechando experiencias latinoamericanas en el ejercicio de la justicia indígena, se debe promover nexos de diálogo intercultural para una mejor

comprensión y cooperación del derecho indígena en relación con la justicia ordinaria, para superar una cultura jurídica monista o unicultural.

Posesionar la justicia indígena, no sólo como una costumbre o usos ancestrales, sino como un derecho propio vigente y como un verdadero sistema jurídico indígena. Para esto será necesario consensuar a nivel latinoamericano primero la vigencia del pluralismo jurídico, ya sea con reconocimiento constitucional o de hecho, en el cual estará inmersa la definición de términos como conflictos internos, jurisdicción y competencia, derechos y procedimientos propios, sanciones y derechos humanos, etc..

Trabajar en una recopilación de casos emblemáticos en cada uno de los países plurinacionales respecto de experiencias jurídicas entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, y determinar cuáles son los temas reiterativos en cada caso y buscar salidas utilizando el derecho comparado indígena.

Trabajar a nivel latinoamericano en el marco de la cooperación y coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena en la superación de prejuicios. La justicia indígena no debe ser analizada ni observada desde una visión positivista, dominante y subordinada. En un país en donde se reconoce la plurinacionalidad, la interculturalidad, el pluralismo jurídico y cultural, los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, debe prevalecer el mutuo reconocimiento y respeto de valores y capacidades.

Se debe hacer un esfuerzo por terminar con el imperialismo jurídico ordinario. Después de la invasión española, y las constituciones de las repúblicas en América Latina, se trató de imponer un proceso de integración y homologación de las culturas, convirtiéndolos en un solo pueblo, una sola cultura, con un solo idioma, un solo Dios, un solo sistema jurídico, un solo sistema de educación, una sola forma de salud, una sola forma de familia y de vida, etc., a lo cual, la resistencia indígena ha sabido vencer y hoy esa resistencia empieza a visibilizarse en reconocimientos constitucionales y se debe valorar como tal.

GUILLERMO PADILLA (Colombia – México)

Conferencia 7: “La Coordinación entre Sistemas de Justicia en Centroamérica”

Aunque el problema en América Latina entre la ley escrita y la ley en la práctica es grande, la capacidad pedagógica de la ley amerita todos los

esfuerzos por presionar a los Estados para que ratifiquen cuerpos legales internacionales.

Es fundamental que la sociedad en general y los pueblos a quienes benefician estos cuerpos legales en particular, presionen a los Estados a adecuar sus órdenes legales internos a las normas y principios de esta legislación internacional.

El artículo 27 de la Convención de Viena declara que los Estados no pueden no incurrir en responsabilidad internacional por no tener una ley que desarrolle el tema del tratado o convenio internacional. Los interesados pueden recurrir a los órganos internacionales correspondientes tales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos para presionar a los Estados a cumplir.

Que los Estados incrementen, poniendo todos los esfuerzos que puedan desde las diferentes ramas del poder público, una efectiva participación de los pueblos indígenas en los asuntos que les conciernen de conformidad con el marco legislativo vigente, adelantando para ello adecuadas consultas a la consulta, como un modelo de lo que deberá hacerse cuando deba aplicarse la consulta o participación en los casos que corresponda.

Alentar a los funcionarios del poder judicial a tomar iniciativas en los avances hacia la coordinación de los distintos sistemas legales, recurriendo y basándose para ello en normas que conforman el llamado bloque de constitucionalidad.

Un ejemplo concreto de esta propuesta es la aplicación del inciso 2 del artículo 10 del Convenio 169, que cuando el Estado juzga a un indígena “deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”. Entre las prácticas indígenas que subsisten en varios pueblos y comunidades indígenas de la región, el indígena que comete un delito y es juzgado por jueces del sistema formal de justicia siente la pulsión de confesar, a la confesión sigue el arrepentimiento y de ahí el perdón de la comunidad la que le asigna alguna carga por medio de la cual el transgresor es reintegrado a la comunidad y retorna al balance que rompió con su hecho. Cuando esto se hace frente al Estado, al indígena le cae todo el peso de la ley por ser un delincuente confeso según la lógica del sistema formal. La propuesta es que si el procesado deseara confesar la comisión de un hecho delictivo, se le pueda ofrecer en compensación la aplicación de una sanción alternativa al

encarcelamiento. Esto se conseguiría buscando la participación en el proceso de la autoridad tradicional del lugar de donde el indígena es oriundo, de manera que se coordine entre los distintos sistemas de justicia y se acuerde el tipo de sanción alternativa a la prisión la que podría ser supervisada por la autoridad tradicional. De esta manera no sólo el sistema oficial economizaría recursos (menos gasto en el proceso, menos tiempo de funcionarios, y menos costos para el sistema penitenciario), sino que la comunidad y el procesado se liberan de la posibilidad de contaminación que ocurriría si el procesado tuviera que ir la cárcel. Asimismo, este sería un escenario donde se incrementaría la colaboración y coordinación entre las autoridades indígenas y el Estado. La coordinación que estamos planteando otorga un papel protagónico al poder judicial en la consolidación del Estado de Derecho y en el ejercicio de una gobernanza verdaderamente democrática.

MIRVA ARANDA (Perú)

Conferencia 8: “La Coordinación entre Sistemas de Justicia en Colombia, Ecuador y Perú”.

- Es necesario que los países andinos diseñen e implementen políticas públicas integrales para incorporar la interculturalidad y el pluralismo jurídico a los sistemas de justicia.
- En los tres países el sistema jurídico sigue siendo marcadamente monista y etnocentrista.
- Sin embargo, existen algunos avances puntuales y experiencias exitosas de reconocimiento de la justicia indígena y de la coordinación entre sistemas, que deben recogerse y sistematizarse.
- La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha establecido principios importantes que sirven como guía para la construcción de un nuevo sistema jurídico plural e intercultural en nuestros países.
- Se debe incluir el tema de la interculturalidad en todos los niveles educativos, para disminuir la discriminación hacia la población indígena.
- Acercar el derecho a la realidad, realizando investigaciones que sirvan como base a la elaboración de las normas.

- Consulta y diálogo con todos los sectores afectados antes de realizar modificaciones legislativas.
- Elaborar políticas públicas, con un diagnóstico claro de los problemas concretos y elaborando indicadores para medir avances.
- Descentralizar mecanismos de resolución de casos como, por ejemplo, para la denuncia de vulneración de derechos en la justicia indígena para cuyo efecto deben existir instancias de acceso inmediato para la población que se considere afectada.

EDUARDO RODRÍGUEZ (Bolivia)

Conferencia 9: “Análisis de la Ley de Deslinde Jurisdiccional”

Bolivia atraviesa un extraordinario proceso de transición del orden constitucional. En su curso se ponen a prueba no sólo las disposiciones de la carta fundamental y la legislación secundaria, sino, y sobre todo, la capacidad de los bolivianos para asumir la vigencia de la Constitución y de la ley como un referente imprescindible para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones individual y colectivamente; conformar, participar y controlar los órganos del poder público; y proyectar nuevas y mejores formas de vivir en confraternidad.

La Ley del Deslinde Jurisdiccional ha incorporado limitantes notables al desarrollo del principio del “pluralismo jurídico”. Su inserción como mandato normativo secundario refleja contradicciones con la redacción inicial contenida en la redacción del Proyecto de Constitución de Oruro que señalaba que “*la jurisdicción indígena originario campesina conocerá todo tipo de relaciones jurídicas, actos y hechos que vulneren bienes jurídicos*”. En el intento de armonizar o equilibrar este espectro de competencias se ha privilegiado una solución de deslinde normativo poco funcional que no repara en los principios de libre determinación ni de igualdad de jurisdicciones, que pueden coexistir a partir de mecanismos de interlegalidad, de solución conjunta y de convivencia y cooperación.

La jurisdicción indígena originario campesina parece haber quedado subordinada a un monismo jurídico, es decir, a aquel que produce el Estado a través de su Órgano Legislativo. El pluralismo jurídico importa una pluralidad de fuentes del Derecho y no la subordinación de esta diversidad al Derecho estatal.

Se advierte también que la aproximación al “deslinde material” representa una reducción del ámbito de la jurisdicción indígena originario campesina a los asuntos que histórica y tradicionalmente conocían bajos sus normas y desvirtúan la igualdad jerárquica que le reconoce la Constitución en función del principio del pluralismo jurídico, que puede devenir en la invención constante de nuevas formas de gestionar la conflictividad.

Si bien es evidente que en muchas poblaciones rurales la jurisdicción indígena originario campesina sólo conocería y resolvería asuntos de esa naturaleza, debe tomarse en cuenta que la jurisdicción ordinaria no alcanza a tratar estos asuntos por ausencia o limitaciones del diseño institucional y legislativo, de características más bien urbanas, centralistas y neo-coloniales. La norma interrumpe y corta innecesariamente la posibilidad de incorporar y generar un sistema diverso, múltiple de competencias que bajo la noción de una función judicial “única” exclusiva del Estado, pueda desarrollarse en y con las naciones y pueblos indígena originario campesinos. La noción de pluralismo (interculturalidad, interlegalidad, impregnación mutua de saberes) abre y no cierra el desarrollo compartido y coordinado de competencias materiales, según las necesidades y políticas generales, como, por ejemplo, una política criminal todavía ausente en Bolivia.

En el curso de este proceso, que tomará muchos años, parece indispensable reflexionar sobre los hábitos de la conservadora cultura jurídica tradicional y proyectar nuevos horizontes de legalidad y justicia, más plural y más próximos a nuestra compleja realidad.

ANEXO: EJES TEMÁTICOS DEL PROGRAMA DEL SEMINARIO

Para lograr los objetivos propuestos, se ha estructurado el programa, iniciando con una visión general de lo que es la justicia indígena, para luego analizar las situaciones de tensión entre derechos individuales y colectivos al interior de los sistemas de justicia indígena. Una vez presentada esta parte, del estado de la cuestión y los problemas que se quieren abordar o discutir, se analizará cuales son las respuestas que se han dado a la fecha tanto a nivel del Derecho comparado, como a nivel de Bolivia. Finalmente, se elaborarán por los mismos expositores, conclusiones y recomendaciones que puedan aportar al proceso de implementación del pluralismo jurídico en América Latina.

Primer bloque: Conceptualización de la Justicia Indígena

Este eje temático tuvo como principal objetivo brindar un panorama general sobre la conceptualización del Estado plurinacional, como modelo de Estado constitucional en el siglo XXI.

Así se buscó hacer un recuento y contraste entre los conceptos de Estado monista y Estado pluricultural en sus diferentes estadios de desarrollo; abordar el reconocimiento del pluralismo jurídico y de la justicia indígena en los textos constitucionales de América Latina

Los temas que se desarrollaron en las ponencias fueron los siguientes:

- Definición y características de Estado monista, Estado pluricultural y Estado plurinacional.
- Modelos de pluralismo jurídico en las constituciones de América Latina y reconocimiento de la jurisdicción indígena.
- Análisis de la justicia indígena como ámbito de protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Segundo bloque: Derechos Individuales y Derechos Colectivos en la Justicia Indígena

Este eje temático tuvo como principal objetivo reflexionar sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel de los

organismos internacionales de protección de derechos humanos y a nivel constitucional. Se hizo especial hincapié en la naturaleza colectiva de los mismos y su relación con los derechos individuales.

A partir de dicha mirada, se buscó incidir en la necesidad de protección de los derechos de las mujeres indígenas dentro de su comunidad y la distinción entre la justicia indígena y los linchamientos.

Los temas que se desarrollaron fueron los siguientes:

- Derechos reconocidos en los instrumentos internacionales.
- Naturaleza de los derechos individuales y derechos colectivos de los pueblos indígenas: definición como derechos humanos y análisis de su relación en términos de articulación o contraposición.
- Análisis de los derechos de las mujeres indígenas en el espacio comunitario desde la perspectiva de género.
- Análisis de la figura de linchamientos a la luz de la noción y límites derechos colectivos y el concepto de justicia indígena.

Tercer bloque: Articulación entre los Derechos Individuales y los Derechos Colectivos en la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria en América Latina

En este eje temático se buscó analizar las experiencias de articulación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en la Región Andina y Centroamérica.

Los temas que se desarrollaron fueron los siguientes:

- La coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Centroamérica.
- La coordinación entre sistemas de justicia en Colombia, Ecuador y Perú.
- Análisis de la Ley de Deslinde Jurisdiccional.

Cuarto bloque: Hacia un Modelo de Pluralismo Jurídico en América Latina

En este espacio se elaboraron propuestas y lineamientos de cara a la construcción de un modelo de pluralismo jurídico que articule los diversos sistemas jurídicos reconocidos en América Latina y que garanticen el pleno respeto de los derechos, tanto individuales como colectivos de todos los ciudadanos.