

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 Córdor 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 inadmisibles 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