

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

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?