

III.

Elementos materiales y debido proceso. Normas aplicables e interpretación intercultural

III.
Tembiporukuéra ha proceso
ñemboguata hekopete.
Tekopyrã ojeporukuaáva ha
oñeikũmbyháicha arandupyeta

Mandatos de la interculturalidad en la aplicación del derecho

Rosember Ariza

En esta fase del análisis del caso, una vez establecida la jurisdicción, es decir que la autoridad en cuestión esté facultada para resolver el asunto,¹ se entra a la discusión de fondo. En el caso de un conflicto entre derechos, es necesario precisar cómo se pueden reconciliar ambos derechos o cuál tiene que prevalecer, si el demandante tiene el derecho invocado, si el tribunal que sentenció tuvo competencia, o, en caso contrario, qué autoridad tiene competencia según derecho; si una pena aplicada es compatible con el marco legal, por su gravedad o incompatibilidad con derechos fundamentales; cuál es el derecho aplicable a un asunto y si la conducta en cuestión es punible de acuerdo con este derecho o no. Asimismo, si a la hora de revisar la compatibilidad de un acto judicial con las leyes, la Constitución Política y los derechos humanos, es válida su aplicación con independencia del contexto cultural o si es necesaria una interpretación intercultural del derecho.

Al buscar soluciones prácticas a estas preguntas nos enfrentamos con un reto importante: la gran diferencia y complejidad de los sistemas jurídicos existentes en los países de América Latina y, por ende, la gran diversidad de leyes y regulaciones de cada país, la multiplicidad de sistemas de usos y costumbres indígenas, así como la amplia interpretación por parte de los tribunales en las controversias que se suscitan por motivo del involucramiento de personas que tienen la condición de indígenas. Por esto, es clave precisar de entrada lo que entendemos por multiculturalismo e interculturalidad como mecanismos de diálogo entre sistemas jurídicos estatales y sistemas jurídicos indígenas.

1 Lo que puede parecer un formalismo –el hecho de que la autoridad está autorizada para resolver–, en realidad es un elemento importante del Estado de derecho. Desde la perspectiva del acusado, se trata de la garantía del juez natural. Pero más allá de este derecho, el hecho de que solamente una autoridad administrativa o judicial pueda resolver sobre un asunto cuando tenga autorización legal, es decir, tenga competencia atribuida por el derecho, procura que el acto o la sentencia tengan validez y vigencia, que se puedan ejecutar y que no surjan resoluciones múltiples contradictorias. Otra cosa es, una práctica lamentablemente extendida, que la autoridad invocada intente evadir su competencia y que, por tanto, el afectado se quede sin la resolución que le corresponde. Tal indefensión, contrario al derecho fundamental de un recurso efectivo, sin embargo, no se supera mediante la resolución de un órgano sin competencia, sino exigiendo responsabilidad a la administración pública y al sistema de justicia.

Arandupyeta omandáva oñemoañtévo derecho

Rosembert Ariza

Ko káso oñehesa'ýjo oġuahêha meve, oñemohenda rire upe jurisdicción, péva he'ise, upe mburuvicha ipokatúva ombotývo upe mba'e, 1 oñeñepyrũ oño-mongeta pypuku hese. Oimérõ oĩ derecho ndojokupytypáiva ojuehe, tekotevẽ ojehcha mba'éichapa oñembojokupykuaa mokõive térã mávapa oñembovalevéta, upe oporodemandáva ideréchoramo ojevalévo léi rehe, upe tribunal oguenohêva'ekue sentencia upéicha ojapokuaáramo, térã oiméramo nda'upéicha katu máva mburuvichápa iderécho upevarã; peteĩ pena oñeme'ëvapa ohohína leikuéra omohenda háicha, ivai rehe térã ndojokupytyĩ rehe umi derecho tui-chavéva rehe; máva deréchopa ojeporúta upe asúntepe ha upe tembiapokué-rapape ojekastigakuaa kóva ko derecho rupive térãpa nahániri. Upéichante avei, oñehesa'ýjo jave peteĩ mba'e oñemboguatáva juicio rupivépa oho hína leikuéra ndive, Léi Guasu ha yvypóra derecho rehe, ovalépa oñemboguata ojejesareko'ýre arandupy jerereguáre térãpa tekotevẽ oñehesa'ýjo upe derecho aranduetata resa guive.

Ñambohovaisévo pya'ehápe ko'ã mba'eporandu, jajejuhu peteĩ tembiaporã kakuaa rovake: tuicha oikoe ojuehegui ha heta avei umi sistema jurídico oje-porúva América Latina-pe, ha upéicha rupi, hetaiterei léi ha heta regulación oĩva peteĩteĩ umi tetãme, hetaiterei ppykuéra rembiporu ha rembijepokuaapy, ha upéva ári heta hendáicha umi tribunal oikũmby joavy oike haguére avei umi tapicha indígena ipype. Upéicha rupi, pya'etemi voi tekotevẽ oñemyesakã mba'etépa oñeikũmby arandupyeta ha aranduetata rehe pojoapy oñeñemongata haġua oñondive estado sistema jurídico ha umi ppykue mba'éva.

1 Ojoguátava peteĩ formalismo rei -upe mburuvicha oñemoĩha ombohapévo apañuãigui ñesê-, añetehápe mba'e ndetuicháva Estado de derecho ryepýpe. Katu upe derecho javeve, upe peteĩ mburuvicha administrativa térã judicial año ikatuha ombohape oñeguenohêvo apañuãigui peteĩ mba'e oñemoneĩramo ichupe léi rupive, péva he'ise, upe derecho ombopokatuha ichupe, ha'e oñeha'ãta upe hembiaipo térã apoukapy oguenohêva tovale ha toñemoañete, tove toñemboguata ha ani oñeguenohê tembiapoukapy hetaiterei ndojokupytyva oñondive. Ambue mba'e memeve ojuhu ha ñambyasýa hína upe mburuvicha oñehenoĩva oñemboykese hembiapógui ha upéicha rupi upe máva oĩva afectado opyta tembiapoukapy'ýre. Péicha oikóramo, ndojokupytyva recurso efectivo derecho tekotevêvéva rehe, noñesêmo'ãi ichugui peteĩ pojoapy upevarã noĩriva rembiapoukapy rupive; ojehupytyta ojejopýramo administración pública ha tekojoja sistema-pe tomoĩ ijati'y ha tojapo ojapova'erã.

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

El principio de reconocimiento es importante en términos de interculturalidad, porque el reconocer significa tener principios de acción comunes y principios de identidad en el funcionamiento del sistema judicial. La justicia intercultural es un acto *performativo*, crea realidad judicial, mantiene la identidad de todos los intervinientes en un proceso, sus lugares en el proceso y sus competencias. (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 145)

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

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

Los Estados, entonces, han descubierto la necesidad de acoger la existencia de comunidades tradicionales diversas, como base importante del bienestar de sus miembros, permitiendo al individuo definir su identidad, no como “ciudadano” en el concepto abstracto de pertenencia a una sociedad territorial definida y a un Estado gobernante, sino una identidad basada en valores étnicos y culturales concretos. [...] para que la protección a la diversidad étnica y cultural sea realmente efectiva, el Estado reconoce a los miembros de las comunidades indígenas todos los derechos que se reconocen a los demás ciudadanos, prohibiendo toda forma de discriminación en su contra, pero además, y en aras de proteger la diversidad cultural, otorga ciertos derechos radicados en la comunidad como ente colectivo. En otras palabras, coexisten los derechos del individuo como tal, y el derecho de la colectividad a ser diferente y a tener el soporte del Estado para proteger tal diferencia. (1996c)

Jeyjey oje'éva arandupyhetaha upe oikóvo añetehápe, aranduheta katu upe ojehekáva política rupive, ha arandueta katu jeikove oñondive. Arandupyeta hína ñe'e ohechakáva mba'éichapa oikove ojoapytépe ava'atýpe arandupy ma-ymáva téra umi oséva aranduhetágui. Ichugui osē tembiapo ha mba'eporã umi arandupy oikovévo oñondive. Arandueta hína, aipóramo, jeikove oñondive omoingovéva oñondive tapichakuérape ohechakuaáva hikuái ojoavyha iñarandupýpe.

Jeporohechakuaa niko tuichaiterei mba'e arandupyeta kuápe, ojehechakuaávo ohechakua rehe oñemongu'eha oñondive ha avei identidad upe sistema judicial ñemongu'épe. Arandupyeta tekojoja niko omba'e'apouka, omomba'ejehu tekojoja rembiapópe, omombarete paite oikévo upe proceso rekópe, avei henda ha hembiaporã upépe (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 145)

Ñeporomomba'e niko noñemopyendái jeporoaguantápe, he'iseháicha oñeaguanta ha oñemomba'e oimeraë vyrorei; he'ise uvei ojeguata'eraha práctica judicial rekoitépe. Añeténiko umi sistema jurídico hypy'ũ ha hypyha, katu upe máquina oñemongu'e hağua natekotevêi ñande ñamboguatase ambue tape imba'e'ýva rupive. Ñemomba'e hína upe oguerekóva peteí hue ambue hue rehe ha'e isãso rupi. Nañamomba'ei ojehecháicha ambue práctica oñehesa'ýjo pypuku'ýre ja'e péicha ha amoichaha, ypykuéra omboguataháicha tekojoja ñandéve ġuarã oĩvai rupi, ñamba'apo'ýre joajúpe ha jaikuaa'ýme tekojoja ñemboguata ambueichagua.

Upéicha rupi, ko'ape roikuaauka he'iva'ekue Colombia Corte Constitucio-
nal ojerurévo mayma tetäyguápe tohechakuaami:

Estado-kuéra, aipóramo, ohechakuaa tekotevêha ombohupa mayma tekoha yma ymave guare, jahechápa opavave ipypegua oiko porã, tove umi tapicha tomoañete heko tee, ndaha'ei "tetäyguá" ramo, he'iséva oikovéha peteí tenda ha peteí Estado oporoisãmbyhýva, katu peteí teko tee oñemopyendáa mba'eporã upe aty ha arandupy peteimeguápe. [...] teko opaichagua rehe oñangareko hağua hekópe Estado ohechakuaava'erã mayma tapicha ypykuére rekohapegua opaite derecho ohechakuaáva avei ambuekuéra tetäyguápe, ani oheja oñemboyke ichupekuéra, katu avei jahechápa oñangareko mayma arandupy rehe ome'ë ichupekuéra derecho tapicha aty háicha. Ambue hendáicha oje'ekuaa yvypóra iderechoha ha'ëno háicha, ha avei aty háicha ojehechávo ichupe iñambueha ha Estado katu oñangarekóvo upe teko joavy rehe. (1996c)

El concepto de sistemas jurídicos de los pueblos indígenas hace referencia a una noción que da centralidad al reconocimiento. Lo que en realidad se reconoce no es la potestad de impartir justicia, sino la existencia de los sistemas jurídicos propios y específicos de los pueblos indígenas y la potestad que ellos mismos les confieren a algunas personas de su comunidad para impartir justicia. Dicho de otro modo, ese concepto es relativo de manera directa al hecho de que los indígenas tienen sus propias filosofías jurídicas, sus privativos órdenes normativos, sus adecuadas instituciones y sus pertinentes jueces y que, en tal orden, dichas instituciones y jueces son diferentes, competentes, independientes y autónomos en sus procedimientos y decisiones.

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

Ypykuéra retã leieta he'iséva oho peteĩ apytu'ũroky tuicha mba'etereíva upe jehechakuaápe. Upe ojehechakuaáva niko ndaha'úi ha'ekuéra ipokatuha omboguatávo tekojoja, ojechakuaa uvei ha'ekuéra oguerekoha leieta imba'ekuéra teépe ha pokatu ha'ekueraité ome'ëva tapicha oiporavopyre upe tekohapeguápe omboguatávo tekojoja. Ambue hendáicha oje'ekuaa upe he'iséva ohohína umi ypykuéra omopyenda tee rupi upe tekojoja, oguereko hikuái hembiapoukapy, hemimoĩmby upevaráva oñemoíva ha avei hue omboguatáva upéva; umi temimoĩmby ha hue ipokatu, isãso ha ijehegui omboguatávo hembiaipo ha avei ha'ekueraité oikuaávo ojavova'erã.

Ojehechakuaávo upe jurisdicción niko oñemoneĩ oíha añetehápe ha léi renondépe ypykuéra retã leieta ijeheguíva upe tetã tuichaháicha sistema jurídico-gui ojechakuaáva ichupe, ko'ã imba'ekuéra teéva rehe: peteĩ sistema cultural, hekoasa puku, oikoha léi renondépe ha avei oñembohetaha política-pe; upéva he'ise ha'èha sistema jurídico ojekóva hembigueroviakuéra rehe, ijepyta-so, hekojoha ha ijehequite rehe.

Elementos materiales y debido proceso según la legislación nacional

Rosember Ariza, Christian Steiner y Guillermo Padilla

Como ya vimos, algunos ordenamientos nacionales tienen definido el reconocimiento del ejercicio jurisdiccional por parte de los pueblos indígenas, pero, al mismo tiempo, se pronuncian sobre las normas materiales aplicables por la autoridad a la que compete resolver el litigio. En ausencia de una regulación específica tiene gran relevancia el Convenio 169 (OIT 1989) en la medida en la que haya sido ratificado. Por regla general, podemos observar que las autoridades deben aplicar sus usos y costumbres, pero respetar el derecho estatal, especialmente, los derechos humanos. A su vez, la justicia estatal, ejerciendo su jurisdicción sobre indígenas, tendrá que realizar una aplicación e interpretación intercultural del derecho estatal.

ARGENTINA

Debido a la falta de regulación de una jurisdicción propia de los pueblos indígenas en Argentina,² el derecho argentino tampoco menciona un derecho material aplicable. Si en virtud del Convenio 169 de la OIT –incorporado con rango de ley mediante la Ley 24.071 de 1992, ratificado a través de depósito ante la OIT en el año 2000, y con vigencia plena desde el 3 de julio de 2001, el Estado argentino reconociera jurisdicción propia a sus comunidades indígenas, salvo regulación específica nacional, el derecho material aplicable se regiría también por dicho convenio internacional, al igual que la aplicación e interpretación del derecho estatal cuando participen indígenas en un procedimiento.

² Véase más arriba en el resumen de los marcos normativos sobre aspectos formales, p. 54 (en la sección “Normas sobre los elementos formales”).

Elemententokuéra oñemopyrendámava proceso oñemboguatávo hekópe tetã leikuéra he'iháicha

Rosember Ariza, Christian Steiner y Guillermo Padilla

Jahecháma haguéicha, oĩ tetã omohendámava leikuérape ojehechakuaaha umi ppykuéra retã oiporúvo jurisdicción; katu upéichante avei, oñehenduka avei umi tembiapoukapy oiporukuaáva umi mburuvicha omboguatava'erãva joikovaikue. Noñemohendáiramo upéicha ko'ã mba'e, tuicha pojoapy hína Ñoñe'eme'ẽ 169 (OIT 1989) omboajéma guive umi tetã. Tuicha háicha jahechakuaa mburuvichakuéra oiporuva'erãha umi ipojoapy tee, katu omomba'eva'erã Estado derecho, ko'ýte vyypóra derecho. Estado rekojoja katu oiporúvo jurisdicción umi vyypykuéra ndive, omboguata ha oikũmyva'erã estado rekojoja arandupyeta kuápe.

ARGENTINA

Noñemohendai rupi peteĩ jurisdicción ppykuéra retãme ġuarã Argentina-pe, ² ko tetãmegua derecho noñe'ei derecho material ojeporukuaáva rehe. Oiméramo ojajapóta upe OIT Ñoñe'eme'ẽ 169 rupive ojejapyhyva'ekue léiramo upe Léi 24.071, 1992-me, ha oñemoañetejyva'ekue oñembohasávo OIT-pe upe 2000, ha oñembovalepaitéva 3 jasypokõi 2001 guive. Argentina Estado ohechakuaa ppykuéra retãme jurisdicción tee oguerekóva; noiméiramo oñeguenohẽ peteĩ léi pevarãite, derecho material oñemboguatáva ko tetãme oñemoañetéta avei convenio opavave tetãgua rupive, ojeporu ha ojejapyhy háicha avei estado derecho péicha ku oikejavave iñemboguatápe umi ppykuéra.

² Tojehecha yvateve oñemombykypyre umi léi omohendáva mba'éicha-pa oñemboguatava'erã, t. 54 ("Normas sobre los elementos formales" he'ihápe).

BOLIVIA

El artículo 190 párrafo 1 de la Constitución boliviana determina que las jurisdicciones indígenas “aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”. Según al párrafo 2, el ejercicio de la jurisdicción indígena respetará “el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”. La Ley de Deslinde, en sus artículos 5 y 6, establece unos requisitos específicos respecto de los derechos de las mujeres y la aplicación de determinadas penas:

Artículo 5. Todas las jurisdicciones respetan y garantizan el ejercicio de los derechos de las mujeres, su participación, decisión, presencia y permanencia, tanto en el acceso igualitario y justo a los cargos como en el control, decisión y participación en la administración de justicia.

Las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina no sancionarán 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.

Todas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema.

El linchamiento es una violación a los Derechos Humanos, no está permitido en ninguna jurisdicción y debe ser prevenido y sancionado por el Estado Plurinacional.

Artículo 6. En estricta aplicación de la Constitución Política del Estado, está terminantemente prohibida la pena de muerte bajo proceso penal en la justicia ordinaria por el delito de asesinato a quien la imponga, la consienta o la ejecute.

Como limitación más abstracta, la Ley de Deslinde, en su artículo 4, principio (a), recoge la idea constitucional de la libre determinación de los pueblos indígenas originario campesinos en el marco de la unidad del Estado (art. 2 CP), sujetando la aplicación de la ley, es decir, el ejercicio de la jurisdicción indígena, al respeto a la unidad e integridad del Estado Plurinacional. Sigue el principio (a), el cual establece que el “ejercicio de las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas, en el marco del pluralismo jurídico, tiene la finalidad de preservar la unidad y la integridad territorial del Estado Plurinacional”.

BOLIVIA

Bolivia Léi Guasu, artículo 190 haipyvo 1-me oikuaauka ppykuéra jurisdicción “ombovaléta ipyenda tee, iñarandupy oguerosyrýryva, ijapoukapy ha omboguatáta ha’ekuéra ojapohaichavoi”. Hai-py 2 he’iháicha, ojeporúvo ppykuéra jurisdicción oñemombá’éta “derecho ojeikovévo, derecho oñeñedefendévo ha ambueve de-recho ha tekome’ë oñemohendáva ko Léi Guasúpe”. Léi Deslinde rehegua, artículo 5 ha 6-me omohenda umi ojejeapova’erã katue-te kuña derecho oñemboajévo ha oñeme’ëvo pena:

Artículo 5. Opaite jurisdicción omomba’e ha omboaje kuña oiporúvo iderécho, oipartisipa, oiporavo, katui oikévo pete’icha kuimba’e ndive ha hekópe umi cargo-pe, taha’e ojesareko, oiporavo ha opartispávo tekojoja ñemboguatápe.

Umi mburuvicha ppykue chokokue jurisdicción motenondeha ndaikatúi oipe’a ijyvy mavavéguí castigo-ramo, térã katu omosë umi tamói ha jarýi ýramo tapicha oguerékóva discapacidad-pe nomboguatái haguére hembiaporã tee hekohápe, umi cargo, viru ñemoi ha tembiapo maymave upe omboguatava’eráva hekohápe.

Opaite jurisdicción oñemboajéva Léi Guasu rupive ombotove ha osansiona opaichagua mbareteporu mitãkuña’i, mitã’i, mitãrusu ha kuña ndive. Ko’ã mba’e ojuhúramo ndaikatúi oñemoingoporãsejey ohasáva ha mba’evai apoharépe.

Ojepoko mávapa rehe juicio’ýre niko opyrú yvypóra derecho rehe, mamove ndaikatúi ojejapo ha Estado Hetãhetáva ohapejokova’erã.

Artículo 6. Oñemboguatávo ko Estado Léi Guasu, mba’ëveichavéramo nda’ijái pena de muerte, proceso penal kuápe tekojoja ñemboguatápe, taha’e máva ojapouka, omonei ha ojapóvape.

Oñembopyka’i ha oñemyesakã porã’ýre, upe Léi Deslinde rehegua, artículo 4, tekopyrã (a)-pe ombyaty Léi Guasu rykue oñe’ëhápe ppykuéra chokokue ijeheguikuaaha, Estado ñembojoaju pete’ime (art. 2 CP), ha ombojeko upe léi ñemboguata, upéva he’ise, ppykuéra oiporúvo jurisdicción oguerékóva oñemomba’eva’erãha upe Estado Hetãhetáva joaju. He’ive ohóvo (a), ha omohenda upe “ojeporúvo upe jurisdicción ojehechakuaáva Léi Guasúpe, opavavépe guarã léi kuápe, opáichavo ojehekava’erã Estado Hetãhetáva joaju ha rekokatu”.

Es cuestionable si el ejercicio de la libre determinación, entre otros aspectos, a través de la jurisdicción propia, dentro de los límites de la unidad del Estado, como exige la Constitución, realmente equivale a tener la finalidad de preservar la unidad, como explicita la Ley de Deslinde.

Sobre todo, para contextos interculturales, el artículo 4 exige que las jurisdicciones deberán respetar la diversidad cultural (principio c) y realizar interpretaciones interculturales en el momento de administrar e impartir justicia (principio d). Recuerda que las diferentes jurisdicciones son complementarias e independientes una de otra (principios f y g), y que deberán respetar la equidad e igualdad de género (principio h) y garantizar igualdad de oportunidades para grupos vulnerables en el acceso a los derechos sociales, económicos, civiles y políticos (principio i).

BRASIL

Como la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 no aborda asuntos de autodeterminación y autonomía, ni de la administración propia de justicia por parte de los pueblos indígenas, tampoco se pronuncia sobre un posible derecho material por lo que se aplicará lo regulado en el Convenio 169 de la OIT.



Ikatu ojekaguai upe ypykue retã ñemongu'e ijehegui, upe jurisdicción tee rupive, ha avei Estado joaju guasu rupive oñemohenda háicha Léi Guasúpe, añetehápe oñangarekose upe joaju rehe, omyesakã háicha Léi Deslinde rehegua.

Umi tenda arandupy hetahápe, ko'ýte, artículo 4 ojopy umi jurisdicción omboajévo arandupy heta ojejuhúva (pyenda c), tove tojerereko tesa renondepe umi arandupy oñemboguatávo tekojoja (pyenda d). Oporomomandu'a opaite jurisdicción oñemoirũ ha ojoykekoha (pyenda f ha g), ha omoañeteva'erã joja kuña ha kuimba'e ndive (pyenda h) ha omboaje juruja peteïcha umi tapicha aty ikangyévape, jahechápa ohupyty hikuái iderécho ojoapytepekuéra, economía, tetãyguá háicha ha político (pyenda i).

BRASIL

Brasil República Federativa Léi Guasu 1988-pe guare noñe'ei rehe tetãma ojeheguikuaa ha hekosãsoha, ni umi ypykue retã ikatuha omboguata tekojoja ijehegui, ha avei noñe'ei ikatuha ojeporu derecho material, ha upéicha rupi ojeporukuaa omohendáva upe OIT Ñoñe'eme'ẽ 169.



COLOMBIA

El artículo 246 de la Constitución Política determina que el ejercicio de las jurisdicciones por las autoridades indígenas se hará “de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República”. Ante la ausencia de una legislación reglamentaria que prevé este artículo constitucional, toma relevancia el Decreto 1953 de 7 octubre 2014 sobre la jurisdicción indígena, que en su artículo 10 explicita unos principios generales:

- a. Autonomía y libre autodeterminación. Es el ejercicio de la ley de origen, derecho mayor o derecho propio de los Pueblos indígenas, que con fundamento en sus cosmovisiones les permite determinar sus propias instituciones y autoridades de gobierno, ejercer funciones jurisdiccionales, culturales, políticas y administrativas dentro de su ámbito territorial, el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus territorios y vivenciar sus planes de vida, dentro del marco de la Constitución Política y de la ley.
- b. Identidad cultural. Es el reconocimiento de la cosmovisión de cada uno de los Pueblos Indígenas, como fundamento para comprender el orden de la naturaleza y establecer las formas de convivencia en ella.
- c. Reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. Es aceptar, respetar y fortalecer la existencia de diversas formas de vida y sistemas de comprensión del mundo, de valores, diversidad lingüística, formas de comunicación propias, creencias, actitudes y conocimientos.
- d. Territorialidad. Es la fuente desde donde se explica y comprende la integralidad de la vida de los diversos seres de la naturaleza, donde la tierra es la madre, la maestra, el espacio donde se vivencia la ley de origen, y está integrada por seres, espíritus y energías que permiten el orden y hacen posible la vida, de conformidad con las tradiciones culturales propias de cada pueblo.
- e. Unidad. Es el encuentro de pensamientos, la palabra, la acción, saberes ancestrales y experiencias comunitarias, que constituyen la legitimidad de las decisiones colectivas de los pueblos en todos los espacios autónomos de deliberación. Esto los constituye en sujeto colectivo de derechos fundamentales.
- f. Integralidad. Es la relación de armonía y equilibrio constante entre todos los seres de la naturaleza y procesos de los pueblos indígenas que garantiza el desarrollo de los planes de vida y en ellos, los sistemas propios y el ejercicio de las funciones públicas, de acuerdo a las cosmovisiones de los diferentes pueblos.

COLOMBIA

Léi Guasu artículo 246 omohenda ypykuéra ruvicha oiporúvo jurisdicción ojejapotaha “hembiapoukapy ojapohaichavoi hikuái, noiméima guive ndojokypyty’yi Léi Guasu ha opa léi ko Tetãmegua ndive. Ko Léi Guasu artículo noñhakã’i’oi rupi niko opyta Decrero 1953 upe 7 jasypa 2014-pe guare oñe’ëva ypykuéra jurisdicción rehe, ha artículo 10 omohendáva umi pyenda tuichavéva:

a. Tekosãso ha ñembojeheguikuaa. Kovahína léi ypy jeporu, ypykuéra retã derecho tuichavéva ha derecho tee, oiporúvo hikuái hi’arapy recha oipytyvõ ha’ëkueraite voi omoheñoivo hemimoĩmby tee ha mburuvicha oisãmbyhyva’eráva ichupekuéra, omotenonde hetã opa hendáicha, taha’e iñarandupy, política ha administrativo upe hekoha’pe; tove toguereko upe hekoha imba’ekuéra teéva, toikove hikuái ha’ëkuéra omohenda háicha, Léi Guasu ha leikuéra kuápe.

ã. Teko tee. Ojehechakuaa peteĩteĩ umi ypykuéra retã arapy recha, ha umíva ári toikũmby iñarandupy guive opa mba’e ojeréva hese ha toikove avei umíva ndive.

ch. Etnia ha arandupy heta jehechakuaa. Kóva rupive, oñemoneĩ, oñemomba’e ha oñemombaretese opaiteichagua tekove ha arandu jehecha maymáva, upéichanate avei umi mba’e porã, ñe’ëheta, oñeñomongeta háicha oñondive, jeroviapy, mba’ean-du ha tembikuaa maymáva.

e. Tekoha tee. Kovahína arapy oñemyesakã ha ojekuaapyhyhápe opaite yvy ñemoĩngue oikove ha ojekopaha ojuehekuéra, yvy ha’ehápe sy tee, mbo’ehára, tenda oñeñanduhápe opa mba’e heñoi’ekue, ha ojoajupahápe opaite tekove, ánga, tatarapo omohendáva opa mba’e ha ombokatúva tekove, opaite tetãma reko yma ymave guare rekópe.

ë. Joajukatu. Kovahína jepy’amongeta, ñe’ë tembiapo, arandupy yma ha tembiasakue tekohapegua ñovaitĩ, omoañetéva opa mba’e oñoñe’ëme atyháicha oñemboguatáva oñemboajévo, opa tenda tekosã’yme ojeiguyruhápe ko’ë pyahurã. Kóva omboderecho añetete upe tapicha atýpe.

g. Tekokatú. Kóva reheae opaite tekove ojejuhúva ko arapýpe oikove katui oñondive jokupyty ha hekópe, ha avei ypykuéra retã jeikove omoañetévo tekove ñemboheko jeroguata ijappytepekuéra, tahe’a umi pojoapy ha’ëkuéra omoheñoi ha omboguatáva, opavave heta arapyrecha guive.

- g. Universalidad. Todos los indígenas de Colombia tienen acceso al ejercicio de los derechos que se garantizan mediante los sistemas y demás funciones públicas de que trata el presente Decreto. En este sentido el Estado dispondrá los recursos para la cobertura de toda la población indígena del país, de manera gradual y progresiva.
- h. Coordinación. La administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas regulados en este Decreto y el cumplimiento de las consecuentes funciones públicas propias se hará de manera coordinada, concurrente y subsidiaria.
- i. Interpretación cultural. Cuando surja alguna duda sobre la interpretación de los términos utilizados en el presente Decreto, su alcance, objeto, o efectos, se acudirá a las disposiciones constitucionales pertinentes, al pensamiento, lenguaje, ley de origen, derecho propio y derecho mayor de los diferentes pueblos.

La Corte Constitucional de Colombia ha establecido el alcance y las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que se reconoce a las autoridades indígenas en los artículos 246 y 330 de la Constitución. Estas normas establecen en cabeza de las autoridades indígenas, como guardianas y representantes de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres, derecho propio o ley de origen, así como el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y los derechos fundamentales.

Dado el grado de indeterminación de los derechos correlativos a la autonomía jurídica y política reconocida a los pueblos indígenas, la Corte Constitucional colombiana ha sido la llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos en función del grado de autonomía, llevando a cabo una ponderación entre las necesidades de autonomía cultural, por un lado, y principios constitucionales de gran peso, por el otro.

Las sentencias de tutela de la Corte Constitucional T-254 de 1994, T-349 y T-496 de 1996, y T-523 de 1997 reconocieron las facultades de las autoridades indígenas, la vigencia de los sistemas normativos y procedimentales propios de la tradición cultural de cada pueblo indígena y la potestad de sus autoridades para asumir la competencia en la resolución de todo tipo de problemas relacionados con su propia población (Corte Constitucional de Colombia 1994a, 1996b, 1996c, 1997b).

En la Sentencia SU-510 de 1998 (Corte Constitucional de Colombia 1998) la Corte se pronunció a favor de las autoridades indígenas frente a un conflicto con la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia. Asimismo, en la Sentencia T-342 de 1994, la Corte Constitucional otorgó el amparo del derecho fundamental a la existencia de la comunidad Nukak Maku amenazada por las prácticas de una comunidad evangelizadora denominada Nuevas Tribus de Colombia, que invadía de forma progresiva su territorio (Corte Constitucional de Colombia 1994b). La Corte consideró que la irrupción de los forasteros ponía en riesgo la cohesión que sirve de base para la estructura social de la comunidad (Reinoso 2009).

g̃. Maymavépe g̃uarā. Mayma ypykuéra Colombia pegua oiporukuaa derecho oñemoañetéva umi sistema ha Estado rembiaporā oñe'êha ko Decreto. Upéva kuápe, Estado oguerekova'erā pojoapy tekotevéva jahechápa ojhupytypaite opaite ypykuérape ko tetáme, tove ko'ereire toñemoañeteve ichupkuéra.

h. Joajúpe. Ypykuéra retā sistema tee ñemboguata oñemohendáva ko Decreto-pe ha oñemboaje haḡua iñemboguata Estado pojoapy maymáva guive, oñemboguatava joajúpe, oñondive ha ñepytyvõme.

i. Arapupy oñeikũmby háicha. Péicha ku noñeikũmbypáiramo umi ñe'ê ojeporúva kóva ko Decreto-pe, moõ mevépa ojepyso, mba'épa oheka térã mba'épa ohupyse, ojejepovyvýtá Léi Guasúpe; upéicha avei opaite ypykue retā jepy'amongeta, ñe'ê, léi tee, derecho imba'ekuéravape hamba'e.

Colombia Corte Constitucional ombohendava'ekue moõ mevépa ojepyso jurisdicción ha tekuái ohechakuaáva ypykuéra mburivichakuérape, upe Léi Guasu artículo 246 ha 330-pe. Ko'ã tembiapoukapy omohenda ypykuéra mburuvichakuéra akãramo, umi tetã rerekua ha rembijokuái oñangarekova'eráva iñarandpykuéra rehe, peteĩ derecho noñemohendaihápa mba'e mba'épa omanda, katu oñemboguatátava imba'eporu ha ijepokuaa ári, derecho tee térã ypykuáva; upéichante avei omohenda ambueve tembiapopy, noñehakã'i'óiva avei, katu oñemboguatava'eráva léi guasu ha umi derecho tuichavéva rehe.

Noñehakã'i'opái rupi umi derecho ombohekóva ypykuéra retā sāsóme jeikove, Colombia Corte Constitucional opyta omohembe'ývo tekotevẽháicha umi derecho, tekosãso'ỹ rekópe; upevarã ohesa'yjo ha omombyteva'erã tekotevẽ arandupy rekosãso, peteĩ henda guivo, ha Léi Guasu omandáva, ambue guivo.

Corte Constitucional sentencia de tutela T-254, 1994-pe guare, T-349 ha T-496, 1996-me guare, ha T-523, 1997-me guare, ohechakuaa ypykuéra ruvicha rembiaporā tee ha umi rembiapoukapy ha iñemboguata tee peteĩteiva umi tetã mba'éva, hekokuéra kuápe, ha upéichante avei pokatu oguerekóva huvichakuéra omboguatáva hembaporā tee opa apañuái ojhukuaávape hetãyguakuéra apytépe (Colombia Corte Constitucional 1994a, 1996b, 1996c, 1997b).

Upe sentencia SU-510, 1998-pe guare (Colombia Corte Constitucional 1998-pe guare) Corte oñehenduka ypykuéra ruvicha ykére ñokarái oguereko-va'ekue hikuái Iglesia Pentecostal Unida Colombia pegua ndive. Upéichante avei upe Sentencia T-342, 1994-pe guare rupive, Corte Constitucional omboaje upe amparo derecho upe tekoha Nukak Maku oikovévo, ogueroikéramo guare ichupekuéra tupã Nuevas Tribus Colombia pegua, oikéva oúvo mbaretépe hekohapekuéra (Colombia Corte Constitucional 1994b). Corte oikuaauka pytaygua ojasurúvo upe tekohápe omoingekuaaha tesaparéé umi tapicha joaju, ha'éva hekohakuéra yta tee (Reinoso 2009).

La Corte Constitucional, en la Sentencia T-349 de 1996, reiteró la importancia de respetar la autonomía de las comunidades indígenas, pero también que esta jurisdicción garantice al involucrado o implicado el debido proceso, de manera que comprenda que pueda hacer uso de su derecho a la defensa (Corte Constitucional de Colombia 1996b). En la Sentencia T-523 de 1997 consideró importante que se abstuviera de aplicar sanciones que pudieran obedecer a tratos indignos o degradantes. Con la aclaración de que la Corte no considera tortura los castigos con fuste, si este causa un daño corporal mínimo (Corte Constitucional de Colombia 1997b).

En las sentencias T-214 de 1997 y T-370 de 2002, la Corte consideró que los miembros de las comunidades indígenas que han sido juzgados y condenados por la jurisdicción ordinaria tienen derecho a ser reclusos en establecimientos carcelarios especiales a fin de salvaguardar su identidad cultural (Corte Constitucional de Colombia 2002, 1997a).

En la Sentencia T-002 de 2012, la Corte conoció y rechazó dos casos en los que el Consejo Superior de la Judicatura había negado la competencia de la jurisdicción especial indígena para conocer de delitos sexuales cometidos contra niñas y niños. La sentencia reiteró que la protección del interés superior del menor indígena no puede hacerse de espaldas al valor de la diversidad, puesto que es necesario entender que el niño/la niña es gestor de una cultura propia (Corte Constitucional de Colombia 2012).

En la Sentencia T-921 de 2013, la Corte conoció una acción de tutela interpuesta por un comunero de un resguardo indígena quien se encontraba detenido y procesado por la jurisdicción ordinaria por sostener relaciones sexuales con una joven indígena de trece años, pese a que la comunidad indígena había reclamado competencia para tramitar el asunto. El Consejo Superior de la Judicatura decidió el conflicto positivo de competencias a favor de la jurisdicción ordinaria. Por su parte, la Corte Constitucional decidió tutelar los derechos fundamentales del accionante, por lo cual dejó sin efectos la providencia del Consejo Superior de la Judicatura que decidió el conflicto positivo de jurisdicciones y ordenó remitir el caso y entregar al acusado a las autoridades indígenas (Corte Constitucional de Colombia 2013b).

En la Sentencia T-266 de 1999, la corporación conoció el caso de un comunero indígena arhuaco, a quien se le acusó de haber asesinado a su cónyuge, también perteneciente a dicha comunidad, el cual ya había sido juzgado a nivel comunitario, aplicando para ello el principio del *ne bis in idem* (Corte Constitucional de Colombia 1999).

Upe Sentencia T-349, 1996-me guarépe, Corte Constitucional he'ijey te-kotevêha oñemomba'e ypykuéra retã rekosãso, katu avei ko jurisdicción omoañete umi oikéva ko ñokarãime proceso oñemboguatávo hekópe, jahechápa hesakã ikatuha oiporu derecho oguerekóva oñepysyrôvo (Colombia Corte Constitucional 1996b). Sentencia T-523, 1997-me guarépe, oikuaauka ani hağua oñeguenohê sanción ikatútava ojeporu oñeñembosarái hağua tapichakuéra rehe. Omyesakã avei Corte ndohechaiha tortura ramo ñembyepoti tukumbópe, kóva oporohete mbyaimíramo jepe (Colombia Corte Constitucional 1997b-me guare).

Umi sentencia T-214, 1997 ha T-370, 2002-me guarépe, Corte ojepy'amongeta umi tapicha ypykuéva ojegueroikeva'ekue juicio-pe ha oñemboka'irãiva jurisdicción ordinaria-pe iderechoha ojeguerahávo ka'irãi ichupekuéra ġuarãvape, jahechápa oñeñangareko hekokuéra tee rehe (Colombia Corte Constitucional, 2002, 1997^a me guare).

Upe Sentencia T-002, 2012-me guarépe, Corte ohesa'ỹjo ha ombotove mokõi káso Judicatura Corte Suprema pegua onega haguépe ypykuéra jurisdicción pokatúpe ombohapévo delito sexual ohasáva mitãkuña'í ha mitã'í rehe. Upe sentencia ombojo'a mitã ypykuéva rehe ñeñangareko ndaikatuiha oñemoañete hekokuera'ỹre, tekotevê rehe oñeikũmby umi mitã'í ha mitãkuña'í oguerojeraha arandupy tee (Colombia Corte Costitucional 2012-me guare).

Sentencia T-921, 2013-pe guare rupive, Corte ohesa'ỹjo tutela omboguata-va'ekue peteĩ comunero oñangarekóvo ypykuéra oñemonambiva'ekue rehe, ha oikéva proceso-pe tekojoja Estado pepeguápe, oporeno rehe mitãkuña paapy ary oguerekóva ndive, jepevéramo ypykuéra rekojoja ojerure ha'ete omboguatávo upe káso. Judicatura Consejo Superior omanda upe káso oñemboguatávo jurisdicción ordinaria-pe. Corte Constitucional katu omanda oñangarekoukávo upe tapicha omboguatáva upe káso derecho, ha upéicha rupive ohejauka upe Judicatura Consejo Superior kuationa ojapyhyva'ekue conflicto positivo de jurisdicción, ha omanda ojeguerahukávo upe kaso ha ojeheja upe mba'evai apohare ypykuéra mburuvicha pópe (Colombia Corte Constitucional 2013b me guare).

Upe Sentencia T-266, 1996-me guarépe, ko mburuvicha aty ohesa'ỹjo comunero ypykue arhuaco-gua káso, oje'akusava'ekuépe ojuka hague hambirekópe, avei upéva pe tekohayguáva; upe tapicha ohasámakuri juicio hekohápe, ha ojeporu upevarã tekopyrã *ne bis in idem* (Colombia Corte Constitucional, 1999-pe guare).

De otro lado, en la Sentencia T-866 de 2013 la Corte decidió a favor una acción de tutela interpuesta por el gobernador de un cabildo indígena de Bosa quien, actuando como agente oficioso de un comunero, interpuso acción de tutela contra un juzgado de ejecución de penas y medidas de seguridad de Fusagasugá, toda vez que consideró que se estaban vulnerando los derechos al debido proceso, diversidad étnica y cultural, a la igualdad y al *ne bis in idem* (Corte Constitucional de Colombia 2013a).

En las sentencias T-617 de 2010, T-002 de 2012 y T-921 de 2013, la corporación determinó la competencia de las autoridades indígenas para tramitar procesos judiciales, frente a conflictos de jurisdicciones entre las autoridades indígenas y la justicia formal estatal. En dichas sentencias la Corte define, a partir del criterio objetivo que refiere al estatus del sujeto y del bien jurídico afectado, las bases teóricas de la jurisdicción especial y concluye: 1) de acuerdo con el principio de razonabilidad el procedimiento no concluirá con impunidad, 2) siempre que el derecho propio establezca medidas de protección para la víctima (Corte Constitucional de Colombia 2010, 2012, 2013b).

En la Sentencia SU-510 de 1998 dice la Corte:

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 CP), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución, integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación. (Corte Constitucional de Colombia 1998)

En esta misma sentencia, la Corte establece que la consagración del principio de diversidad étnica y cultural, del cual se derivan los derechos fundamentales mencionados (derechos específicos y diferenciados en función del grupo), se encuentra en una relación de tensión con el sistema de derechos fundamentales consagrado en la Constitución, toda vez que mientras el primero persigue la protección y aceptación de cosmovisiones y parámetros valorativos diversos e, incluso, contrarios a los postulados de una ética universal de mínimos, el segundo se funda en normas transculturales y universales que permitirían la convivencia pacífica entre las naciones.

Ambue henda guivo, Sentencia T-866, 2013-pe guare rupive, Corte ombuaje peteĩ tutela omboguatava ypykue cabildo Bosa pegua gobernador, upe comunero káso mboguataháramo ojerure tutela peteĩ juzgado de ejecución de penas kóntrape ha ijerure avei seguridad Fusagasugá, ojehecháma guive oñepyrúhahína proceso ñemboguata heképe, ñempeteĩcha ha *ne bis in idem* rehe (Colombia Corte Constitucional, 2013^a -pe guare).

Sentencia T-617, 2010-pe guare, T-002, 2012-me guare ha T-921, 2013-pe guarépe, umi mburuvicha oheja ypykuéra mburuvicha pópe ombohapévo tekojoja, ndojekuaa poráiramo guare máva pópe opytáta upe tembipo, ypykuéra mbuvicha térã estado tekojoja pópe. Umi sentencia-pe Corte omyesakã ohe-sa'ỹjo porã rire mávapa ha mba'etérepa ojepoko léi kuápe, omopyenda kuatia ári upe jurisdicción, ha omboty: 1) upe principio de razonabilidad ojererekóramo tesa renondépe, ndaikatúi mba'ëve opytávo opareípe, 2) ikatúma guive upe léi tee omohenda mba'éichapa oñemo'áva'erã upe víctima-pe (Colombia Corte Constitucional 2010, 2012, 2013b).

Upe senencia SU-510, 1998-pe guarépe Corte:

Derecho opartisipávo oguerékova ypykuéra rekoha derecho tuichávaramo (art. 40-2 CP) ojeykekojey upe Ñoñe'eme'ẽ 169-pe, oñemboajeva'ekue Léi 21, 1991 guare rupive, ojeguenuhẽva'ekue oñemboaje rekávo ypykuéra retã hekohávo ha oñangareko rekávo hikuái iñarandupy, ijeikove oñondive ha economía rehe, jahechápa umíva ha'ekuéra oikovekuaa ko'áña ha opaite ára yvypóra aty háicha. Péicha, upe Ñoñe'eme'ẽ, oikéva Léi leikuára kuápe omanda háicha Guasu art. 93 ha art. 94, ojegueroike ambue léi ko tetãmegua apytýpe, ikatu hañuáicha ypykuéra retã opartisipa hekópe. (Colombia Corte Constitucional 1998)

Kóva ko sentencia-pe avei Corte omboguapy etnia heta ha arandupyheta, osẽhãgui umi derecho kakuaite oñe'ẽ hague (derecho tee ha oñemoambuepyréva aty oikotevẽ háicha), oñokarãimimiha un derecho guasu omohendáva Léi Guasu ndive; péicha oiko umi peteĩhapegua omo'ã ha omoneĩ arandupy jehecha ha umi mba'éichapa ojehecha, ikatuvevoĩkatu opu'áva tembicha yvy ape arigua ndive, ha umi mokõihapegua katu oñemopyenda tembipoukapy heta arandupypegua ndive ha ojeporu yvy ape ári, ikatútava omboha-pe opaite tetã oikovekuaávo oñondive.

Sin embargo, esta tensión valorativa no exime al Estado de su deber de preservar la convivencia pacífica (art. 2º), motivo por el cual está obligado, a un mismo tiempo, a garantizar los derechos de todas las personas en su calidad de ciudadanas y a reconocer las diferencias y necesidades particulares que surgen de la pertenencia de esas personas a grupos culturales específicos. En esta labor de equilibrio, el Estado debe cuidarse de imponer alguna particular concepción del mundo pues, de lo contrario, atentaría contra el principio pluralista (arts. 1º y 2º) y contra la igualdad que debe existir entre todas las culturas (arts. 13 y 70) (Constitución Política de Colombia 1991, Botero 2003).

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reconocido los siguientes derechos diferenciados en función del grupo: 1) el derecho a la vida y a la integridad comunitaria; 2) el derecho de la comunidad a la igualdad, entendida, entre otras cosas, como el derecho al reconocimiento de la diferencia; 3) los derechos políticos de representación y consulta; 4) el derecho a la propiedad colectiva e inajenable sobre el territorio ancestral; 5) el derecho a la autonomía política, económica y social y, particularmente, a la jurisdicción propia (Sánchez 2002).

En síntesis:

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

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia no es uniforme en relación con cuestiones multiculturales. Más bien se encuentran tres interpretaciones de la tensión entre diversidad y unidad cultural que existe en la Constitución: una liberal absoluta, una liberal moderada (garantizar supervivencia cultural de un pueblo indígena) y una relativista (solo un acuerdo intercultural es vinculante) (Bonilla 2006).

Katu ko ñokarāi ojejuháva ndoipe'ái Estado pógui hembiaporā tee ha'e ombohapéva maymave oikovekuaávo ojapytépe (art. 2°); upéicha rupi ha'e omoañeteva'erā opaite tapicha oikovévo tetāyguá háicha ha, upe javeve, ohechakuaa jaovy ha tekotevẽ oséva umi tapicha oikovévo aty iñaradu reheve. Omombytevo jeikove ojoapytépe, Estado oñangarekova'erā ani oipysose arandu jehecha peteíva, péicha oikóramo ha'e opyrũta rehe tekoheve heta rehe (art. 1° ha 2°) ha opaite arandupy peteĩchanteha rehe (art. 13 ha 70) (Colombia Léi Guasu 1991-me guare, Botero 2003).

Corte Cortitucional, oiporúvo ipokatu, ohechakuaava'ekue ko'ã derecho oiporukuaáva umi aty 1) derecho ojeikovévo ha aty háicha ojeikovévo joajúpe; 2) derecho oguerékóva ypykuéra rekoha, ojehechakuaáva ichupekuéra ha'ekuéra iñambueha hamba'e; 3) derecho político oguerékóvo hembijokuái ha oñhendúvo ichupekukéra; 4) yvy ha'ekuéra oikoveha ymaite guive opytávo ipopekuéra ha oiporúvo aty háicha, araka'ëve ojepe'akuaa'ỹre ichuguikuéra; 5) derecho hekosásóvo, taha'e política, economía ha ava'aty háicha, ha, ko'ýte, oguerékóva jurisdicción tee (Sánchez 2002).

Mbykyhápe:

- Jahechápa umi ypykuéra retã ojoajuve ha oñangareko porãve ijehe, ikatu haġuáicha omombarete umi imba'eporu ha ijepokuaa, ojehechakuaave ha'ekuéra hekosásoha.
- Derecho tekotevẽvéva niko hína umi umi michĩveha guivo oñembojeva'erãva ojeikove haġua ojoapytépe ha mba'ëveichavéramo ndaikatúí oñembotove.
- Umi tetã derecho rembiapoukapy de orden público ojejuhu ypykuéra rembiapoukapy ári, oiméma guive omo'áhína Léi Guasu mba'eporã ipohyivéva upe etnia tekoheta ha arandupy ñemombarete. Ndaha'etí katue te oĩ rehe léi ndojokupytyíva umi jepokuaa rehe ko'áva ikatuha ojehechakuaa'ỹ.
- Ypykuéra rembiporu ha rembijepokuaapy opohyive umi derecho tetãmegua norma dispositiva térã secundario-gui.

Katu Colombia Corte Constitucional jurisdicción napeteĩchai tekoheta rehe oñeñe'ëvo. Mbohapy hendáicha ojehecha ojoguerahahápe ojopóre arandupyheta ha arandupy ñemopeteĩ oñemboguapýva Léi Guasúpe: peteĩ liberal teete, ambue liberal kangymi (oñemoañete ypykuéra retã arandupy oikovévo) ha ambue katu relativista (arandueterã oñeñemoĩramo oñoñe'ëme ikatu ojeporu) (Bonilla 2006).

Las primeras dos señalan que los derechos individuales y el marco conceptual liberal en el que están situados deberían ser respetados por todas las culturas que habitan el país. La diferencia entre estas perspectivas es solo de grado. Mientras que la primera no acepta ninguna excepción a la regla de que los valores básicos del liberalismo deben ser reconocidos por todas las culturas, la segunda indica que los derechos individuales pueden ser restringidos si hay evidencia de que este es el único medio disponible para evitar la desaparición de una cultura. Estos dos puntos de vista argumentan que al dar prioridad a las tradiciones morales y políticas de la mayoría se resuelve justamente el conflicto entre la cultura dominante y las minorías. La única diferencia cultural que la Constitución reconoce y acomoda es, entonces, aquella producida por las varias interpretaciones del canon liberal. Como consecuencia, el Estado puede legítimamente invertir sus recursos en la transformación de cualquier tradición que se encuentre fuera de los límites del liberalismo (Bonilla 2006).

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

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

Umi mokōi tenondeguaáva he'i derecho peteĩteĩmeguapaha ha omoĩ marco conceptual liberal ojejuhuhápe omboajeve'eráha opaite arandupy oikovéva upe tetáme. Ko'ã mokōive oikoe ojeuegui pokatúpente. Peteiháva nomoneĩri mba'eveichave oñesévo upe mbojojahágui, opaite arandupy ohechkuaava'eráha upe liberalismo valor; mokōiha katu he'i umi derecho peteĩmeguaápeva oñembopyka'ivekuaa ojehecháramo péicharamo añoitente ikatuha ogehapejoko arandupy oguetévo. Mokōive tembihecha oguerovia oñemotenondévo hetave tapicha reko porã ha política, ikatu ojejapyhara ñokarái ojejuhukuaáva umi hetave ha imbovyvéva arandupy ndive. Aipóramo, peteĩ mba'e añoite ombojoavy Léi Guasu arandupy ñemboguatápe, upéva hína ojehechaháicha ichupe liberalismo resa guive añoite. Upéicha rupi, Estado ikatuete porãnte oiporu pojoapy oguerékóva ipope ikatu hañuáicha omoambue oimeraẽ tradición ojejuhu'ýva liberalismo kuápe (Bonilla 2006)

Mbohapyha ojehechaháicha upe Léi Guasu katu he'i oñemomba'eva'eráha umi tapicha aty imbovyvéva ojejuhúva ko tetáme rekosãso tekojoja ha política ñemboguatápe. Colombia Corte Constitucional he'i ko tekosãso rembe'yhahína umi valor opavave arandueta omoneíva, ha umivahína: tekove (nda'ijái pena de muerte), tapicha rehe ñeñangareko (ndaikatúi ojejapóvo tortura) ha tekosãso (ndaikatúi avavépe ojejuereko tembiguáiramo)

Upe jurisprudencia ha'e oguerékóva kuápe, Corte ogueroikeve proceso ñemboguata hekopete ha oñemboajévo léi renondépe crimen ha pena, ha omopyenda he'ivo péicha omandaha Léi Guasu (art. 246). Ko Léi Guasu oñeikũmby háicha ombojuruvy oñemohenda hañuáicha joajvy ojejúva arandupýpe. Ohechakuaa umi tapicha aty hetavéva valor moral ha político ha upéichante avei tekovêha umi tapicha aty imbovyvéva arandupy oñemohenda pyahu, ojejopy'ýre ichupekuéra ohejávo iñarandupy ha ojapyhy umi hetavéva mba'éva.

ECUADOR

La Constitución Política, en su artículo 171, regula que en el ejercicio de la jurisdicción indígena 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” (Constitución de la República del Ecuador 2008). El artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, del 9 marzo de 2009 resalta que “no se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres” (Ecuador 2009a).

El artículo 344 del Código Orgánico de la Función Judicial es la norma que expone los principios de la justicia intercultural, entre los que figuran, en cuanto relevantes para la determinación del derecho material aplicable y los métodos de interpretación:

- 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.
- 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.

ECUADOR

Ko tetã Léi Guasu, artículo 171-me omohenda moõ mevépa ojepy-sokuaa ppykue jurisprudencia “umi mburuvicha omboguatáva hembiapoukapy tee umi ñokarãi oikóva ijapytepekuérape ġuarã, nopu’ãima guive Léi Guasu ha yvypóra derecho oñemboajéva umi léi opavave tetãme ġuaráva rehe” (Ecuador Retã Léi Guasu 2008). Fundación Judicial Código Orgánico Artículo 343, upe 9 jasyapy 2009-pe guare oikuaauka “ndaikatúi ojeporu derecho tee térã katu umi yma ymave guare derecho oñepoyenda térã ojekastiga haġua kuña derecho rehe oñepyrũramo” (Ecuador 2009^a).

Fundación Judicial Córdigo Orgnánico artículo 344 omyesakã porã arandueta tekojoja pyenda, ha umíva apytépe ojejuhu, oñe-ñe’ëvo umi mba’e tuicháva oñemoneda haġua derecho natural oje-porukuaáva ha mba’ëichapa oñeikũmbyva’erã:

a) Tekojoparaita. Ojererekova’erã tesarenondépe umi derecho teete, jepokuaa ha umi mba’e ojapoháicha oúvo ymaite guive tapichakuéra ha ppykuéra retã, jahechápa péicha tojehechakuaa maymavépe ha toñemoañete upe tekojoparaeta;

ã) Jojareko. Mburuvichakuéra ojapova’erã tekotevêva jahechápa oñeikũmby umi tembipoukapy, iñemboguata ha oguerukuaáva hapykuéri léi renondépe umi proceso oikehápe tapichakuéra ha tapicha aty ppykuérava. Upeicharã, omoĩukava’erã, ambue mba’e oñeikotevêva ndive, ñe’ëasahára, antropólogo ha tapicha ha’evéva ppykuéra derecho-pe.

ch) Ñeikũmby arandueta kuápe. Oiméramo ojereraha tapicha ha tapicha aty avaitéva, omba’apo ha oikuaauka haġua mba’ëpa ojapoukáta, oikũmby haġua umi derecho oikéva ko joavýpe oma’ëva’erã arandueta rehe. Upevarã, oñeñeha’áva’erã ojejapyhy umi mba’e arandupy rehegua ohóva umi tapicha jepokuaa, mba’e ojapóva hikuái yma ymave guive, hembipoukapy, omboguataháicha hikuái iderécho tee, taha’e tetãma, tetã, comuna ha ppykue rekoha, oiporu porã rekávo derecho oñemoañetéva Léi Guasu ha umi tembipoukapy opaite tetãme ġuaráva.

La supremacía constitucional y de los derechos internacionalmente reconocidos, expresada en las normas constitucionales e infraconstitucionales ya descritas, se garantiza por medio del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional.³ La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del 22 octubre de 2009 abre un recurso ante la Corte Constitucional en contra de la decisión de una autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser mujer (art. 65) (Ecuador 2009b). La sentencia de la Corte deberá respetar una serie de principios previstos en el artículo 66:

- Interculturalidad. El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. Para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.
- Pluralismo jurídico. El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y el desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter plurinacional, pluriétnico y pluricultural del Estado.
- Autonomía. Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio. No obstante, el reconocimiento de un máximo de autonomía tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.
- Debido proceso. La observancia de normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.
- Oralidad. En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona. Cuando se la reduzca a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.

³ Véanse, supra, detalles en el resumen de los marcos normativos sobre aspectos formales, en el apartado sobre Venezuela p. 80

Léi Guasu ha umi tembiapoukapy opaiete tetāme ġuarāva ojehechakuaáva, ojekuaaakáva umi tembipoukapy Léi Guasu ha ichugui michĩvévape oñeñe'ema hague, oñembovaleukavéta Corte Constitucional jesareko rupive.³ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional upe 22 jasypa 2009-pe guare omboguata peteĩ recurso Corte Constitucional renondépe peteĩ ypykuéra mburuvicha omboguatava tekojoja kóntrate, opyrũ rehe derecho oñemoañetéva Léi Guasúpe térã oñemboyke rehe peteĩ kuñáme ha'e kuña haguére (art. 65) (Ecuador 2009b). Upe corte rembiapoukapy ojesarekova'erã heta mba'e rehe oñemboguapýva artículo 66-me:

- Arandupyeta. Oñemboguatakuévo katuetei oñehesa'yjova'erã umi oikova'ekue arandupyeta resa guive ha upéicha avei ojehechava'erã umi tembipoukapy ojeporukuaáva, ani haġua oñeikũmby etnocentrismo ha arandupyeteĩ guive año. Upevarã, Corte ombyatypaiteva'erã marandu tekotevéva upe ñokarãingue ypykuéra mburuvicha ombotymava'ekue.
- Léi maymavépe ġuarã. Ecuador Estado ohechakuaa, omo'ã ha omoañete umi pykuéra retã, ha tekoha rembiapoukapy, mba'eporu ha jepokuaa ojoikovévo ha oñemboguatavo oñondive, ojehechakuaa rehe Estado kuape oikeha heta tetã, heta etnia ha heta arandupy.
- Tekosãso. Umi tetã, tetãma ha ypykue rekoha mburuvicha hekosãso kakuaa ha sa'ĩ ojhapejokuaa ichupekuéra omboguata javete tekojoja hekohapekuéra iñarandupy teetekuéra rekópe. Katu upe ñemosãso kakuaa oġuahẽ Léi Guasu ko'aġagua ha umi tembipoukapy opavave tetāme ġuarāva oñe'eva ypykuéra retã derecho rehe, ha avei kóva ko léi he'íva rehe.
- Proceso ñemboguata hekopete. Oñemoañetévo umi tembiapoukapy, tembiporu ha tembijepokuaapy, ha avei oñemboguata háicha ypykuéra retã, retãma ha rekoha derecho tee niko oñemopyenda hína arandueta ñembojokupyty Léi Guasu omoañetéva proceso oñemboguata haġua hekopete.
- Ñe'ẽ ayvu. Oñemboguata aja pukukue prodecimiento, oñe'ẽramo ypykuéra peteĩteĩ, aty háicha térã umi huvicha ojeguerekova'erã ñe'ẽasahára, tekotevéma guive. Upe tembiapo oñemboguatakuaa castellano térã katu upe tapicha retã ñe'ẽ teépe. Oñembojerévo upe ojehaipyre, ojekuativa'erã upe tapicha térã tapicha aty ñe'ẽme, ha oñembojereva'erã castellano-pe.

3 Tojehecha, supra, oñehakã'i'upe aspecto formal rehegua leikuéra, oñeñe'ehápe rehep. 80

- Violación de derechos de las mujeres. Las juezas o los jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

El Ecuador también ratificó el Convenio 169 de la OIT en 1998, cuyas reglas generales, sin embargo, solo tienen una función complementaria ante la normativa especializada nacional, pero importante en cuanto prevén reglas de aplicación e interpretación del derecho estatal a indígenas ante la justicia del Estado.

GUATEMALA

Ante la falta de una regulación constitucional o legal del pluralismo jurídico en Guatemala, se aplicará lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT, en ambos sentidos: las normas que las autoridades indígenas aplican y deben respetar, y en relación con indígenas sometidos a la justicia estatal.

MÉXICO

El artículo 2 de la Constitución Política establece que en el ejercicio de la justicia indígena los pueblos aplican “sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos 1917). A falta de una regulación específica general,⁴ de manera complementaria, sobre todo en lo que respecta a la aplicación e interpretación del derecho estatal a indígenas, se aplicará el Convenio 169 de la OIT.

⁴ Véanse nuevamente, a modo de ejemplo, la Constitución de Chihuahua (arts. 8 ap. 2, num. IV, y 9 ap. 2), la de Quintana Roo (art. 13), la de Chiapas (art. 7 ap. 8), la Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de Baja California (arts. 38 y 39), la Ley de Derechos, Cultura y Organización de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Campeche (art. 56), la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Oaxaca (cap. VI), y la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del Estado de Oaxaca (cap. V).

- Kuña derecho rehe ñepyrũ. Umi hue, taha'e kuña térã kuimba'eva, ndohejaiva'erã ypykuéra omboguata hekojoja tee ojeporúva jepokuaa arandupyeta térã opavavépe ġuarã léi opyrũ haġua yvypóra derecho rehe térã katu kuña jepartispa rehe.

Ecuador avei omboaje OIT Ñoñe'eme'e 169, ary 1998-pe, tuicha háicha omboho'ovéntema ko tetã rembiapoukapy, katu tuicha mba'eva omohenda porã rehe mba'éichapa oñemoañete ha oñeikũmbýta Estado ha ypykuéra derecho Estado tekojoja renondépe.

GUATEMALA

Léti Guasúpe noñemohendái rupi opavavépe ġuarã léi Guatemala-pe, oñembovaléta he'eva OIT Convenio 169, mokõive he'iseháicha: umi tembiapoukapy ypykuéra mburuvicha oiporu ha oiporuva'eráva, ha umi indígena ojegueroikéva tekojoja Estado tekojojápe.

MÉXICO

Léi Guasu artículo 2 omohenda ypykuéra retã omboguatávo tekojoja oiporúta “hembiapoukapykuéra tee jahechápa ojoko ha oñesẽ oikóramo ñokarái ijapytepekuéra, ha upevarã ojesarekova'era Léi Guasu oiguyrúva tapére, oñemoañete maymave tapichápe, yvypóra derecho ha, katuete, kuñanguéra rekokatu ha reko tee” (Estados Unidos de México Léi Guasu 1917). Noñembyasa'i porái rupi umi tembiapoukapy,⁴ ha ojeporúta hendive OIT Ñoñe'eme'e 169, ko'ýte oñemboguata ha oñeikũmby haġua derecho Estado omboguatáva.

⁴ Tojehechajey, techapyrãramo, Chihuahua Léi Guasu (art. 8 ap. 2, num. IV, ha 9 ap. 2), Quintana Roo mba'eva (art. 13), Chiapas mba'eva (art. 7 ap. 8), Estado de Baja California Léi Ypykuéra Léi ha Arandupy rehegua (art. 38 ha 39), Estado de Campeche Léi Tetãma ha Ypykuéra Rekohapy Derecho, Arandupy ha Joaju rehegua (art. 56), Estado Libre y Soberando de Oaxaca Léi Guasu (cap. VI), ha avei Oaxaca Estado Tatãma ha Ypykuéra Rekohapy Derecho rehegua (cap. V).

PANAMÁ

La Constitución panameña no regula el pluralismo jurídico, pero, como vimos más arriba,⁵ se contempla el ejercicio de la justicia indígena en algunas leyes estatales y comarcales. El Código de Procedimiento Penal, Ley 63 de 2008, reconoce la competencia jurisdiccional indígena para conocer las conductas sancionadas “de acuerdo con el Derecho Indígena y la Carta Orgánica. La actuación se efectuará conforme a los procedimientos consuetudinarios comarcales” (art. 48). El artículo 205 añade que los

... pueblos indígenas mantendrán las formas naturales de resolución de sus conflictos, como un medio de administración de justicia local fundado en sus valores, visiones y forma de vida. A las personas, entidades u órganos dedicados a estas actividades se les denomina Autoridades Tradicionales Indígenas a diferencia de las reconocidas por el Estado. (Panamá 2008a)

Antes de la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, llegó al pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, a través de una acción de *habeas corpus*, un caso donde esta reconoció la competencia jurisdiccional del Congreso General Guna.⁶

⁵ Véanse, supra, los detalles en el resumen de los marcos normativos sobre aspectos formales, en el aparte sobre Panamá, p. 74.

⁶ Acción de *habeas corpus* interpuesta por Ricardo Cerez Rodríguez a favor de Rubiano González Méndez (RGM), contra el director general del Sistema Penitenciario Nacional. Ponente: Luis Mario Carrasco. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Panamá, 24 de junio de 2014.

PANAMÁ

Panama Léi Guasu nombohekói Léi maymavépe ġuarã, katu jahecha haguéichama yvate,⁵ oñemboguapy ypykuéra rekojoja jeporu Estado ha Comarca leikuérape. Upe Código de Procedimiento Penal, Léi 63, 2008-pe guare, ohechakuaa umi ypykuéra jurisdicción ohe-sa'ýjóvo jeguata karéngue “Ypykuéra Derecho ha Carta Orgánica. Opáicha oñeñemongu'éta ojejapo háicha ojejúvo ymaite guive umi comarca-pe” (art. 48). Upe artículo 205 katu ombojoapyve

... ypykuéra retã oiporúta upe pojoapy ojeyekko hague oúvo ymaite guive oñesē haġua ñokaráigui, tove péicha tomboguata hikuái tekojoja upepeguáva, oñemopyendáva umi mba'eporã, tembihecha ha hekovekuérape. Umi tapicha tērã temimoĩmby omboguatáva ko'ã mba'épa oñehenói Ypykuéra Mburuvicha Yma, oñembojoavývo umi Estado omboajévagui. (Panamá 2008a)

Ojeporu mboyve upe Código Procesal Penal, *habeas corpus* rupive, oñemoġuahē Panamá Corte Suprema de Justicia renondépe peteĩ káso ha'e ko Estado pojoapy ohechakuaa upéva opytakuaaha Guna Amandaje Guasu pópe.⁶

⁵ Tojehecha, supra, hetave marandu leikueraita oñemombykypyre, ojeju-huhápe upe forma rehegua, oñeñe'ehápe Panamá rehe, p. 74.

⁶ Ko *habeas corpus* ojapókuri Ricardo Cerez Rodríguezm Rubiano González Méndez (RGM)-pe ġuarã, Sistema Penitenciario Nacional moakáhara pavē kóntrape. Oñe'ē: Luis Mario Carrasco. Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Panamá, 24 jasypoteĩ 2014-pe.

PERÚ

De acuerdo con la Constitución Política, las comunidades campesinas y las nativas 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 (art. 149) (Constitución Política de Perú 1993). De acuerdo con el artículo 19, par. 2 del Decreto-Ley 22175 del 9 de mayo de 1978, en “los procesos civiles y penales los Tribunales Comunes o Privativos, según sea el caso, tendrán en cuenta al resolver, las costumbres, tradiciones, creencias y valores socio-culturales de las Comunidades” (Perú 1978). De forma complementaria, sobre todo en lo que respecta también a la aplicación e interpretación del derecho estatal a indígenas, rige lo establecido por el Convenio 169 de la OIT.

VENEZUELA

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 260, no solamente circunscribe el ámbito competencial de la jurisdicción indígena, sino que también aclara que el derecho que se aplicará son las “propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional” (Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999). Al igual que en otros Estados, el Convenio 169 de la OIT cumple un rol complementario al lado de la Constitución Política y la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas.

PERÚ

Léi Guasu he'iháicha, chokokue ha ypykuéra rekoha ikatu oiporu hembiapoukapy hekohapekuéra, oñemboguapy háicha derecho yma ymave guive oiporúva hikuái rekópe, noiméima guive opyrũ yvypóra derecho tuichavéva rehe (art. 149) (Perú Léi Guasu 1993). He'i háicha Decreto-Ley 22175 upe 9 jasypo 1978-pe guare artículo 19, par. 2, umi “umi proceso civil ha penal oñemboguatáva Tribunales Comunes térã Privativos-pe, ojekohína umi káso rehe, oguerekóta hesa renondépe umi tekoha jepokuaa, reko'yma, rembijerovia ha mba'e porã hekokuéra pegua omboty haḡua umi káso” (Perú 1978). Ijyke rehe avei, ko'ýte ojeporu ha oñeikũmbývo Estado derecho umi ypykuéra ndive, oñembovaléta oñemohendáva OIT Ñoñe'eme'ẽ 169-me.

VENEZUELA

República Bolivariana de Velezuela Léi Guasu, artículo 260-pe, nda'iri omohendáva moõ mevépa ojepysokuaa ypykuéra jurisdicción año, avei omyesakã upe derecho oñembovalétava hína umi “tembiapoukapy ha iñemboguaa tee, umíva ojokupytyma guive kóva Léi Guasu, umi léi ha jeikove oñondive rehe. Léi omohendáta mba'éichapa ombojoajúta hembiaipo kóva ko jurisdicción upe tetã rekojoja tuicha háicha ndive” (República Bolivariana de Venezuela Léi Guasu 1999). Ambue Estado peguáicha, OIT Ñoñe'eme'ẽ 169 ojeporu Léi Guasu ha Ley Orgánica de Publos y Comunidades Indígenas yke rehe.

Elementos materiales según el derecho internacional público

Rosembert Ariza

El derecho a revisar para garantizar el acceso a la justicia indígena en el marco de las normas internacionales está regulado por un conjunto de instrumentos internacionales de carácter general, entre los que se hallan: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 9, num. 4) y sus Protocolos Opcionales; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) (art. 2, num. 2); la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (Cedaw) (art. 2, lit. C y art. 15, num. 2); la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) (art. 30 y art. 36, lit. B y D), entre otros. En el plano regional americano, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) (arts. 18 y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José (art. 8).

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

En la práctica, los instrumentos indispensables para el ejercicio jurisdiccional son el Convenio 169 (OIT 1989) y, aunque no vinculante jurídicamente, pero sí políticamente, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas (DNUDPI) (Asamblea General de las Naciones Unidas 2007). El primero contiene una serie de obligaciones para proteger y promover la pluralidad cultural, y el reconocimiento y la protección de sus valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios, y de sus instituciones (arts. 4, 5).

Elementokuéra oñemopyrendámava derécho opaute tetãme gũarãva he'iháicha

Rosembert Ariza

Upe derécho ojehechajeývo ikatu haḡuáicha oñemoañete ojeporúvo ppykuéra rekojoja umi tembiapoukapy opaute tetãme gũarãva niko oñemohendapaute heta pojoapy ojeporúva opaute tetãme tuicha háicha, umíva apytépe ojejuhu: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) (art. 9, papapy 4) ha umi Protocolos Opcionales; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) (art. 2, papapy 2); Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación a la Mujer (Cedaw) (art. 2, lit. C ha art. 15, papapy 2); Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) (art. 30 ha art. 36, lit. B ha D), ha ambueve. Américia rehiõ rehe ñañe'ëramo katu ojejuhu Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) (arts. 18 ha 26) ha Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) térã Pacto de San José (art. 8).

Tekotevẽ oñehesa'ýjo umi pojoapy omboajeva'ekue tetãnguérape, upéi-chante avei umi tribunal opa tetãmeguáva jurisprudencia ha umi tenda oñemboguatahápe tekojoja ojeporúva mayma tetãme, oñemopeteĩ ha oñembokupyty rekávo tembiaporã opa tetãme. Umivarã tekotevẽ oñehesa'ýjo oje-poruvahína umíva umi jurisdicción-pe, ojehechakuaa ha oñemboguata sentencia ppykuéra retã rehegua, jahechápa ojekuaa mba'e mba'e umi pojoapy ha sentencia-pa ojekueroikekuaa ojeporúvo umi tetã ha tendápe.

Umi pojoapy oje-guereko ha tekotevẽvéva ojeporu upe jurisdicción hína upe Ñoñe'ẽme'ẽ 169 (OIT 1989), ha'e, jepevéramo ndoporojopýi léi rupive, ipohýi política guive; upéi katu Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de Pueblos Indígenas (DNUDPI) (Naciones Unidas Amandaje Guasu 2007). Upe tenondeguápe oñemboguapy heta tembiaporã oñemoañeteve'erãva oñemo'ã ha oñemyasãivo arandupy heta, ha ojehechakua ha oñeñangarekóvo mba'eporã ha oñeñemongu'eháicha oñondive, iñarandupy, itupãjerovia ha hi'angapyhy tee ha avei umi hemimoĩmby (art. 4, 5).

Estas obligaciones positivas de protección también repercuten en la aplicación del derecho estatal a integrantes de pueblos indígenas porque una aplicación indiferenciada podría contravenir la obligación de protección y promoción de la diversidad cultural. Esta idea se establece de manera expresa en los artículos 8 y 9 donde se exige que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, se deben respetar sus costumbres o su derecho consuetudinario, procedimientos e instituciones propios para la resolución de conflictos, incluyendo el ámbito penal. Pero, al mismo tiempo, obliga que la justicia indígena sea compatible con el derecho nacional y los derechos humanos. En este sentido, también resalta que el respeto a la justicia indígena no impide a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a los demás ciudadanos.

Ko'ã mba'e ojejapova'erãva jahechápa oñeporomo'ã avei opoko oñembo-
guatávo Estado derecho umi ypykuéra retãygua ndive, ojekuaaha rehe oiméra-
mo noñemoambuéi ojeporúvo ikatuha ohapejoko oñemo'ã ha oñemoherakuã-
vo hekópe arandupy heta. Ko'ã apytu'üroky oñemboguapypaite artículo 8 ha
9-pe, ojeporúvo tetã leikuéra ypykuéra ndive oñemomba'eva'erãha ijepokuaa
térã derecho yma ymave guare, ha'ekuéra oñemongu'e háicha osẽ hağua
ñokaráigui, ha upépe avei oike ámbito penal. Katu, upekuévo ojopy ypykuéra
rekojoja oñemboguatakuaávo derecho umi tetãmegua ha yvypóra derecho ndi-
ve. Upéva kuápe avei oikuaauka oñemoañetévo ypykuéra rekojoja ndojokoiha
hetãyguakuérape oiporúvo umi derecho ojehechakuaáva ambue tetãyguakué-
rape.

Del bloque de constitucionalidad al bloque intercultural jurídico

Rosember Ariza y Christian Steiner

De acuerdo con la figura dogmática del bloque de constitucionalidad, común a gran parte de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, el marco normativo que integra el derecho material aplicable en un determinado país se compone de tratados internacionales de protección de derechos humanos y el respectivo derecho constitucional (Góngora 2014).

En el caso de Colombia, por ejemplo, la Constitución establece que el Estado reconoce los principios del derecho internacional aceptados por el país (art. 9), así como la necesidad de interpretar las normas de derechos humanos “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia” (art. 93) y de no entender las normas de derechos y garantías de la Constitución y los convenios internacionales como “la negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos” (art. 94); la prohibición de negar las reglas del derecho internacional humanitario (DIH) en caso de declararse el estado de excepción (art. 214); la incorporación dentro de la legislación interna colombiana de todos los convenios internacionales del trabajo (de la Organización Internacional del Trabajo) firmados y ratificados por Colombia (art. 53), y el hecho de que los límites previstos por la Constitución de 1991 “solo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la República” (art. 102, núm. 2) (Constitución Política de Colombia 1991).

Respecto de la jurisdicción especial indígena en Colombia, dicho bloque de constitucionalidad se compone principalmente de los artículos 246 y 330 de la Constitución colombiana, los artículos 4, 5, 8-10 del Convenio 169 de la OIT, los artículos 4, 5, 9, 18 y 34 de la DNUDPI, y normas específicas de tratados internacionales de derechos humanos relevantes en un caso concreto.

Semejante estructura normativa gana concreción y precisión con la jurisprudencia que desarrolla el bloque de constitucionalidad. Entre sistemas normativos diferentes pueden darse tensiones y hasta contradicciones, debido a las diferentes fundamentaciones de valores, filosofías, convicciones, tradiciones y experiencias que marcan cualquier sistema jurídico.

Léi aty vorégui arandupyeta léi atýpe

Rosember Ariza y Christian Steiner

Ojehecha háicha ojejúvo dogma ramoguáicha leikuéra aty, ojehe háicha opava-ve nunga tetã leikuéra ñemboguata rekópe Latinoamérica-pe, tembiapoukapy ojerojeráva ryepýpe ojejuhu umi derecho material ojeporukuaáva peteĩ tetãme ha ipypekuéra ojejuhu umi tratado maymave tetãmeguáva oñeñangareko ha-ğua yvypóra derecho rehe ha umi derecho oñemboguapýva Léi Guasúpe (Gón-gora 2014).

Colombia kásope, techapyrãramo, Léi Guasúpe oñemohenda Estado ohe-chakuaaha umi derecho maymaite tetãmeguáva ko tetã omoneíva (art. 9), upéicha avei tekovẽ ojejapyhývo umi tembiapoukapy yvypóra derecho rehe-guáva “oñemohenda háicha umi tratado yvypóra derecho rehegua omboaje-va’ekuépe Colombia” (art. 93) ha ani oñeikũmby tembiapoukapy Léi Guasu ha umi ñoñe’ẽme’ẽ maymave tatãmegue ġuarãva omoañetéva derecho ha garantía “oñembotovetaháramo ambuéva noñemboguapýiva ipypekuéra, katu ohóva yvypóra rehe” (art. 94); ndaikatuiha oñembotovévo derecho internacional hu-manitario (DIH) péicha ko oñeğuahẽramo estado de excepción-pe (art. 214); ojegueruikévo Colombia leikuéra apytépe opaite ñoñe’ẽme’ẽ maymave tetã-meguáva tembiapo rehegua (Organización Internacional del Trabajo mba’éva) oñemboheraguapy ha omboajéva Colombia (art. 53) ha upe Léi Guasu 1991-me guare omohendáva moõ mevépa “oñemoambuekuaataha umi tratado omoneĩ-va’ekue Congreso ha omoneíva’ekue Tetã Ruvichavete rupive añoite” (art. 102, papapy 2) (Colombia Léi Guasu 1991).

Oñeñe’ẽramo Colombia pegua ypykuéra rehegua leikuéra rehe katu umi tembiapoukapy aty apytépe ojejuhukuaa ko tetã Léi Guasu artículo 246 ha 330, OIT Ñoñe’ẽme’ẽ 169 artículo 4, 5, 8-10; DNU DPI artículo 4, 5, 9, 18 ha 34, ha umi tembiapoukapy maymave tetãmeguáva yvypóra derecho rehegua tuicha mba’ekuaáva umi káso ojejúvape.

Péicha avei oñemohenda tembiapoukapy oñembyapu’a ha oñemoañe-tevahína jurisprudencia oñemboguatáva Léi Guasu ári. Umi tembiapoukapy oikoéva ojehegui ndive niko ikatuete ndohói ojehe térã katu opu’ãvoi oñoakãre, iñambue rehe hikuái mba’e porã, filosofía, tembiguerovia, tapykuere ha tembiasakue omoañetéva oimeraẽ léi atýpe.

Cuando diferentes sistemas normativos concurren en el territorio de un mismo Estado, bajo una sola Constitución como norma superior, tales tensiones no desaparecen. Las propias constituciones pueden reflejar dichas tensiones para abarcar la diversidad étnica y cultural, si es que la Constitución se toma en serio la pluralidad. Los principios y las reglas que reconocen y promueven la pluralidad, en la mayoría de los casos, no establecen una clara jerarquía, por lo que corresponde a la práctica política y judicial reconciliar las contradicciones o tensiones en un caso concreto. Dicha reconciliación rara vez deberá optar por la superposición de un derecho o un principio sobre el otro; por el contrario, deberá buscar la maximización de todos los derechos implicados. Encontrar términos adecuados de reconciliación será una tarea casuística y gradual en el tiempo, en la medida en que responde a transformaciones culturales.

El conjunto de normas, interpretaciones, usos y costumbres que versan sobre la reconciliación intercultural del pluralismo jurídico en un determinado contexto, se podría denominar bloque intercultural jurídico (BIJ). El BIJ permite una doble entrada para determinar la competencia de la jurisdicción especial indígena: 1) el autorreconocimiento de los indígenas y 2) la potestad de los pueblos de impartir justicia; con ello se brinda una integralidad básica para no quebrar el ordenamiento: respeto y protección de los derechos colectivos e individuales de los pueblos y las personas indígenas.

El BIJ tiene una razón de ser primordialmente funcional: garantizar el acceso a la justicia, accediendo a la jurisdicción con tranquilidad con el fin de obtener pronta, específica y cumplida justicia. El fundamento se halla en la necesidad de los pueblos indígenas de que ese derecho no sea vulnerado, y de la del sistema de que no paralice el servicio de justicia, por lo que la salvaguardia de la jurisdicción indígena protege el interés general de la estabilidad del sistema jurídico, para no generar incertidumbres que desdibujen los mecanismos institucionales legítimos de administración de justicia.

Hetaichagua tembiapoukapy aty oñemboguatáramo tekoha peteĩ Estado peguápe, peteĩ Léi Guasu, tembiapoukapy kakuaavévaramo ári niko umi joavy ojejuhúva ndopái. Léi Guasúpe voi ojehechakuaa umi joavy, oiméramo añetehápe ipype ojegueroikepáta etnia ha arandupy oĩvéva, añetehápe Léi Guasu oñangarekótaramo tekoheta rehe. Umi pyenda ha tembiapoukapy ohechakuaa ha omohapéva tekoeeta niko, jeyvéramo, nomohendái mávapa tuichave téra michĩve; upéicha rupi, umi joavy ojejuhukuaáva oñembohape oñemboguatakuévo umi tembiapo peteĩteĩ kásope. Oñembojokupytyvo ojehekava'erã ani haña peteĩva oñembopohyive ambuégui; ojeheka uvei va'erã katu mba'éichapa oñemoañetepa opaite derecho. Mbeguekatúpemante ojejuhúta mba'éichapa oñembojokupyty ha oñemboguatáta oñondive hekópe, amáke ojeikovekuaa oñondive ojejúvo.

Umi tembiapoukapy, oñeikũmby háicha, tembiporu ha tembijepokuaapy atýra oñe'eva léi maymavépe guarã arandueta ñembojokupy rehe peteĩ tendápe niko ikatu oñehenói arandupyeta léi aty. Kóva ombojuruja mokõi hendáicha ojechakuaa haña ppykuéra jurisdicción: 1) ha'ekueraité voi tojehechakuaa ppykuéramo ha 2) pokatu oguerekóva hikuái omboguatávo tekojoja, kóicha ojejapóramo oñembopokatupaite ichupekuéra ani haña oñemondoho ijeikovekuéra oñondive: oñemomba'e ha oñeñangareko derecho peteĩteĩ ha atypegua oguerekóva hikuái ha avei umi tapicha ppykuéra.

Upe arandupyeta léi aty oñemoheñoi ombohape rekávo tekojoja: ombokatu ojeporúvo tekojoja, ojeike upe jurisdicción-pe hasy'ýháicha jahechápa oñembopya'e tekojoja jeporu, upéichante avei tojeporu hendápe ha hekópe. Oñemoheñoi umi ppykuéra retã oikotevẽ rehe upe derecho ani ojehapejo ichugui, ha upe sistema katu ani ojoko tekojoja ojehupytyvo; upéicha rupi oñeñangarekóvo ppykuéra jurisdicción rehe oñeñangareko tekojoja oñemboguata porãvo opa hendáicha, ani haña ojejerovia'yve hese ha péicha ombyai opaite temimoĩmby oñemoheñoiva'ekue tekojoja ñemboguatara.

El bloque intercultural jurídico. Protección de los estándares universales mediante un diálogo respetuoso

Juan Carlos Martínez

La configuración del bloque intercultural jurídico (BIJ) presenta especiales retos cuando se confrontan derechos colectivos de los pueblos indígenas con derechos individuales de personas de las propias comunidades o forasteros que, por una razón u otra, prefieren no someterse a la jurisdicción indígena, al menos no en el caso concreto. Vimos que tales casos se dan, por ejemplo, con ocasión de sanciones que el victimario considera demasiado gravosas o la víctima juzga demasiado leves, o en relación con la aceptación de obligaciones tradicionales que representan un elemento importante de integración y sustento para la comunidad, pero una limitación de la libertad para el individuo.

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

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

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

Arandupyeta rehegua léi vore. Arapýpe techapyrãva rehe ñeñangareko oñeñemongeta reheae hekopete

Juan Carlos Martínez

Oñembohetévo upe arandupyeta léi aty niko ogueru heta mba'e pyahu oñembohovakétaramo ypykuéra derecho atyhaichaguáva peteítei yvypóra upe tekohapegua ha pytayga derecho ndive, heta mba'ekuére ndoikeséi ypykuera rekojoja poguýpe, kóva ko kásopente jepe. Jahecha umi káso ojuhve, techapyrãramo, péicha ku mba'evai apohare ohecháramo oñembopohyietereíma upe sanción térã katu umi ohasava'ekue mba'evai ogueroviáramo ivevuiete-reiha; avei ogehukuaa oñemoneítaramo tembiaporã yma ymave guare tuicha mba'etereikuaáva upe tekohápe ojejojúvo hekópe ha ha'e ipyenda porãvo, katu ohapejoko upe tapicha rekovesãso.

Oje'éma haguéicha, ypykuéra oñemonge'ekuaa tekosãsópe omomba'éma guive yvypóra derecho. Ko'ã mba'e ári ojehechakuava'erã yvypóra derecho oñeikũmby ha oñemboguata háicha napeteichaiha opaite ava'aty, aty térã tetãme. Oñemboguata haña oñondive umi ypykuéra apoukapy ha yvypóra derecho oñehesa'yjo ha oñeikũmbyva'erã umi mba'e porã oguerosyriryva yvypóra derecho ha umi derecho omo'áva ypykuéra rembiapoukapy kuápe.

Oñehesa'yjo ha oñeikũmbývo léi resa renonde guive ojehechava'erã upe kásopépa añetehápe oho ojobáre yvypóra derecho ha ypykuéra rembiapoukapy. Oñepyrũkuaa yvypóra derecho rehe upe ypykuéra ruvicha oavusáramo, térã katu oñemongu'évo hembiaipoukapy guive, ha'e opyrũ hína yvypóra derecho pyenda rehe. Ko káso mokõihápe oñeporoñomongeta ha oñembojokupytyva'erã arandueta guive, oñepytyvõ rekávo umi ypykuéra retãme, hekovesãso kuápe, omoambu'évo umi hembiaipoukapy jahechápa ha'ekuéra ogueropojái oñekotevéva hetãyguakuérape oikovévo hekópe, oheja'yre hikuái "teko porã", ha umi mba'e oikotevéva hikuái aty háicha oñemoña ha oipykúivo hape tee.

Opáichavo, tembiguerovia oñemoherakuáva, ojekuaa porã'yre, aipo ypykuéra rembiapoukaty opyrũha yvypóra derecho rehe hamba'e jeyvéramo tembiguerovia oporomboykéva nohesa'yjói rupi léi ipy ha ipukukuévo, ha ojaypyhýnteva ojehuva'ekue ha'ẽnorei, hetave jey ojuhúva Estado ndohechakuái ha ndojapyhýi rehe umi tekoha jeguata.

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

La definición de un catálogo de conductas que atenta contra los valores de una sociedad es propia de cualquier sistema normativo. Su definición es, pues, una lógica expresión de la autonomía, que permite a los pueblos indígenas decidir sus formas de convivencia y organización social y política tal y como se les garantiza en las constituciones y los instrumentos internacionales recientes.

También tienen derecho de aplicar estas normas si se sujetan a los principios de las constituciones nacionales y al respeto de los derechos humanos, entendidos en la forma dialógica que hemos señalado antes, en particular los derechos humanos de las mujeres. Alguien podría suponer que la aplicación de los sistemas normativos indígenas puede contravenir, por ejemplo, el derecho a un debido proceso, al principio de legalidad o al de exacta aplicación de la ley penal, todos ellos derechos humanos reconocidos.

Sin embargo, una interpretación más acuciosa mostrará que al ser el reconocimiento de la pluriculturalidad otro principio de derechos humanos, así como el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, la legalidad que se debe aplicar en estos casos, así como los principios del debido proceso, no son los de la justicia ordinaria, sino los de la emanada de sus propios sistemas normativos que también están reconocidos constitucionalmente. El compromiso del pueblo indígena con el Estado es actualizar tales principios en sus sistemas normativos; en tal sentido, no es la autoridad indígena la que inventa la conducta reprochable en cada caso, sino que aplica lo que previamente se definió en su comunidad a través de sus propias instituciones, tradiciones y procedimientos de formalización de la norma.

Leikuéra ñemboguata ojecháramo peteĩ hendáicha ha henda guivo año niko jeyvéramo omyaña umi Estado rekojoja omboguátavape ohechávo umi ypykuéra ruvichápe kontrário ramo térã katu opyrúvaramo yvypóra derecho, ohecharangue ichupekuéra ijaveguáramo, térã katu máva ojoajukuaáva hese-kuéra omboguátavo léi maymavépe ġuarã ikatukuaáva oipytyvõ oñemopyenda haġua mayma temimoĩmby, ha ojeikóvo ojoapytépe ñokarã'i'yre umi tetã ryepýpe, ko'ýte umi heta etnia ojejuhúhabe. Oje'etaramo ambue hendáicha, umi ypykuéra ruvicha ha mburuvicha estado pegua pópe oĩ oñemombaretévo tetã iñarandupy hetáva, ipyendahápe Estado de derecho oñemboguátava democracia rape rehe, ha, upéva ári, oñemoañetévo peteĩva ipyenda tee: yvypóra derecho, ndaha'éiva Estado pegua mburuvicha mba'e; pevahína kerayvoty omomyíva tetãygua maymávape oikovévo py'aguapy, jokupyty ha akãrapu'áme. Yvypóra derecho hína pokatu oguerékova tetãygua oiporu haġua Estado ndive, ha ndaha'ei kóva pokatu ohapejoko haġua yvypóra vy'apavé.

Opaite sistema normativo-pe niko oñemohenda tekora ikatúva opokovai peteĩ tekoaty mba'e porã rehe. Oñemohenda ha oñemoho'ovo, añetehápe, ohechauka tapicha aty ijeheguikuaaha, ha upéva ombojuruja ypykuéra retáme ha'ekueraité oiporavóvo mba'éichapa oikove oñondive, mba'éichapa oñeorganísata opáichavo, ha avei mba'éichapa oñeorganisa ichupekuéra umi léi guasu ha tembiapoukapy opaite tetáme ġuaráva ipyahuvéva.

Avei iderécho hikuái oiporúvo tembiapoukapy maymáva ojokupytyma guive umi tetã léi guasu pyenda ha yvypóra derecho rehe, oñeikũmby háicha ro'éma haguéicha tenondeve, ko'ye kuñanguéra derecho rehe. Ikatueténte oĩ máva oimo'áva oñemboguátavo ypykuéra rembiapoukapyeta ikatuha oikupyliá, techapyrãramo, proceso ñemboguata hekópe, legalidad rekopyrã térã katu oñemboguátavo hekoitépe umi léi panal, opavavete yvypóra derecho oñemboajéva.

Katu oñehesa'yjo pypukúramo ojehechakuaáta tekoeta ha'éha avei yvypóra derecho pyenda tee, ha'eháicha avei derecho oguerékova ypykuéra retã oikovévo ojehegui sásóme, léi ojeporuva'erãha hekópe ko'ã kásope, upe proceso ñemboguata hekopetéicha, ndaha'eíha umi justicia ordinaria pegua; umíva niko osé umi sistema normativo teégui ojehechakuaáva avei umi léi guasúpe. Ypykuéra retã oñe'eme'eva'erã Estado-pe ombopyahúvo hembiapoukapy maymávape rekopyrã; upeicharã, ndaha'ei ypykuéra mburuvicha ojapóva umi tekora vai opaite kásope; ha'ekuéra niko omboguátantema umi tekora hekoha-pekuéra oñemoneĩmbyréva, hemimoĩmby, heko yma ha ha'ekuéra omoñaete háicha umi tembiapoukapy.

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

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

Esta argumentación no hace una defensa irrestricta de los sistemas normativos indígenas. Como en todo Estado democrático, estos deben respetar determinados valores elevados al rango de derechos humanos por la comunidad internacional. Lo que se cuestiona es el proceso de descalificación *a priori*. El análisis de la normatividad indígena podría conducir a la derogación de normas en el interior de la comunidad de manera que se aseguren los derechos de las mujeres u otros sectores de población discriminados.

Pero, en todos los casos, el proceso que determine los cambios necesarios debe realizarse mediante un diálogo respetuoso que parte del reconocimiento de la libre determinación de los pueblos y la legitimidad de sus autoridades. Respecto a las reglas específicas de garantía en el sistema estatal de justicia, estas deben ser analizadas a la luz de la lógica de los sistemas normativos indígenas y los mínimos que deben respetarse de acuerdo con las exigencias en materia de derechos humanos.

Mención especial merecen los linchamientos que también se observan en regiones indígenas de América. El linchamiento es un acto sin duda condenable, que no necesariamente forma parte de los sistemas normativos indígenas. Con frecuencia, el linchamiento es una expresión de ausencia de justicia, una medida desesperada de la comunidad que sabe que en sus regiones prima la impunidad, dado que el Estado no sanciona de manera eficaz a los infractores y tampoco existe una institucionalidad propia, fuerte y legalmente reconocida en sus localidades que pueda hacer frente de manera eficaz a hechos delictivos. Fortalecer la justicia indígena y no avalar un linchamiento representaría un freno a los mismos. Si en alguna comunidad el linchamiento es efectivamente una medida admitida por las reglas internas del pueblo, el Estado debe intervenir para prohibirlos, abonando el terreno para el fortalecimiento de las autoridades indígenas, cuya debilidad es con seguridad una de las causas para que estos se produzcan.

Upéva niko upe ohechaukavaa'erāva umi tekoha ha ani ojekoiterei umi código penal térā ambue léi michivéva rehe. Péva he'ise, añetéramo jepe ppykuéra remimoimby omboajeva'erā katuete michivéramo umi mba'e oñemohendáva léi guasu ha tratado opaite tetāme ġuarāvape, oje'e haġua hesekuéra omoañetépa térā nahániri yvypóra derecho, noñeha'āiva'erā ichupekuéra umi léi michivéva rupi; ojeporu uvei va'erā umi pyenda tuichavéva oñembohekóva upe tekoha jerereguáre, taha'e arandupy, político, económico ha tekoaty léi guasu ha pojoapy opa tetāmegua omoneĩ ha omo'áva.

Oñeñe'ēvo ko'ā mba'ére, ojehecharamo mba'éichapa Colombia Corte Constitucional ombohape oñesévo ko mba'égui, amohendapáva mba'e mba'épa michiha guivo omoañateva'erā umi ppykuéra rembiapoukapy, ha upéva ári katu umi ppykueraite omboho'óta hembiapoukapy ha iñemboguata.

Ko'ā mba'e oje'éva rupive ndaha'ei ku oje'éva ppykuéra rembiapoukapy overa hendyha porāgui. Opaite Estado democrático rekópe umi tembiapoukapy omoañeteva'erā umi tekora opa tetāme ojejapyhýva yvypóra deréchoramo. Mba'evéicharamondaikatuiha oñeñe'ēvai hesekuéra ojekuaa porā'yre. Oñehesa'yjóramo ppykuéra rembiapoukapy ikatuete porānte umi tekohágui oñemboque tekora. jahechápa oñemoañete kuña ha ambue tapicha oñemboyke katuiva derecho.

Katu, opaite kásope, opa mba'e oñemboguatáva oñemoambuévo tekotevéva ojejapova'erā ñomongeta maymave tapichápe oñomomba'ehápe ári, tenondete voi ojehechakuaa upe tetā ijeheguikuaaha ha imboruvichakuéra katu añeteteguaha. Oñeñe'ēvo umi regla tee estado rekojoja pegua rehe, ko'áva oñehesa'yjóva'erā umi ppykuéra rembiapoukapy resa guive, ha umi michiha guivo oñemoañeteva'erāva oñemboaje haġua ppykuéra derecho.

Tekotevéne oñeñe'ēmi umi káso tetāyguá ojavohápe tekojoja ipo tee rupi, linchamiento oñehenóiva, ojehecháva avei umi ppykuéra rehiōme Ybya Yalla-pe. Koichagua tekojoja ñemboguata, añetehápe mba'e ndevaiva, ha ndaha'ei katuete ppykuéra rembiapoukapy pegua. Heta jeýnte niko tetāyguá omoañete tekojoja ipo tee rupi ndojuhúi rupi tape upevarā; kóva ojehu jeyvéramo tapichakuéra ojepy'apyeterei rupi ojavóvo, oikuaa rehe irrehióme ikatuha oparei upe káso, Estado ndokastigái rehe hekópe mba'evai apohápe ha avei ndojeguerekói temimoimby tee imbarete ha oñemoneimbyréva hekohápe ikatuva'erā ombotatapeju umi mba'evai oñuáva ichupekuéra. Oñemombaretévo ppykuéra rekojoja ha ndojehejáiramo avavépe ojapo tekojoja ipo tee rupi ojhapejokóta ko'ā mba'e hekope'yguáva. Oiméramo oihína tekoha oñemoneihápe tapichakuéra omoañetévo tekojoja ipo tee rupi, Estado oñemongu'eva'erā ohapejokóvo, ha upevarā oiguyruva'erā tape oñemombarete rekávo ppykuéra ruvicha pokatu, ikangy rupi ojehu rehe umi mba'e.

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

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

Para entender más profundamente la compatibilidad de las resoluciones indígenas con los derechos humanos, es importante atender la reflexión del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la Situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas:

... según algunos, el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas no ofrece suficientes garantías para la protección de los derechos humanos individuales universales. Pero aun si eso fuera una afirmación cierta basada en pruebas suficientes, no debería esgrimirse para negar por completo el valor del derecho consuetudinario indígena sino como un reto para aproximar ambos enfoques haciéndolos más eficaces para la protección de los derechos humanos, tanto individuales como colectivos. El pluralismo jurídico en los Estados es una oportunidad para permitir a los sistemas jurídicos indígenas funcionar eficazmente ya sea como parte de los sistemas jurídicos nacionales o paralelamente a estos. (Stavenhagen 2007)

La discusión sobre la compatibilidad entre los sistemas normativos indígenas y los derechos humanos reconocidos internacional y nacionalmente debe siempre presentarse en el marco del diálogo y el respeto por la interculturalidad. Esta discusión abierta no significa negar la importancia de los derechos humanos como un referente que permita cuestionar prácticas que afectan la dignidad humana, particularmente la de las mujeres.

Mbykyhápe oje'ekuaa oñaha'ātaramo peteĩ térã heta ypykuéra retã derecho ha avei umi imburuvichakuéra yma rembiapoukapýpa ojokupyty térã nahá-niri yvypóra derecho pyenda rehe, tekotevẽ oñeporandu mba'éichapa ha moõ guivépa oñehesa'ýjóta umíva, ani upe formalismo resa guive añóinte, toñehesa'ýjo pypuku umi mba'e porã omo'áséva peteĩteíva umi derecho. Kóva ko ká-sope tekotevẽta ojejeko upe hermenéutica judicial oñehenóiva rehe, jahechápa mburuvicha umivarã oñemoneíva ohesa'ýjo, tekoeta resa renonde guive, umi mba'e porã oñeñangarekohápa añetehápe omomba'e ha omo'ã umi mba'e porã opaite tetãmeguáva, ojekuaahápe opavave tetã ikatuha omboguata umíva ambue hendáicha.

Kóicha oñehesa'ýjóraro ikatu oñeñangareko oñemoañetévo umi mba'eporã ikarakuvéva yvypóra deréchope (techapyrã, ani haña oñemonambi avavépe hekope'ý) omohenda háicha umi tekohayguaite, hembiapoukapy tee kuápe. Ikatuete porãnte oje'e umi ypykuéra retã ombohapetaha mba'éichapa omboguatáta ko'áva oñemohendávo yvy ape ári oñemohendapa ha oñembokuatiapáramo mba'éichapa oñeñangarekóta yvypóra derecho rehe.

Oñeikũmbyve haña ipy ha ipekue guivo mba'éichapa oguatakuaa ojoyké-re ypykuéra rembiapoukapy ha yvypóra derecho, iporãne oñehendumi Naciones Unidas Relator Especial ojepy'amongetárõ ypykuéra derecho ha ypykuéra rekosaõ tuichavéva rehe

... oĩ miko he'íva ypykuéra derecho yma ymave guare nombokatupaiha oñeñangarekóvo yvypóra derecho peteĩteíguáva tekotevẽvéva rehe. Katu oiméramo ko oje'éva añete oñemopyenda rupi ojuhuvá'ekue rehe, ndaikatúi ojeporúvo oñembotovepaite haña mba'épa ovale umi ypykuéra derecho yma ymave guare; ojeporu uveiva'erã mokõive ojehecha háicha ko'ã mba'e oñemo'añguive rekávo ojuehegui, oñemoambuévo tekotevẽ háicha, jahechápa oñeñangareko porãve yvypóra derecho rehe, taha'e umi peteĩteíguápa ha maymavepeguáva. Umi Estado-pe niko léi maymavépe ñuaráva ombojurujava'erã ikatu hañaíicha umi ypykuéra omboguatave hekópe hekojoja tee, taha'e tetã sistema jurídico kuápe térã ko'áva yke rehe (Stavenhagen 2007)

Oñembohovake jave umi ypykuéra rembiapoukapy ha yvypóra derecho oñemboajéva ko yvy ape ári pa ojogueraha ojopógui térã nahániri, oñembohapeva'erã ñomongeta reheae ha oñemomba'eva'erã arandupyeta oikovéva oñondive. Kóicha oñeñemongetáramo nde'isíe ojehechagihá yvypóra derecho techapyrãramo ojekuaauka haña mba'e opokóva yvypóra rekokatu rehe, ko'ýte kuñanguéra rehe.

Lo que parece urgente es promover y permitir que los propios pueblos indígenas y sus autoridades discutan en torno a sus derechos fundamentales y los asuman como un marco por incorporar en sus actuaciones, como sucede de hecho en muchas regiones indígenas. Es obligación de un Estado que ha definido a su nación como pluricultural, y de sus jueces, proveer instancias que propicien el diálogo y la comprensión de la pluralidad de culturas que lo constituyen; en caso contrario, el Estado siempre estará sesgado por solo una de las culturas que componen su nación pluricultural.

Mba'e tekotevëva hína oñemongu'e ha oñembokatu umi ypykuéra retãme ha imburivichakueraité voi toñomongeta iderechokuéra teete rehe, tove umíva resa guive toñemongu'e hikuái, ojejapoháichama heta ypykuéra rehiõme. Umi Estado ha hue he'íva hetã hekoheta katuetéi oiguyruva'erã tape oñeñomongeta ha ojehechakuaa hağua heta arandupy kuápe ha'ekuéra oñemongu'eha; upéicha ndojapóiramo, Estado akóinte ohecha ha oñemongu'éta peteíva umi arandupyeta ojejuhúva hetãme guivénte.

Elementos de ponderación e interpretación intercultural

Rosember Ariza y Guillermo Padilla

Las culturas no se relacionan en abstracto, y cuando se relacionan no son las personas portadoras de cultura las que determinan el hecho intercultural, aunque sin ellas no se podría manifestar de manera explícita. Lo que generalmente se relaciona no son indígenas con no indígenas, sino tradiciones espirituales con filosofías, leyes con costumbres, palabras con conceptos, problemas con soluciones y necesidades con satisfacciones. La preposición “entre” es denotativa de una relación entre significaciones, sentidos, costumbres, tradiciones y modos de vida. En suma, relación de significaciones que son distintas entre sí, suscitadas por una misma cosa o situación en contacto (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, y Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 17).

Así lo establece la Corte colombiana:

El reconocimiento constitucional de la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia ética. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad [...] En este nuevo modelo, el Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

Del mismo modo, la Corte remarca la importancia de la ponderación como un ejercicio que permite compatibilizar principios del derecho de los pueblos indígenas con el orden jurídico nacional y señala:

En aquellos eventos en los cuales resulta fundamental efectuar una ponderación entre el derecho a la diversidad étnica y cultural y algún otro valor, principio o derecho constitucional, se hace necesario entablar una especie de diálogo o interlocución –directa o indirecta–, entre el juez constitucional y la comunidad o comunidades cuya identidad étnica y cultural podría resultar afectada en razón del fallo que debe proferirse. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

Elementokuéra oñeha'ã ha oñeikũmbývo arandupyeta

Rosembert Ariza y Guillermo Padilla

Arandupy niko ndoikovéi ha'eñorei, ha oiméramo oñembohovakéta ambue ndive ndaha'úi umi tapicha ogueroikovéva arandupy umi omoañetéva iñembojokupyty, jepevéramo tapicha'ýre ndaikatumo'ái ha'e oñembohete. Umi oñembohovakéva niko, jeyvéramo, ndaha'úi tapicha aváva ha juruáva, oñemboke hína hembiguerovia filosofía rehe, leikuéra jepokuaa ndive, ñe'ẽ mba'e he'iséva ndive, apañuái ichugui ñesé ndive ha temikotevê temikuave'ẽ ndive. Upe ñe'ẽriregua "ndive" oikuaauka mba'éichapa oñembohovake he'iséva, oñeñandúva, jepokuaa, ha ojeikove háicha. Mbykyhápe, mba'e oikoevéva ojuehegui he'isévape ñembohovake, ojuhúva peteĩ mba'ekuere téra oikovehápe oñondive (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, ha Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 17).

Kóicha he'í Colombia Corte:

Léi Guasúpe ojehechakuaávo tekojoparaeta etnia ha arandupy niko ombohováí tembihecha pyahu Estado guíve, ndojepyhyihápe yvypórape ha'eñorei mba'eve'ýre; ojehecha uvei ichupe tapicha hekove teévaramo, omombaretéséva ha'e ohecha ha oguerovíava. Mba'eporã ojeikokuaa ojoapytépe ha oñemomba'e umi iñambuévape tekotevêterei peteĩ tekoaty oñemombaretehápe tekojoparaeta. [...] Kóva ko modelo pyahúpe, Estado omoañeteva'erã katuetei opaité hendáicha ojehechaháicha arapy toikovekuaa oñondive py'aguapýpe, tembiapo ndaha'úi katueté iñapovõ'ýva, umi mba'eguerovia jeyvéramo opu'ã rehe oñoakã rehe ha ikatuetevóikatu ndojokupytyietevoi umi mba'e ha'ete oiporavova'ekue rehe omoañete ha'gua jeikove oñondive. (Colombia Corte Constitucional 1997b)

Upéichante avei Corte he'ijey tuicha mba'eha oñehesa'ýjo jahechápa péicha oñembohape oñemboguatávo oñondive pykuéra retã derecho ha leikuéra tetãmegua ha oikuaauka:

Umi mba'e ojuhúvape tekotevêhápe oñehesa'ýjo ha oñemoĩ ojokére derecho ojeguerekóva tekoeta etnia ha randupy rehegua ha ambue mba'eporã, pyenda ha derecho oñemboguarýva léi guasúpe, tekotevê oñemoñomongeta, ojovápe téra upeicha'ýre, hue constitucional ha umi tekoha umi mba'e omingoéva ichupekuéra etnia ha iñarandupýpe rehe opokovaikuaáramo umi fallo oñeguenohékuaáva.. (Colombia Corte Constitucional 1997b)

La importancia del diálogo intercultural como un mecanismo para solucionar estas aparentes contradicciones es asumida por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

Una primera solución a este tipo de conflictos se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores.

Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

En la Sentencia hito⁷ T-523 de 1997, la Corte estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural, y otros principios de jerarquía equivalente, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural” deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Ha dicho la Corte:

... el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atendería contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

El reto de los países que han reconocido el carácter multiétnico, pluricultural y multilingüe de los Estados es lograr una ponderación de derechos de manera que ninguno de los principios fundamentales protegidos constitucionalmente quede subsumido bajo otro considerado de mayor importancia. Para la Corte colombiana, la ruta que el juzgador deberá seguir persigue ampliar su propia visión respecto de la importancia que para el constituyente tiene la diversidad étnica y cultural:

7 “Se entiende por sentencias hito aquellas en las que la Corte trata de definir con autoridad una subregla de derecho constitucional. Estas sentencias, usualmente, originan cambios o giros dentro de la línea. Estas variaciones se logran mediante técnicas legítimas en las que se subraya la importancia de la sentencia: cambio jurisprudencial, unificación jurisprudencial, distinción de casos, distinción entre *ratio* y *obiter*, y otras técnicas análogas. Son, usualmente, sentencias ampliamente debatidas al interior de la Corte y es más probable que susciten salvamentos o aclaraciones de voto por parte de magistrados disidentes. Las sentencias de unificación (SU) usual, pero no necesariamente, son sentencias hito. Es importante notar, igualmente, que las SU no son, *a priori*, estructuralmente más importantes que sentencias normales de revisión (T-) dentro de la línea” (Olano 2004, 586).

Ñomongeta arandupyeta maymáva ndive tuicha mba'eha jahechápa oñesē
umi joavy ojehukuaávagui rehe oñe'ē Corte Constitucional he'ivo:

Peichagua ñokarángui ikatu oñesē oñemoñomongetáramo oñondive umi arandupyeta, jahechápa oñemboguapy michíha guivo mba'éichapa ojeikovekuaáta ojoapytépe, ojeheja'yre okápe ni peteíva mba'eporá. Péva he'ise, toñeñuahē michí-mínte jepe oñoñe'eme tekotevéháicha opaite arandupy oikovekuaa rekávo oñondive, tekotev'é'yre avavete oheja tapykuépe umi mba'e omopeteí ha omoambuéva ichupe. (Colombia Corte Constitucional 1997b)

Upe Sentencia hito-pe7 T-523, 1997-me guarépe, Corte omboguapy mba'e mba'épa oguerekova'erá upe ñe'ēasahára ikatu hañuáicha ombohape oñesē rekávo apañuái ojehukuaáva tekoeta etnia ha arandupy reheguápe, ha ombohysyive ambuéva ijaveguáva ha ohechauka moõ mevépa ojepysokuaa, ha upevará oiporu “arandupyeta rehe ñe'ēñome'ē” omomba'eva'eráva ypykuéra mburuvichakuéra omboguatáva hembiaipo tee hekohapekuéra. Corte he'i upépe:

... Estado niko ohechava'erá mba'éichapa ombokatu hembiaporá omoingovekuaáva py'aguapýpe mayma tapicha peteí tekohápe, tove tomoañete maymavépe iderécho tetáygua háicha, ha tohechakuaa peteíteíva remikotev'e, peteí tapicha aty iñarandupy teévaramo. Péicha ojaróvo, ha'e ndaikatúí ojopy peteí arapy jehecha año, jepevéramo ha'e ohecha upéva ovaleha, upéicha ojaróramo nomoañetemó'ái tekoeta etnia ha arandupy rehegua, ha noñangarekomo'ái oparavave arandupy rehe peteícha, ha'etevoi ohechakuaava'ekue. (Colombia Corte Constitucional 1997b)

Tembiporá kakuaa oguerekóva umi tetá ojehechakuaáva oguerekoha Estado heta etnia, arandupy ha ñe'ē oikovehápe oñondivépe guará hína tohechakuaa opaite derecho, ani umi peteímíva umi mba'e oñeñangarekoha léi guasu rupive opyta ambue tembiapoukapy tuichavéva kuápe téra guýpe. Colombia Corte-pe guará, upe tape ipykuiva'eráva mburuvicha oporohusgáva ohechava'erá mba'éichapa ombopyve hembichecha, ikatu hañuáicha ohecha umi tapicha ohaiva'ekue léi guasúpe guará tuicha mba'eha tekoeta etnia ha arandupy :

7 “Sentencias hito hína umi sentencia Corte omohendahápe pokatúpe umi tembiapoukapy michívéva derecho constitucional rehegua. Peichagua sentencia, katuetei nunga, heta mba'e omoambue upe línea ryepýpe. Ko'á mba'e oñemoambuéva ojehupyty aporeko hape rupi porá oñemboguatáva reheae, ojehechakuaahápe tuicha mba'eha upe sentencia: oñemoambue jurisdicción, oñemopeteí jurisdicción, oñemoingoe ojeuehgui umi káso, oñemoambue *ratio* ha *opiter*, ha ambueve aporeko ojoguáva ichupe. Ko'á sentencia rehe, jepivéramo, heta oñeñomongeta Corte ryepýpe ha ikatuete oporoipysyrō téra katu omyesaká umi magistrado hembichecha ambuéva voto. Umi sentencia de unificación (SU) usual hína sentencia hito, ága katu nameméi péicha. Tekotevéne ojehechauka avei umi SU tuicha háicha, iporo'oveha umi sentencia normal de revisión-gui (T-) upe línea ryepýpe” (Olano 2004, 586).

La función de una actividad como la mencionada, persigue la ampliación de la propia realidad cultural del juez y del horizonte constitucional a partir del cual habrá de adoptar su decisión, con el *ethos* y la cosmovisión propios del grupo o grupos humanos que alegan la eficacia de su derecho a la diversidad étnica y cultural. A juicio de la Corte, solo mediante una fusión como la mencionada se hace posible la adopción de un fallo constitucional inscrito dentro del verdadero reconocimiento y respeto de las diferencias culturales y, por ende, dentro del valor justicia consagrado en la Constitución Política. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

En esta tarea, el juzgador deberá buscar la participación interdisciplinaria de expertos por medio de *amicus curiae* y peritajes antropológicos, que le permitan encontrar el justo medio entre la coexistencia de las diferentes culturas que el marco constitucional reconoce y protege. Como afirma el Consejo Superior de la Judicatura, es esencial recordar:

... al ser relacional, la interculturalidad no busca ni la secesión judicial ni la subsumción de la jurisdicción indígena en cualquier otra ni viceversa; por el contrario, busca que se puedan conectar –eso sí– preservando la identidad judicial y construyendo la cooperación, para que los sistemas jurídicos se desarrollen manteniendo celosamente sus respectivas independencias y armonías internas. (Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 20)

La ruta que señala la Corte como principio general está fundamentada en la siguiente premisa: “la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y por lo tanto la minimización de las restricciones indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía” (Corte Constitucional de Colombia 1996a).⁸ Una aplicación de este principio la podemos observar en la manera como la Corte colombiana interpreta lo que para la justicia indígena debe ser el principio del debido proceso, el cual es entendido de la siguiente forma:

... todo juzgamiento deberá hacerse conforme a las normas y procedimientos de la comunidad indígena, atendiendo a la especificidad de la organización social y política de que se trate, así como a los caracteres de su ordenamiento jurídico [...] Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

⁸ “Sin embargo, no cualquier precepto constitucional o legal prevalece sobre la diversidad étnica y cultural, por cuanto esta también tiene el carácter de principio constitucional: para que una limitación a dicha diversidad esté justificada constitucionalmente es necesario que se funde en un principio constitucional de un valor superior al de la diversidad étnica y cultural” (Corte Constitucional de Colombia 1996a).

Mba'apokue ojeguérúva mandu'ápe rembiaporã niko oipysove upe hue rembihecha ha léi guasu renonderã, ha upéva ári oñeñeha'áva'erã ojehecha ojejapova'erã, umi aty téra tapicha aty reko ha rembihecha guive, omoañeteséva derecho tekojoparaeta etnia ha arandupy rehegua. Corte oguerovia oñembojoajúramo umíva añoite ikatutaha oñemboguata fallo léi guasu rekópe, ojehechakuaa ha oñemomba'ehápe opaichagua arandupy, ha upéicha rupi, avei oñemoañete tekojoja Léi Guasu rekópe. (Colombia Corte Constitucional 1997b)

Ko'ã mba'e omboguata ha'gua upe oporohusgáva ohendukuaava'erã opaichagua tapicha arandúpe ha upevarã ojejkekokuia *amicus curiae* ha antropólogo pytyvõ rehe, jahechápa ha'ekuéra oipytyvõ ichupe omombyte porã ha'gua opaite arandupy léi guasúpe ojehechakuaáva. He'iháicha upe Judicatura Consejo Superior, tekotevẽne ojeguero mandu'ápe:

... oñemoñovaitívo, arandueta ndohekái ppykuéra jurisdicción ojepe'ávo Estado-gui téra ojegueroikepávo ipoguype; upéicha avei ndohekái ojejapóvo ovývo; ha'e oheka oñembojoaju maymave, oñemokangy'ÿre identidad judicial ha ombokatúvo ñopytyvõ, jahechápa umi sistema jurídico ndojehetejorái ha toguatakuaa ha'ño ha ta'ipyeda porã ha'e háicha. (Judicatura Consejo Superior, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla ha Organización Nacional Indígena de Colombia 2011, 20)

Tapé oiguyrúva Corte ojegueta ha'gua oñemopyenda kóvape: “toñembohekosãso ppykuéra rekohápe ikatu háicha ha, upéicha, tojehecha mba'éichapa ojepe'a mba'e ohapejokuaáva ikatu ha'guáicha oñeñangareko umi interés kakuavéva rehe” (Colombia Corte Constitucional 1996⁸).⁸ Mba'éichapa oñemboguata ko'ápe oje'éva ojehechakuaa Colombia Corte oikũmby háicha ppykuéra rekojojápe he'iséva upe proceso ñemboguata hekópe, ha oñeikũmbýva ko'ápe oñemohenda háicha:

... opaite mba'e ojegueroikéva juicio-pe oñemboguatava'erã umi ppykuéra reko ha rembiapoukapy ha ha'ekuéra omboguata háicha, ojejesarekóvo mba'éichapa ha'ekuéra oñemohenda oikovévo ojoapytépe ha mba'éichapa avei he'i tembiapoukapy ha'ekuéra oiporúva. [...] Iporãne ojejapopaite umi tekotevẽva upe tapicha ojeakusáva ikatúva oiporu ha tojejesareko umi ha'ekuéra oikove háicha oúvo oñondive are guivéma, ha oipytyvõva ichupekuéra ojoaju porãvo tetã háicha. (Colombia Corte Constitucional 1997b)

⁸ “Katu na'oimehaichagua tembiaporã oúva léi guasúgui téra oñemohendáva léipe ovaleve tekoeta etnia ha arandupy reheguágui, kóva avei oñemopyenda rehe léi guasúpe: tekojoaporaeta ojehapoko'imi ha'gua léi guasu rekópe tekotevẽ oñemopyendajey ambue tekopyrá upe léi pavẽmeguápe ijyvatavejéyva tekoata etnia ha arandupy reheguágui” (Colombia Corte Constitucional 1996⁸).

Lo anterior, no obstante las diferencias en los parámetros interpretativos anotados, particularmente en lo que señala que reconocer el derecho a la diversidad implica la aceptación de un orden social con valores y jerarquías de principios diferente. El exmagistrado Gaviria propone que la solución a conflictos en torno a alegatos de violaciones de las garantías del debido proceso en la aplicación de la justicia indígena la haga el juez sobre la base de aplicar criterios de equidad, “la justicia del caso concreto”, de acuerdo con la definición aristotélica, para dirimir el conflicto teniendo en cuenta los parámetros constitucionales y jurisprudenciales establecidos al respecto (Roldán 1999).

Colombia es un buen ejemplo de mecanismos desarrollados por el Estado para la protección de derechos fundamentales, de manera que en el proceso no se vulnera el principio de la diversidad étnica y cultural, u otro de importancia y jerarquía equivalente. Quizás el instrumento de mayor trascendencia ha sido el derecho a la tutela, por medio de la cual la persona que se siente afectada por el desconocimiento de alguna garantía constitucional o derecho fundamental, recurre al juez más cercano, sin que para ello se requiera ningún tipo de formalismo; esta se puede presentar de forma oral y en el idioma de la persona, y es el Estado el que está en la obligación de proveer traductor u otro recurso que permita al ciudadano ejercer como tal, y presentar su acción para la protección de su derecho amenazado o vulnerado. El juez puede, con el auxilio del *amicus curie* o peritaje cultural o antropológico,⁹ solicitar una asesoría de expertos que le permitan valorar en el contexto cultural donde el caso se dio, evaluando las circunstancias y los actores, para tomar en cuenta todos los elementos que sean relevantes al juicio.

Así, frente a la pregunta formulada en el caso presentado en este Manual con el título “Disputa entre cosmovisiones”, sobre la amenaza a la preservación cultural por la práctica y el proselitismo del culto evangélico, esta podría ser una vía para establecer la gravedad de dicha amenaza y, de esta manera, facilitar la tarea del juez para ponderar y ubicar el balance que resuelva la acción del Estado, de modo que convivan los derechos fundamentales alegados en este caso, sin detrimento de uno sobre el otro.

⁹ Cada vez es más frecuente que en facultades de antropología y centros de investigación en América Latina se diseñen cursos para estudiantes en formación y profesionales en cuestiones relacionadas con el peritaje antropológico como un recurso para coadyuvar al poder judicial y a los pueblos indígenas.

Umi oje'evakue, jepevéramo iñambue ojuehegui mba'éichapa oñeikũmby ojehchauka haguéicha, ko'ýte ojehchakuaávo derecho tekojopara rehegua ojehchakuaaha oíha mba'eporã ha tekopyrã oñemohendáva ha oikoéva ojuehegui. Magistrado-kue Gaviria ojejerure péicha ku ojeikéramo apañuáime oje'évo oñepyrũha proceso ñemboguata hekópe oñemoañetévo ypykuéra re-jojoja, topyta hue pópe omboguatávo ha ha'e toguereko hesa renondépe tekotevéva, "tejojoja upe káso ojehúvape", Aristóteles omohenda háicha, jahechápa omboty upe joavy ojehukuaáva ha toiporu pojoapy omoañetéva léi guasu ha umi mba'e ojejapomava'ekue ojejúvo kóva ko kásope (Roldán 1999).

Colombia niko techapyrã ojejesarekóramo mba'éichapa Estado oguerojera pojoapy oñangareko hağua umi derecho tekotevévéva rehe, ani hağua upe proceso-pe noñepyrũ tekoeta etnia ha arandupy rehegua pyenda, ha ambueve tuicháva ha ijyvatéva ijaveve rehe. Upe derecho tutela rehegua oiméne hina pojoapy tuichavéva, heseae, tapicha oñandúva ndojekuaa porãi rupi garantía omoíva léi guasu térã derecho tekotevévéva ikatu ho'a vai ichupe oñemboja upe hue hi'ağuivéva ichugui rendápe, tekotevé'ýre heta formalidad; upe tembijerure ikatu oñemoğuahẽ ayvúpente ha pe ñe'ẽ upe tetãyğua oiporukuaávape, ha Estado katu omoíva'erã ñe'ẽasahára tekotevéramo, ikatu hağua upe tapicha oñehenduka ha ojerure toñeñangareko hese ani hağua oñepyrũ iderecho rehe. Upe hue ikatu ojevale *amicus curie* térã tapicha oikuaáva arandupy ýramo antropólogo rehe,⁹ ha ikatuve ojerureve ambueve ñepytyvõ jahechápa ohesa'ýjokuaa mba'e arandupy kuápe ojehu upe oikova'ekue, ombyatypaite kuaa hağuaícha opaite marandu oipoytyvõkuaáva ichupe upe juicio-pe.

Kóicha, mba'eporandu ojejapova'ekue upe káso ojekuaaukáva ko Arandukápe hérava "Ojehchajoavy háicha ko arapy " reheguápe, tesaparápe oikévo umi tapicha arandupy oike mbareteterei rupi evangélico-kuéra upépe, kóva ha'ekuaa tape ojeiguyrúva oñemohenda hağua upe mba'épa moõ meve oporomoingekuaa tesaparápe, ha péicha oñepytyvõ huépe ohesa'ýjo ha omohendakuaa rekávo mba'épa oja póta Estado rérape ikatu hağuaícha umi derecho tekotevévéva oñeñe'ẽha ko kásope oikove oñondive, peteíva ombotapykue'ýre ambuépe.

⁹ América Latina-pe ko'ẽreire umi facultad oñembo'ehápe avakuaaty ha umi centro de investigación-pe oñembosako'i heta hetave mbo'esry umi temimob'e oñembokatupryvahina ha umi tapicha omba'apóva peritaje antropológico-pe ġuaráva; ko'áva hina pojoapy omoirúa poder judicial ha ypykuéra retãme.

Como parte de ese llamado consenso intercultural la Corte sugiere un acuerdo en torno a lo que define como núcleo duro de los derechos humanos, es decir, aquello sobre lo que “verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre” (Corte Constitucional de Colombia 1996b), entre ellos, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura y, por expresa exigencia constitucional, la legalidad en el procedimiento, en los delitos y en las penas.

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

Upe oñehenóiva arandupyeta rehe ñeġuahẽ oñoñe’ẽme kuápe Corte ojereure maymavépe toñemoĩ oñoñe’ẽme yvypóra derecho karakuete rehe, péva he’ise umi mba’e “añetehápe ndaikatúiva mba’eichavéramo ojeheja ojehu opyrũ rupi yvypóra rekokatu rehe” (Colombia Corte Constitucional 1996b), ha umíva apytépe ojejuhu derecho ojeikovévo, tembiguái reko ñembotovete, tortura ñembotovete, ha léi guasu he’i rupi, leikuéra oñemboguatávo rekoitépe oñeñe’ẽramo delito ha pena rehe.

Ojehechakuaávo tekojoparaeta etnia ha arandupy rehegua ojopyha Estado maymávape tembiaporã ndekakuaaha, ojehechakuaa háicha oñembohovakéramo umi tapicha jurista ha tapicha arandu antropología jurídica pegua. Apañuái mbeguekatúpe oñesẽtahína áġa Estado ha mba’apohára poder judicial, ñe’ẽngára, investigador ha mbo’ehára katupyry oikuaa ha ohechakuaa mba’ei-chapa oñemboguata tekojoja apaite arandupy kuápe, umi etnia ha arandupy guive. Colombia Corte he’i oñemoñongetáramo oñondive arandueta maymáva ikatuha oñeġuahẽ oñoñe’ẽme moõ mevépa ojepysokuaa upe ha’ete ohenóiva yvypóra derecho karakukuete.

Peritaje antropológico

Guillermo Padilla y Ginna Rivera

El peritaje antropológico se ha constituido en uno de los instrumentos más eficaces en el proceso de mejoramiento del acceso a la justicia formal estatal de personas indígenas, particularmente en materia penal, aunque también aplica para otras ramas de la justicia ordinaria (Guevara y Verona 2015, Valladares 2010). En aquellos países donde el reconocimiento de la diversidad jurídica aún no se encuentra en plena vigencia y en consecuencia, el derecho de los indígenas de acceder a la justicia en sus comunidades, con sus autoridades, en su idioma y en el marco de sus propios sistemas jurídicos, no opera; así como en aquellos casos donde corresponde a la justicia ordinaria del Estado juzgar a integrantes de pueblos indígenas por asuntos que salen de la competencia de sus autoridades propias, es deber estatal generar las condiciones lingüísticas y culturales adecuadas de manera que los procesados puedan acceder efectivamente a la justicia, y los operadores judiciales cuenten con los auxilios de expertos que aporten al proceso elementos de interpretación y de contextualización cultural que tengan relevancia en las conductas que son investigadas.

Tal y como plantea Aída Hernández, el objetivo fundamental de los peritajes “es brindar información al juzgador sobre la importancia que tiene la diferencia cultural en el entendimiento de un caso específico” (Hernández 2018, 58). En ese sentido, el peritaje:

... se presenta como un instrumento fundamental para conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas al “objetivar” lo jurídico, inmerso en las relaciones sociales de estas. Del mismo modo, se constituye como un instrumento de traducción de un lenguaje a otro, o de una lógica cultural a otra, del lenguaje del sentido común y oral de la comunidad y de su lógica cultural propia al lenguaje especializado del juez y a la lógica jurídica del derecho positivo. (Díaz et al. 2007)

Lo que el peritaje antropológico quiere evitar en materia penal es la criminalización de la diferencia cultural, “el maltrato sistemático, las decisiones injustas o la motivación enraizada en prejuicios etnocéntricos”, permitiendo que los operadores judiciales consideren elementos que amplíen sus “horizontes de comprensión y discernimiento jurisdiccional” (Guevara y Verona 2015, 14) frente a los casos en los que la diversidad social y cultural se hace presente ante la justicia. Para ello, la función del perito es sensibilizar a los operadores judiciales en materias que generalmente estos desconocen y colaborar en:

Avakuaaty rehegua Peritaje

Guillermo Padilla y Ginna Rivera

Peritaje antropológico oñehenóiva niko peteíva umi pojoapy oporoipytyvõ porãvéva oñemba'apokuévo ojejúvo tapicha ypykuéra ndive, ikatu haḡuáicha ha'ekuéra ojevale hekópe Estado rekojoja rehe, ko'ýte umi káso penal-pe, jepévérámo ojeporukuaa avei tekojoja ordinaria rakã ambuévepe (Guevara ha Verona 2015, Valladares 2010). Umi tetã ne'iráhápe ojehecha tekotevéha ojerereko léi maymavépe ḡuarã ha upéicha rupi derecho oguerekópa ypykuéra oiporúvo tekojoja hekohápe, imburuvichakueraité omboguatávo, iñe'ẽ teépe ha hembiapoukapykuéra kuápe, ndojehupytyí ko'áva. Upéichante avei ojehe umi káso opytahápe Estado rekojoja ordinaria pópe omboguatávo umi ypykuéra retãygua káso, ko'áva osẽ rehema umi ypykuéra mburuvicha pokatúgui, tekotevé Estado oñemongu'e jahechápa upe proceso oñemboguata iñe'ẽnguéra ha iñarandupy kuápe, ikatu haḡuáicha umi tapicha oikéva umi proceso-pe añetehápe ojeko tekojoja rehe, ha Estado rembijokuái katu toguereko tapicha katupyry oipytyvõva'eráva ichupe ombojere ha oikũmbývo hekópe ha iñarandupy kuápe umi tekokue oñehesa'ỹjovahína.

Oikuaaakahaichaite Aída Hernández, umi peritaje ojeporu jahechápa “ogueropojái marandu upe máva omboguatáva proceso-pe mba'épa tuicha umi mba'e ojoavýva peteí arandupýgui ambuépe oñeikũmby haḡua hekópe upe káso” (Hernández 2018, 58). Upéva kuápe, peritaje:

... oñemoḡuahẽ pojoapy ndekuaaávaramo ojekuaa ha oñeikũmby haḡua tembiapoukapy reko umi ypykuéra rekoha “ojapyhývo hekópe” léi rehegua, oikokuévo hikuái oñondive hekohápe. Upéichante avei ojeporukuaa pojoapýramo oñembojere haḡua marandu peteí ñe'ẽgui ambuépe, téra katu peteí arandupy kuágui ambuépe, umi ypykuéra rekoha ñe'ẽ ayvu oñemboguatavéva sentido común árigi umi hue ñe'ẽ hypy'úvape, ha upe derecho positivo rekópe. (Díaz et al. 2007)

Peritaje antropológico, añetehápe ohapejokose ani haḡua káso penal-pe ojejapyhy mba'évaíramo arandupy joavu, “ani ojejaheimeme tapichakuéra rehe, oñemboguata heko'ỹ tekojoja téra katu ojehatapyña tembiguerovia oñemopyendáva etnocentrismo-pe”; tove toipytyvõ umi tekojoja mboguataharakuérape toipysove hikuái “hembichecha ha oikũmby háicha jurisdicción ñemboguata” (Guevara ha Verona 2015, 14), umi káso tekoaty ha arandupy hetahápe ojejuhuhápe tekojoja renondépe. Umivarã, umi perito oñemongue'eva'erã jahechápa ohesape'a tekojoja mboguataharakuérape umi mba'e ha'ekuéra oikuaa'ývape ha oipytovõ ichupekuéra.

- Establecer si la persona procesada pertenece a un universo étnico, social y cultural diferente al consagrado en las leyes penales.
- Establecer si esa pertenencia tuvo un efecto en la conducta del procesado en el momento en que supuestamente actuó violando alguna norma legal.
- Ubicar de qué manera pudo haber afectado la conducta del procesado y el rumbo de la investigación, el contexto sociocultural, económico o lingüístico; qué implica la existencia de principios, valores y normas de conducta distintas a las que operan en el contexto nacional; de dónde han surgido las leyes y los procedimientos con los que funciona la justicia formal estatal.
- Corroborar si la pertenencia étnica/cultural incidió en el hecho de que el procesado no pudiera comprender a cabalidad el carácter delictivo que su acto tuvo para el derecho oficial o, si aun comprendiéndolo, no fue capaz de motivarse de conformidad con la norma oficial.
- Cuando el asunto no es penal, el peritaje también cumple la función de ilustrar a los operadores judiciales sobre contextos socioculturales que puedan haber incidido en los hechos que se examinan.

De acuerdo con estas premisas, el propósito de un peritaje antropológico no es ensayar elaboraciones teóricas y etnográficas sobre “una cultura”, sino ser, esencialmente, un instrumento judicial que ilustra a los funcionarios judiciales sobre las características culturales específicas de la persona o personas que son protagonistas de los hechos investigados o donde se produjo el hecho que ha motivado la intervención del Estado.

Pautas para realizar un peritaje antropológico

La práctica del peritaje en su expresión procedimental debe respetar las siguientes características:

- Es una actividad procesal.
- Es un medio de prueba.
- Es realizado por encargo judicial (los defensores también suelen invocar este tipo de instrumentos).
- Es una actividad calificada, conceptual y metodológicamente fundada.
- Debe tratar sobre hechos y no sobre derecho (el ámbito del derecho sigue siendo del estricto margen del operador judicial).
- Genera un dictamen o informe técnico.

- Omyesakā upe tapicha ojegueroikéva proceso-pepa oikoe etnia, ava'aty ha iñarandupýpe umi oñemboguapýva léi penal maymávape.
- Omyesakā iñambue rupi umi mba'épepa omomyí ichupe ojapo hağua oje'éva hese ojapo Hague.
- Omohenda mba'éichapa oiméra'e omomyí upe tapichápe ha avei upe investigación ñemboguatápe upe tapicha arandupy, economía ha ñe'ë; mba'épa oguerukuaa hapykuéri umi tembiguerovia, mba'eporā ha tembiapoukapy iñambuéva umi tekora oporomyimbápa upe tetāme; moōguipa osē umi léi ha oñemboguataháicha tekojoja Estado poguegua.
- Ohechauka ha'e rehe peteī etnia/arandyupy iñambuéva guápa noipytyvōi upe tapichahápe ohechakuaávo hekópe upe hembiaipo ivai añeteha Estado derecho renondépe, téra oiméramo oikuaa porāpa nda'ikatúira'e oñemongu'évo omanda háicha umi tembiapoukapy Estado omoīva.
- Upe káso ndoikéiramo penal kuápe, peritaje avei ohesape'ava'erā tekojoja mboguataharakuérape pe tapicha arandupy ikatúvakuri omomyí umi mba'ekue oñehesa'yjópape.

Ko'ā oje'éva ári, ojehechakuaa peritaje antropológico ndaha'ei ojapo hağua teoría téra etnografía “peteī arandupy” rehegua; ha'e uvei va'erā tembiporu oykeko ha ohesape'áva tekojoja mboguataharakuérape mba'éichapa umi tapicha oikéva umi káso oñehesa'yjópape reko tee téra katu umi tenda ojehu hağuepe upe káso Estado ohapykuererekáva reko.

Ojererekova'erāva tesa renondépe oñemboguatávo peritaje avakuaaty rehegua

Peritaje oñemboguatakuéravo oñemoañeteva'erā ko'ā mba'e:

- Ha'ehína pojoapy oñemboguata mbeguekatuva'erāva.
- Ojeporukuaa prueba-rā.
- Ojejevale hese tekojoja mboguataha ojerure rupi (umi defensor avei ikatu ojejure peichagua pojoapy).
- Tembipo ndaikatúiva omboguata oimeraéva, oñemohenda ha oñemopyendáva hekópe.
- Ohesa'yjova'erā upe ojehuva'ekuére año ha ani upe derecho rehe (derecho ñemoañete opyta upe tekojoja mboguatahára pópe año)
- Oguenohē marandu jehaipyre upe káso rehegua.

El eje del examen pericial es la persona procesada y no su “cultura” en abstracto. También debe tenerse presente que la pericia, en sentido estricto, no es un alegato a favor del procesado, ni una defensa o justificación de prácticas culturales analizadas por el perito, ni un examen sesgado de los hechos que aprecieren los funcionarios judiciales (Sánchez 2010; Sánchez y Gómez 2008). Más bien, termina siendo un órgano de prueba que, como se dijo, en el ámbito penal tiene la función de contribuir a la comprensión intercultural que el juzgador debe realizar de los hechos y de los factores exógenos que pudieron haber afectado la conducta del imputado, que contribuya en la determinación de la existencia y el grado de responsabilidad penal y la sanción aplicable. En otros campos del derecho, como el electoral, familiar, laboral o civil, los peritajes contribuyen a valorar los hechos, tomando en cuenta los factores culturales que deben ser evaluados interculturalmente para determinar lo justo en estos contextos.

En general, un problema que se detecta en algunas prácticas periciales es que los peritos tienden a presentar alegatos a favor de “la cultura” del encausado, en lugar de concentrarse en explicar a la judicatura cómo las prácticas y perspectivas culturales de la persona procesada pudieron condicionar sus actos (Verona 2015). Con frecuencia ocurre que tiendan a radicalizar la alteridad cultural a fin de que esa estrategia discursiva garantice la aplicación de la legislación especial indígena, obviando la dinámica y el contexto intercultural que caracteriza a la vida social en una región y cultura determinadas.

En rigor, lo correcto es conectar esas elaboraciones teóricas con el análisis etnográfico y casuístico de los hechos imputados al procesado. Esta tarea supone un profundo conocimiento etnográfico del contexto y de las influencias y orientaciones culturales del sujeto o sujetos procesales; una aguda comprensión de la realidad social, cultural y política local en donde se formaron los valores del procesado; y la aplicación de los métodos antropológicos pertinentes para realizar un examen de la conducta del sujeto procesal de manera que se evite una aplicación literal de la norma sin tomar en debida consideración los efectos que la cultura pudo haber tenido en las acciones que lo llevaron a estar involucrado y tener que responder al orden legal del Estado (Escalante 2018, Ortiz 2018).

Por eso, lo ideal es conjugar la entrevista con el procesado con otras variables y miradas de hechos que pudieron haber incidido y que puedan explicar o ayudar a entender, desde una perspectiva intercultural, la materia que es investigada sobre la conducta del procesado. En síntesis, no se trata entonces de radicalizar la alteridad cultural o de elaborar una apología o un tratado antropológico sobre un grupo cultural determinado. Lo que se busca es examinar los hechos, la conducta y los horizontes (inter)culturales de la persona imputada penalmente a la luz del conocimiento antropológico que el experto ha acumulado de tiempo atrás sobre el pueblo, la región y la cultura de los actores en el proceso respectivo.

Upe pericia niko oñemboguatava'erã upe tapicha oikéva proceso kásore ha ani upe "iñarandupy" rehe. Avei hesakáva'erã ko pojoapy ojeporúramo hekoitépe nda-ha'eiva'erãha ojejkoko hağua upe procesado-pe térã ojeykeko ha oñemopyendávo upe arandupy ñemboguata oñehesa'ýjýova, térã katu pokarẽ oiporukuaáva umi tekojoja mboguatahára (Sánchez 2010; Sánchez ha Gómez 2008). Oje'éma haguéicha, ha'eiva'erã uvei pojoapy ojeporúva tekojoja ñemboguatápa jahechápa umi tetã rembijokuái oikũmby porãve umi arandupy ombojehuva'ekue upe oikóva ha umi mba'e óuva oka guive oikatúvakuri omongu'e péicha térã amóicha upe imputado-pe, ha ohechakáva ha'épa oguero ha moõ mevépa responsabilidad penal ha oñeme'ekuaa ichupe pena hembiapokue rehe. Ambue mba'épe oñemboguatahápe derecho, taha'e electoral, ogapyregua, tembiapo térã civil-pe, peritaje oporoipytyvõ oñehesa'ýjo rekávo ojehuva'ekue, ha upevarã ojejesareko umi arandueta rehegua rehe, ojehecha hağua hekojojápa ko'ã kásore.

Jeyvéramo, apañuái ojehechakuaáva pericia apo mbovymíme upe perito oñemoĩ rehe upe tapicha oikéva proceso-pe "arandupy" ykekoháramo, ha'e oñemoĩrangue omyesakã tekojoja mboguatahápe mba'éichapa ikatúnera'e upe tapicha rembihecha iñarandupypegua omongu'e ichupe ojapo hağua opa ojaróva (Verona 2015). Heta jey katu oñemoĩterei upe tapicha heko ambuéva yke rehe, jahechápa upéicha upe proceso oñemboguata ppykuéra rekojoja guive, ohechakuaa'ýre mayma tapicha aty oñemongu'eha arandupyeta kuápe, taha'e ha'ehápe.

Omboguata porãtaramo hembiao niko ombojoajuva'erã mba'evai ojeitýva upe tapicha ári umi marandueta teko ha tekora ha'e oikuaáva ndive. Kóicha ojapo hağua, upe perito oikuaa pypukuva'erã upe tapicha térã umi tapichakuéra jepokuaa ha reko'yma, ha umi arandupy ha'e oguerúva ijehe. Avei oikuaa poráva'erã umi tekoaty, arandupy ha política upe tapicha rekohapegua ha ha'e hoy'u hague hekovépe; upéichante omosáva'erã umi aporeko antropología rehegua, jahechápa oñehesa'ýjo hekoite upe tapicha oikéva proceso-pe rembiapokue, ani hağua ojeitýtema hi'ári léi, ojehechakuaa'ýre mba'éicha iñarandupy ha hembiguerovia omongu'éne hague ichupe ho'ávo umi mba'evaípe, ha péicha ombohováí hağua ha'e Estado leikuéra renondépe (Escalante 2018, Ortiz 2018).

Upéicha rupi iporáva'erã toñeñomongeta upe máva oikéva proceso-pe ha tojehekave mba'éichapa oñehakã'i'õ porãvekuaa upe ojehuva'ekue, ikatúvakuri omomyí ichupe ha omyesakãve ýramo oñeikũmbyukave, arandueta resa guive, upe mba'e oñesa'ýjýova upe tapicha rekokue rehe. Mbykyhápe oje'ekuaa natekotevẽiha ojeykekoieterei upe teko ambuépe térã katu oñemochichĩ ýrõ ojeguerojera ñe'epesã ha jehaipy peteĩ tapicha aty arandupy rehegua. Tekotevẽnte oñehesa'ýjo upe tapicha ojeraháva tekojoja rendondépe rembiapokue, ñemongu'e ha hembihecha aranduetaguive, ha upevarã tojeporu marandueta ombyatykuaáva avakuaaty ha upe perito omono'õva'ekue hekove pukukue peteĩ tekoaty, rehiõ ha umi oikévo upe proceso-pe arandupy rehegua.

De las sanciones y las penas en la justicia indígena

Guillermo Padilla y José Antonio Regalado

La facultad sancionatoria de las autoridades indígenas

Un principio muy citado que se atribuye al científico francés Blaise Pascal dice:

Es justo que lo justo sea obedecido, es necesario que lo más fuerte sea obedecido. La justicia sin la fuerza es impotente; la fuerza sin la justicia es tiránica; la justicia sin fuerza encuentra oposición, porque siempre hay malvados; la fuerza sin la justicia es indeseada. Hay, pues, que unir la justicia y la fuerza, y conseguir así que lo justo sea fuerte, y que lo fuerte sea justo.

Todas las formas de sanción en cualquier sistema jurídico implican la suspensión de un derecho humano. La prisión cancela el derecho a la libertad, como sucede con las multas que implican la suspensión del derecho al patrimonio, o la interrupción del derecho a elegir y ser elegido que trae consigo la cesación de los derechos políticos de quienes están privados de la libertad.

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

Como hemos visto en los apartados anteriores, el marco jurídico internacional y las normas constitucionales de gran parte de los países latinoamericanos reconocen a la jurisdicción indígena su capacidad de juzgamiento y de sanción. La imposición de penas y sanciones está legalmente permitida en varios Estados, sea en función de la normativa nacional, o sea por recurrencia al Convenio 169 de la OIT, y los únicos límites que se establecen son aquellos que derivan del respeto de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico nacional.

En el desarrollo del Manual se hace referencia a las penas y sanciones como un atributo de la jurisdicción indígena, como la capacidad que tienen las autoridades de los pueblos de aplicar diversas medidas sancionatorias en la resolución de un conflicto. En tres de los casos planteados, las comunidades aludidas ejercen su derecho a juzgar y sancionar conforme a sus sistemas normativos propios.

Sanción ha léi ñemboguapy ppykuéra rekojoja renondépe rehegua

Guillermo Padilla y José Antonio Regalado

Pokatu oguerekóva ppykuéra ruvicha ome'ëvo sanción

Ñe'ë arandu ojegueroitemíva mandu'ápe ha ojegueroavíava tapicha Francia-ygua Blaise Pascal hague he'i:

Tekotevëne upe hekojojáva toñehendu, tekotevëne oñehendu upe imbaretevéva-pe. Tekojoja niko ikangy mbarete'yre; mbarete tekojoja'yre katu ipohýi; tekojoja oñemboguatáva mbarete'yre rehe oñepu'ákuaa, katui ojejuhu rehe tapicha reko-vai; mbarete tekojo'a'yre mavave ndoipotái. Aipóramo, tekotevëne oñembojoaju hekojojáva imbaretéva ndive, tove upe imbaretéva tahekojoja.

Opaichagua sanción oñeme'ëva oimeha tekojoja oñemboguatahápe niko ohapejoko yvypóra derecho. Oñemoka'irairamo peteĩ tapicha, oñeñapytĩ ichu-pe, oiko háicha avei multa oñeme'ëramo ohapejokóva derecho patrimonio re-hegua ojeguerekóva, térã katu oñembotovéramo mávape derecho oporoporavo ha ojeporavóvo ichupe, omboguéva umi derecho político oguerekóva umi máva ojegueroikéva ka'iräime.

Opaite léi aty ojeporuhápe tutela jurisdiccional-pe oñeme'ë pena oñesë ha-ğua ñokaráigui. Pokatu oñeme'ëvo sanción ha pena niko tekojoja ñemboguata rembiaporã tee. Opaite hendápe ha hendáicha oñembohapehápe ñeñokaráigui oñesë hağua oiporukuaa sanción ha castigo. Ypykuéra jurisdicción ha tekojo-ja ha'ekuéra omboguatáva avei ipokatu ojopývo mba'veai apoharépe omboje-vy hağua upe hembiapovaike, ha ojapo hikuái heta hendáicha, oñemohenda háicha hekojojakuérape, oiporúva oiko jave ñokarái hekohapekuéra.

Jahecháma haguéicha umi jehaiipy tenondeveguápe, leikuéra opavave tetãme ġuaráva ha umi tembiapoukapy oñemboguejýva léi guasúpe opavave tetãme nunga ko Latinoamérica-pe omboaje ppykuéra jurisdicción-pe poka-tu omboguata hağua juicio ha ome'ëvo sanción. Oñeme'ëvo pena ha sanción oñemoneĩ léipe heta Estado-pe, taha'e léi ha'ekuéra oguerekóvape térã katu OIT Ñoñe'ëme'ë 169 rupive, ha opavavépe oñemboaje umíva oñemboguatávo oñepyrúkuaa'yre yvypóra derecho ha léi oñembovaléva opa tetãme rehe.

Ojehaikuévo ko Aranduka oñeñe'ë ppykuéra jurisdicción ikatuha avei ome'ë pena ha sanción, pokatu oguerekóva umi ppykuéra retã mburuvicha heta hendáicha ome'ëvo sanción oñesë rekávo ñokaráigui. Mbohapy káso oñembo-guejyva'ekuépe umi mburuvicha oiporu pokatu oguerekóva oporohusgávo ha ome'ëvo sanción hembiapoukapy tee he'iháicha.

Hasta aquí, parece estar claro que la jurisdicción indígena comprende también la capacidad de establecer penas y sanciones, reconocida en las constituciones nacionales, en el Convenio 169 de la OIT, así como en la DNUDPI. Esta jurisdicción no solo comprende la capacidad de *notio* (conocer), *juditio* (juzgar), sino también de *coertio* (capacidad de ejercicio de la fuerza legítima) (Peña, Cabedo y López 2002; López 2007), expresando que los sistemas de justicia propia, al ser instituciones de control social y de composición de conflictos, usan diversas medidas de coerción para establecer sus decisiones frente a quien transgrede las reglas de convivencia de la comunidad.

Ahora bien, para que se apliquen las penas y sanciones en estos sistemas de justicia comunal, existen reglamentos, procedimientos y normas propias que garantizan el ordenamiento social de cada comunidad, aplicadas por las autoridades legítimamente constituidas por medio de los procedimientos establecidos para resolver los distintos tipos de conflictos.

La pena o sanción jurídica aplicable a quien viola una norma preexistente, escrita u oral, es la consecuencia de la comisión de un hecho que daña o amenaza un bien común. En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien, tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción” (Bramont 1988).

En la jurisdicción indígena, la pena cumple una función que puede ser entendida de una manera distinta, no necesariamente es vista como un castigo, sino como una manera de facilitarle al infractor recuperar la dignidad perdida por la falta y reparar el daño causado a la víctima y a la comunidad. Esta es la razón por la cual la pena privativa de la libertad, el encarcelamiento fuera del territorio indígena, es prácticamente inexistente entre los pueblos indígenas, ya que una persona encerrada y aislada de su grupo social difícilmente podría reparar ningún el causado por su transgresión.

Todo orden social requiere mecanismos de control para garantizar la paz: la sanción emerge como el resultado necesario de la transgresión que se comete contra dicho orden social. La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la amenaza de pena o sanción, la convivencia humana en una sociedad dada sería muy difícil. El fundamento y los fines de la pena son un tema ampliamente debatido sobre el que hasta la actualidad existen diversas opiniones. Expondremos sucintamente los puntos de vista más representativos: las teorías absolutas, las relativas y las eclécticas o de la unión.

Vaicháko ko'a peve hesakáha ypykuéra jurisdicción avei ipokatuha ome'ëvo hembiapovaívape pena ha sanción, ojehechakuaa háicha umi léi guasu, OIT Ñoñe'ëme'ë 169 ha DNU DPI-pe. Ko jurisdicción ryepýpe ndokéi upe pokatu *notio* (oikuaa), *juditio* (oporohusga); oike avei upe *coertio* (pokatu oiporúvo hekópe mbarete) (Peña, Cabedo ha López 2002; López 2007), he'íva umi tekojoja sistema teete, temimoĩmby oporombohekorá ha oñesë haña apañuãigui hekópe, ojekoha opaichagua pojoapy oporohekove jopy haña rehe jahechápa ombovale hembiapoukapy umi máva osambi'apóvape upe tekohápe.

Ága katu, oñemoañete haña umi pena ha sanción umíva umi tekojoja tekohakúrape, ojejuhu tekoguataha oñemohendahápe mba' éichapa oñemboquatáta ha tembapoukapy tee ombohapéva mba' éichapa ojeikóta ojoapytépe pete'ítei tekohápe, oiporúva umi mburicha upevará ojeporavóva, ha pojoapy oñemboajepyre oñesë haña opaichagua ñokaráigui.

Umi pena ha sanción oñeme'ëkuaáva tapicha ogueroikéva tesaparápe tembapoukapy ojeguerekómava, taha'e ojehaiupyre téra ayvupeguáva, ojeporu ojuhúramo mba'e ombyai téra omoingéva tesaparápe jeikove porá ojoapytépe. Upéicha rupi, pena hína "castigo oñeme'ëva mburuvicha ojeporavopyréva hekópe oipe'ahápe pete'í bien jurídico tapicha oike rire proceso-pe ojejuhúre hese opyrú hague derecho rehe ha upevakuére ojeity hí'ári upéva" (Bramont 1988).

Ypykuéra jurisdicción-pe niko pena oñeme'ë ndaha'úi katuete ambue hendapeguáicha, ndojehechái katuete castigo-ramo; ojeporu uvei ikatu hañuáicha upe mba'evai apohare ohupytyjey tekokatu operdeva'ekue hembiapokue rehe ha ombojevuy oipe'eva'ekue upe tapicha omba'evai apohare ha hekohápe. Upéicha rupi ñemonambíri téra ndojeguerahái pe máva ka'irãime okápe hekohagui; ko'á mba'e ndojehecha guasúi ypykuéra retáme, oikuaaha rehe hikuái pete'í tapicha oñembotýva ha ha'ëño ambuekuéragui ndaikatuiha ombojevývo mba'evai ojavova'ekue ambuekuéra rehe.

Opaite hendápe ojeikove haña oñondive oñeikotevë mba' éichapa oñeñangareko oñemoañete haña py'aguapy: sanción ojeporu tekotevë rupi ojeity máva omba'evai'apóva ári ombyáire jeikove oñondive. Pena rehe ojejevale tekotevë rupi ojeporu ojehekovejopy haña, jahechápa oñemoañete maymavépe opa mba'e tekotevëva oikovévo, maymave oikovekuua rekávo oñondive pete'í tekohápe. Ndojeporúramo pena téra sanción ojeporombochákevo hasykuéta ojeikovévo oñondive pete'í tekohápe. Mba'épepa oñemopyenda ha mba'érapa ojeporu pena rehe hetaitemíma oñeñomongeta ha'e ko'ága mave noñeñuahëmbái gueteri pete'í ñe'ëme. Ko'ápe oñemboguary umi tembihecha tuichavéva hesegua: umi teoría absolutista, relativa, ombojoajúva ko'áva téra katu mokõive.

Para las teorías absolutas, llamadas también retributivas, el fundamento de la pena radica en la mera retribución, mientras que para las teorías relativas la pena no constituye un fin en sí misma, sino un medio de prevención. Se busca resocializar a la persona que comete el delito. En tal sentido:

... no se puede afirmar que exista función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales, es decir la posibilidad que el delincuente vuelva a reincidir. (Hassel 2007)

La naturaleza de las penas en el sistema indígena

Señala Antonio Peña Jumpa (2009), analizando la jurisdicción indígena, que las sanciones pueden ser definidas como la fuerza coercitiva de la comunidad que surgen ante el incumplimiento de sus reglas básicas. En la medida que se han transgredido las normas de convivencia en la comunidad, las penas intentan restaurar esa convivencia alterada. Buscan prevenir o mantener la armonía de la comunidad. Dentro de esta perspectiva, la sanción se puede componer de tres elementos básicos:

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

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

Umi teoría absolutista, oñehenóiva avei retributiva, ojeporu pena oñembojevuy rekávo mba'evaikue, katu umi teoría relativista-pe ġuarã pena ndovaléi ijeheguirei, ovale uvei ogehapejokótamo mba'evai'apo. Oñeñeha'ã ojegueroikeye tapicha omba'evai'apóvape hapichakuéra apytépe. Upéva kuápe

... ndaikatúí oje'e peteí mba'enteha pena rembiaporã, térã katu oñeme'ẽ ichupe péva térã amovarã añóntepa ojeporukuaa. Ha'e niko, añehápe, pojoapy hakãhetáva ojeporúva heta mba'erã hese ojejevale javeve, péva he'ise péicha umi léi apohára ombotovéva tekorã oiporúramo pena chákeramo, ha'ekuéra ohapejokosehahína mba'evai apo, hese oñemongyhyje rehe tetãyguakuéra ani haġua ojapo mba'evai. Áġa katu jepevéramo oñeporombocháke maymavépe ha upevére oĩjey omba'evai'apóva, ijapohare ári ojeity upe tukumbo oñemohendávama upe mba'evai-pe ġuarã, ha upéicha ojejapóvo ipohyivekuaa mba'evaikue ñembojere térã katu ñehenonde'a upe prevención general positiva rupive, jepevéramo ndojehejái umi preventivo especial, he'iséva opytaha juruja upe mba'evai apohare ho'ajeývo hembiapo vaípe. (Hassel 2007)

Mba'etépa pena ypykuéra rekojojápe

Antonio Peña Jumpa (2009) niko he'i ypykuéta rekojoja ñemboguatápe sanción ikatuha oñehakã'í'o ha'eha mbarete oporojopývo tekohápe oiméramo oĩ máva nomoañetéiva tembiapoukapy. Oiméramo oñepyrũ umi tembiapoukapy oñemohendahápe mba'éichapapa ojeikoveva'erã ojoapytépe, pena rupive oñembojevuyse jeikove oñondive oñemoingeva'ekue tesaparápe. Heseae oñeñeha'ã ogehapejoko térã katu toñemopyenda jeikove porã ojoapytépe. Péicha ojehecháramo, ipype oikekuaa mbohapy mba'e:

- Mba'evaikue ñembojevuy.
- Pena térã castigo ñeme'ẽ.
- Ojeporoamenasa oñeme'ẽtaha pena ijyvatevéva.

Pena niko, tuicha háicha, ojeporu ypykuéra retáme ha tekojoja imba'e teévape jahechápa oñembojevuy opa mba'e upe mba'evai ojehu mbovyve guaréicha: oiméramo opyta mba'evai pore, mba'evai apohare ombojevuyva'erã ha avei jeikove porã oñondive upe tekohápe. Jepevéramo hetaiterei kásope ñokarãikuégui oñesé umi tapicha oñemoívo oñoñe'ẽme térã oikove porãjey hikuái, avei oñeme'ẽ pena térã castigo umi tapicha hembiapovai va'ekuépe upe tekohápe.

El objetivo general de la resolución de un conflicto en la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal y la armonía social, mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales creado por el arreglo o la decisión; busca, igualmente, imponer orden y autoridad. Todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantizan la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. Asimismo, en los procesos de justicia comunal se enfatiza que los infractores rectifiquen su conducta, que aprendan una “lección”.

Un estudio sociojurídico que investigó en dos países la justicia indígena da cuenta de que en los conflictos resueltos por la justicia comunal no todos terminan con una sanción. En este estudio se señala que alrededor del 58,9% de los conflictos terminan con una conciliación, arreglo o transacción; mientras que en un 18,7% de las actas analizadas la solución quedaba pendiente y que solo en un 22,1% se lograba una decisión comunal que incluía sanciones (Hans-Jürgen y Franco 2007).

Tipos de sanciones en la jurisdicción indígena

Dentro de los sistemas de justicia comunal o indígena hay un sinnúmero de sanciones como sistemas pueden existir. Sin embargo, aunque con diversos nombres y significados, los tipos de sanciones son similares en los países donde se aplican estos sistemas:¹⁰

- Multas.
- Devolución de los objetos robados.
- Exposición a la vergüenza pública.
- Indemnizaciones.
- Ejercicios físicos.
- Privación de la libertad y suspensión de elementos identitarios.
- Pago de los daños a través de trabajo comunal.
- Baño con agua fría al amanecer.
- Castigo con ortiga, el fuele o látigo, los pencazos.
- Trabajos en las comunidades.
- Pérdida o suspensión de sus derechos comunales.
- Excepcionalmente se aplica la expulsión de la comunidad, considerada también como una de las sanciones más graves.

10 Peña Jumpa, en sus trabajos de investigación con comunidades campesinas del sur, o las comunidades nativas aguarunas del norte amazónico del Perú, ha identificado algunos tipos de penas, como el calabozo o privación de la libertad, el trabajo forzado o servicio público, el humeo en la cara y la toma de ayahuasca o toé, la hortigueada, el corte de pelo y multas (Peña 2009).

Ko'ápe opa hendáicha ojeheka oñesē haḡua ñokarāigui, jahechápa ojeiko térā oñembojevy py'aguapy ha jeikove porā oñondivekuéra, ha oñemohendajey mba'eichapa ojeikovéta oñondive upe guive; upéichante avei oñemoi tekora ha pokatu tekoveva. Opavave opyta oñoñe'eme mi sanción ha ijeporu omoañeteha oívo pokatu ha oñembohekorávo upe tekoha. Upéichante avei oñemboguatávo ypykuéra rekojoja oje'ejejeje mba'evai apohare ojevvyva'eráha ijehe, ha toikuaa "mbo'epy" pyahu.

Petei jeporekapy ombojoajúva tekoaty ha léi ojejeporekahápe mokoi tetáme ypykuéra rekojoja ñemboguata rehe ohechakuaa umi ñokarāigui oñesē haḡua ombohapeva'ekue tekoha rekojoja nda'apavavéipe oñeme'ē hague sanción. Upe jeporekapýpe ojehechauka amo 58,9 % ñokarāingue rupigui oñesē hague ñomongeta, térā jehepyme'ē rupi; upéicha avei ohechauka 18,7 % umi kuatia oñehesa'yjova'ekuépe ojejuhu noñemboytýi gueteriha upe káso, ha 22,1 % katu ojepyta upe tekohápe oñeme'ēvo sanción mba'evai apoharépe (Hans-Jürgen h Franco 2007).

Sanción oñeme'ēkuaáva ypykuéra rekohápe

Ypykuéra rekojojápe niko hetaiterei sanción ojejuhu, heta hendáicha avei omboguata hikuái. Katu heta hendáicha oñemohéra ha heta mba'e he'iséramo ramo jepe, umi sanción oñeme'ēva ojojoguapa upe tetá oñemboguatápe ko'a sistema:¹⁰

- Multa.
- Mba'e oñemondava'ekue ñembojevy.
- Oñemotí pe mba'evai apoharépe maymave renondépe.
- Indemnización.
- Jehete ñemongu'e.
- Ñemoka'irái ha ojepe'a umi mba'e heko tee rehegua.
- Mba'evaikue rehe jehepyme'ē, tembiapo tekohápe ḡuarā rupive.
- Ñembojahu y ro'ysáme pyharevete.
- Pyno, tukumbu térā ñana matakúepe ñembyepoti.
- Tembiapo upe tekohápe.
- Oje'e'a derecho ojeguerekóva tekohapýpe .
- Jeyvéramo avei pe máva oñemosē upe tekohágui, kóva sanción ivaivéva ojeguerekóva.

10 Peña Jumba, ijeporekapy omboguatáva umi chokokue yvyvoygua rekoha térā ypykuéra aguaruna rekoha Perú-pe yvatévo Amazonas gotyo-pe, ohechakuaa pena oñemboguatáva, ha umíva apytépe jeporomonambi, jeporomomba'apo mbaretépe térā jeporomba'apo ambuekuérape, mba'eñemotímbo tapicha rova rehe, ayahuasca térā toé je'u, pynóme ñembyepoti, ñemoakãperō ha multa hamba'e (Peña 2009).

Este conjunto de sanciones podemos decir que son tangibles, es decir, tienen una presentación material. Asimismo, existen otro tipo de sanciones que “no tienen representación material mas sí simbólica, como la exposición pública y la imposición pública” (Piñacué 1997, 47). Las multas, por ejemplo, son establecidas de acuerdo con la cuantía de la causa, como también de acuerdo con la gravedad del caso o la posibilidad económica de los accionantes; en el caso de los quichuas de Ecuador, por ejemplo, se estableció una tabla de montos, siendo las más sobresalientes las siguientes: 200.000 sucres por el robo de animales,¹¹ 150.000 sucres por las peleas entre familiares o vecinos, 200.000 sucres por problemas de linderos, 50.000 sucres por chismes. El fruto de las multas es destinado a los fondos de las comunidades o de la organización. En otras comunidades se prioriza el castigo corporal, como los fuetazos, la penqueada, o el trabajo comunitario, como la denominada cadena ronderil y los apremios físicos que aplican las rondas campesinas del Perú. Estas sanciones buscan fundamentalmente objetivos como:

- Educación del culpable.
- Ejemplo pedagógico para toda la comunidad.
- Corrección y reparación de los daños.
- Rehabilitación y reintegración del culpable a la comunidad.
- Expulsión de los incorregibles y reincidentes.
- “Purificación” de los infractores a través de castigos corporales (Hans- Jürgen y Franco 2007).

Las sanciones que se aplican en la jurisdicción indígena son de obligatorio cumplimiento, hay autoridades como el Tribunal Superior Indígena de Tolima en Colombia, que solicitan siempre el apoyo de la policía estatal para dar cumplimiento a sus fallos, pero este es un caso especial, la mayor parte de las sanciones comunales las ejecutan las mismas autoridades comunales. Todas las resoluciones que se adoptan en la administración de justicia quedan recopiladas en actas y resguardadas en los archivos de las comunidades. Esto lo hacen previendo hechos futuros que pueden suscitarse, por ejemplo, en caso de que cualquier autoridad, de dentro o fuera de la comunidad, pretenda desconocer o sancionar nuevamente por el mismo acto, por lo que se debe mirar el hecho que ya fue tratado y sancionado, es decir, se va formando una jurisprudencia que podría denominarse comunal y que idealmente también poco a poco podría ir incorporando principios propios de la justicia moderna, que constituyen valores que son patrimonio de la humanidad, tales como el principio del *ne bis in idem*, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, la doble instancia, el debido proceso y el respeto de los derechos humanos, todo lo cual debe ser definido interculturalmente.

11 Para el año 2000, la cotización del dólar fue de 25.000 sucres, lo cual hizo insostenible la política monetaria con moneda propia y se optó por la dolarización.

Ko'ã sanción atýra añetehápe ojeju, ojehecha ha oñeñandukuaa. Upéichante avei ojejuhu ambueichagua sanción ndaikatúiva ojehecha téra ojepoko hese, simbólico uveíva, umíva ikatu ojehechauka pe hembiaapo vaívape opavave rondépe téra katu upépe avei ojehekovejopy ichupe (Piñacué 1997, 47). Techapyrãramo ojereko multa, tuicha téra michĩkuaáva pe káso ivaiha javeve téra katu umi oikéva acción-pe viru ome'eháicha. Umi quichua Ecuador pegua káso, oñemoĩkuaa techapyrãramo; ha'ekuéra omohenda viru ikatúva ojejerure, upe ijyvatevéva ko'áva: 200.000 sucre mymba ñemondakuére,¹¹ 150.000 sucre umi oñorairõva hogapýpe téra hoga ykeregua ndive, 200.000 sucre apañuã lindero rehegua rehe, 50.000 sucre jurumy'yĩnguere. Viru oñembyatýva ko'avakuere ojegueroike upe tekoha téra oganización mba'erã. Ambue tekohápe ojeporu castigo corporal, ikatúva fueite-pe ñembyepoty, penqueada téra jeporomomba'apo tekohápe, umíva apytépe ronderil ha jehetejopy hamba'e oñeme'ëva chokokue atýpe Perú-pe. Ko'ã sanción rupive, ojehupyse ko'ã mba'e:

- Oñehekombo'e upe mba'evai apohápe.
- Oñehekombo'e mayma tapicha upe tekohapeguápe.
- Oñemyatyrõ ha oñembojevuy mba'evaikue.
- Oñemboheko potĩ ha ojegueroikejey tekohápe upe mávape.
- Oñemosẽ umi iñakãguapy'yva ha jeyjey omba'evai apóvape.
- "Oñemopotĩ" umi mba'evai apohápe ojekastigávo ichupekuéra (Hans-Jürgen ha Franco 2007).

Sanción oñeme'ëva ppykuéra rekojoja ñemboguatápe katuetei oñemoañeteva'erã, oĩ káso ojejerurehápe Estado policía-pe oipytyvõvo upevarã, ojapo háicha Colombia Tribunal Superior Indígena Tolima-pe; katu kóicha nameméi ojeju, opavave nunga sanción oñeme'ëva tekohápe omoañete umi mburuvicha upepeguavo. Opaite tembiapoukapy oñeguenohëva tekojoja mboguatápe tekohápe umi tekoha rupi oñemboguary acta-pe ha oñemohenda kuatiakuéra oñeñongatuhápe. Kóicha ojapo hikuái ohapejokóvo mba'e ojehukuaáva tenondevévo, péicha ku oimeraẽ mburuvicha, upe tekoha téra okapegua ohejaséramo gũarã tapykuévo téra katu ombojo'aséramo sanción peteĩ mba'ekuere; ojejesarekova'erã upe mba'e oñeme'ë hague sanción rehe, péva he'ise ojeiguyruháina tape tekojoja ñemboguatápe ikatúva oñehenói tekohapegua, mbeguekatúpe ikatuete porãnteva ojegueroike oúvo tekojoja pyahu rembiporu, oguerúva ijehe mba'eporã mayma yvypóra mba'e teéva, umíva apytépe ikatu *ne bis in idem*, ndojehecháivo pe mávape mba'evai apoharéramo, derecho oguerékóva máva oñepysyrõvo, instancia ñembojo'a, proceso ñemoguata hekope ha yvypóra derecho, maymave oñemohendava'erãva arandupyeta guive.

¹¹ Ary 2000-pe, dolar ojehepyme'ẽ 25.000 sucre rehe; upéicha rupi hasyeteri ojehepyme'ëvévo sucre-pe ha upémaramo ojeporũntema dolar.

Las penas y la justicia restaurativa

Hemos sostenido que las penas buscan principalmente el resarcimiento del daño, la restauración de las relaciones fracturadas en la comunidad y la reincorporación comunitaria del procesado. Para ciertos sistemas normativos indígenas, el agresor es una persona que ha sido influenciada por un espíritu o una energía negativa y, por tanto, representa algo que no es deseable; es entonces cuando aplican las sanciones, bajo la convicción de que están liberando al individuo y a la comunidad de esa energía negativa.

Las penas en la justicia comunitaria no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican, o sobre la base de la confesión y el arrepentimiento, en cuyo caso la pena será más leve, o sobre lo que la investigación haya logrado demostrar. Las penas no persiguen mirar el pasado, sino, sobre todo, restaurar el orden de las relaciones rotas en la comunidad y miran hacia el futuro; persiguen reparar el daño cometido, considerando para ello a todos los actores, incluyendo al transgresor mismo. Las penas buscan expiar al transgresor bajo la aplicación de normas comunales y la obediencia a las normas morales existentes en la comunidad.

La justicia restaurativa está presente en la administración de justicia comunitaria desde siempre y ha tenido éxito donde se ha practicado; para los Estados representa un avance en materia de victimología y criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y comunidades, se insiste en que la justicia repare esos daños y que a las partes se les permita participar en los procesos. La justicia restaurativa es una teoría que enfatiza en la reparación del daño presentado por una conducta delictiva. Se alcanza mejor a través de procesos cooperativos que incluyen a todos los interesados.

El énfasis en la búsqueda del acuerdo y de la reparación del daño está en función del restablecimiento del equilibrio social en las comunidades, donde las relaciones sociales se construyen con base en lazos familiares, de vecindad o de parentesco. La justicia indígena funciona en el marco de un contexto social y cultural de proximidad, en que tanto el demandante como el demandado se conocen y conviven. En este aspecto, esta justicia se diferencia de la justicia estatal porque la primera resuelve el conflicto teniendo en cuenta el contexto de convivencia social, y la segunda, solo tomando como referencia la ley de manera descontextualizada. Debido a su afán de restaurar el orden social, los expertos han denominado esta forma de hacer justicia como justicia restaurativa.

Pena ha tekojoja oporombohekorã jevýva

Ro'e rojúvokuri umi pena reheae oñembojevya mba'evai ojejpova'ekue, oñembohekovejey jeikove porã ojoapytépe oñemondohova'ekue tekohápe ha ojegueroikejey ko'ápe upe tapicha oikeva'ekue proceso-pe. Oĩ ypykuéra rembiapoukapy apytépe tembiguerovia upe omba'evai apóva ha'ehahína máva oikéva ipype angue térã katu peteĩ energía vai ha, upéva, ha'e máva avave ndoipotáiva; upéicha javéramo ome'ẽ hikuái sanción, oguerovia rehe ombohekovesãso-ha upe tapicha ha avei tekohápe upe energía vaígui.

Pena oñeme'ẽva tekoha rekojojape ndopytái jejavy térã tembigueroviápe; ojejesareko umi ojehuva'ekue rehe ha sanción katu oñeme'ẽ mokõi hendáicha, pe máva omombe'u térã ojevývo ijehe, upéicha jevéramo oñeme'ẽ pena vevuive, ýramo katu oñeme'ẽ umi marandu oñembyatyva'ekue ojehuva'ekue ári. Pena repive noñema'ēséi ojehuva'ekue yma rehe; oñeme'ẽ uvei jahechápa oje-promoingove porã jey tekohápe ha oñema'ẽ tenondévo; heseae oñembojevise mba'evai opytáva ojehuva'ekue rapykuerépe, ha upevarã ojererekopaite tesa renondépe maymavévape, upe mba'e vai apohápe avei. Pena rupive oñemopotise pe tapicha hembiapovai va'ekuépe ojeityvo hi'ári upe tekoha rembiapoukapy ikatu hañuáicha upe tapicha omoañete umi tekorã ojeporúva upe tekohápe

Tekojoja oporombohekorã jevýva ojeporúma tekojoja ñemboguatápa umi tekohápe ymaite guie, ha heseae ojehpupyty ojehekáva umi tenda ojeporu ha guépe; Estado-pe ñuarã tuicha oipytyvõ victimología ha criminología-pe. Ojehechakuaa rehe mba'evai ojejpová ombyaiha tapicha ha tekoha maymavépe, oje'ejevyy tekojoja ombojevyyva'erãha mba'evaikue ha mayma oikéva proceso-pe oñehenduva'erãha. Tekojoja oprombohekorã jeyva hina teoría ojopýva oñembojevyy hañua mba'evai opytáva jejavy rapykuerépe. Péva ojehpupyty porãve umi proceso oñehendupahápe maymavépe, ha umíva apytépe tapicha oikévape ipype.

Koichagua tekojoja ñemboguatápe oñemotenondeve ñembojeiko porã jeyvyy oñondive ha mba'e vai ojehuva'ekue ñembojevyy jahechápa ojeikove jeyvyy jokupytype umi tekohápe, tapichakuéra ojoajuve rupi hogayguakuéra rupi, hóga ykerygua ha mayma igénte ndive. Ypykuéra rekojoja oñemongu'ëve ojehecha rehe tapichakuéra oikoveha añuimba ojehegui, ha upéicha rupi upe tapicha oporodemanda ha oñodemandáva ojokuaa ha oiko ojoapytépe. Ko'ápe ojoavy ojehegui koichagua tekojoja Estado omboguatáva ndive, tenondeguápa oheka rupi oñesévo ñokaráigui ojesarekóvo jeikove oñondive rehe; Estado omboguatáva katu ojesareko léi rehe año, ha ndoguerékoi hesa renondépe umi tapicha oikoveha ojoapytépe. Ohekaiterei rehe oporoñomoiingo porã oñondive umi tekohápe umi tapicha arandu ohenói ichupe tekojoja oporombohekorã jevýva.

En este orden de ideas, tal y como señala Raúl Zaffaroni:

... [no] tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países, lo racional es admitir que es preferible el comunitario y en la medida que funcione, lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles. (2009, 110)

De las penas y sanciones y sus límites en los derechos humanos

Las penas establecidas en los pueblos indígenas pretenden regular el control social de la vida en la comunidad, no persiguen en general causarle un daño al individuo infractor o sujeto transgresor, sino mitigar el efecto negativo y restaurar la armonía social. No existen, o al menos no deberían existir, en los tipos de penas comunitarias la pena de muerte, la esclavitud, la desaparición de los infractores o la tortura física o psicológica que afecte gravemente la salud de los individuos, pues esto estaría violando los límites impuestos por la legislación de origen internacional y nacional. Lo que sí es posible encontrar son algunos castigos físicos que guardan proporcionalidad con las responsabilidades establecidas en las asambleas y que no involucren daños graves, como lo señala la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia del “fuate” (Corte Constitucional de Colombia 1997b). Generalmente, el mayor castigo es la expulsión de la comunidad o la entrega a las autoridades judiciales estatales.

Los límites de las formas de sanción, como ha quedado dicho, son el respeto por los derechos humanos y los derechos fundamentales de los órdenes legales nacionales. Algunas constituciones también señalan como límites aquellos “que no atenten contra el ordenamiento jurídico”. En todo caso, lo importante es que en el momento de evaluar estos hechos y los tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave pluralista como se ha desarrollado en este Manual. No se puede juzgar solo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario, también hay que respetar las formas establecidas en los sistemas indígenas y buscar una solución intermedia, como ha sucedido con la Corte Constitucional colombiana que ha fijado como parámetros para los diversos tipos de castigo en la justicia indígena un núcleo básico (núcleo duro) de derechos que los sistemas de justicia propia deben adecuar en el momento de aplicar las sanciones en los conflictos de su competencia.

Ko'ã mba'e kuápe, he'iháicha Raúl Zaffaroni:

... [ndajarekói] niko ñande mba'érepa jajopysévo umi ppykuéra rekohápe pojoapy oñesē haḡua ñokarāigui umi ha'ekuéra oiporúvagui. Oiméramo upe sistema penal oguerékóva civilización upe jaru ha jaraháva ñane retānguérape, añetehápe oikeva'erā ñane akāme iporāveha ppykuéra mba'éva, ha oñemboguatávo umíva, tekotevēne jahechakuaa ha ani jaikese ipype, ndajarekói rehe ambue iporānivéva ñaikuave'éva'erā ichupekuéra. (2009, 110)

Umi pena ha sanción ha yvypóra derecho rehe ñemoañete

Umi pena ome'eva ppykuéra retā, añetehápe, omoingo porāse maymavépe umi tekohápe; ha'ekuéra nombyaiséi upe mba'evai apoharépe, omboveuise mba'evaikue ha omoingoporāmba jevy maymavépe. Ndojehuhúi, ha añetehápe ndaiporiva'erāivoi umi tekohápe pena de muerte, ñemohembiguái reko, hembiapovaíva ñemokañy téra katu tortura, taha'e hete ha iñakāme umi tapichápe ikatukuaáva ombyaivai ichupe; péicha ojuhúramo he'ise opyrūhahína umi léi opa tetāmegua ha peteī tetāmeguáva ári. Áḡa katu ikatuete ojejuhu umi tekohápe hína castigo físico ipohýiva oñemohenda háicha iñamandajekuéra ha nombyaivaíriva pe mávape, omanda háicha Colombia Corte Constitucional upe sentencia del “fuate”-pe (Colombia Corte Constitucional 1997b). Castigo iporo'ováva oñeme'eva hína tekohágui ñemosē térā oñembohasa upe káso mburuvicha Estado pegua pópe.

Moō mevépa oñemoḡuahēkuaa sanción, oje'éma haguéicha, oñemoañete-ma guive yvypóra derecho, ha umi derecho tekotevēvéva oñemohendáva leikuéra upe tetāme. Oī léi guasu he'iva ikatuha ojepyso umi “nombyaíriva leikuéra omandáva rehe”. Opaike kásope iporāne oñehakā'i'ō jave ko'ã mba'e ojuhúva ha umi sanción ikatukuaáva oñeme'e, ojejesarekomi arandupyeta resa guive ha tojehechakuaa maymavépe, ojejaháicha ojejúvo ko Arandukápe. Ndai-katúí oñemboguata juicio tembiapoukapy oñemoíva sistema ordinario-pe ári año; tekotevē oñemboaje avei umi ppykuéra pojoapy tee ojejuhúva ha ojecha mba'éichapa oñemombytekuaa, oiko haguéicha Colombia Corte Constitucional-pe, omohendava'ekue opaichagua castigo ome'ekuaáva ppykuéra tekojojá-pe ḡuarā michíha guivo (núcleo duro) derecho tekojoja ha'ekuéra omboguatáva omoañeteva'eráva ome'ē jave sanción oñesē mbotávo ñokarāi ojuhúvagui.

En efecto, en la Sentencia T-254 de 1994 este tribunal establece:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los derechos humanos como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos. (Corte Constitucional de Colombia 1994a)

Sin embargo, posteriormente, en la Sentencia T-349 de 1996 señaló que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos contenidos éticos”, esto es el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas de conformidad con la especificidad cultural de cada comunidad indígena (Corte Constitucional de Colombia 1996b). Esta última posición es la que no se ha rescatado de manera suficiente en la difusión de la jurisprudencia de la Corte, y es la que, en propiedad, como señala Edgar Solano, está más acorde con el principio constitucional de respeto a la identidad étnica y cultural de la nación. Al tomar en cuenta las definiciones sobre dignidad y derechos de los pueblos indígenas, cumple con el carácter universal de los derechos humanos y se logra conciliar con el respeto de las diferencias culturales de las minorías (2000, 176).

El límite del respeto de los derechos humanos debe ser entendido en el marco de la interculturalidad, es decir, no siempre que en el sistema sancionatorio de estos pueblos se incluya alguna forma de castigo físico. Por ejemplo, azotar públicamente a una persona o limitarle algún derecho fundamental, como podría ser suprimirle o cortarle el servicio de agua a su vivienda, constituye una violación de sus derechos humanos. Como se mencionó, es importante partir del hecho de que toda forma de castigo judicial establece una limitación a un derecho humano, por eso, frente al análisis de los sistemas de sanción de pueblos indígenas, es fundamental tener en cuenta una lectura adecuada al valor constitucionalmente protegido de la diversidad étnica y cultural. Tal y como argumenta la Corte Constitucional de Colombia:

El Estado tiene la especial misión de garantizar que todas las formas de ver el mundo puedan coexistir pacíficamente, labor que no deja de ser conflictiva, pues estas concepciones muchas veces son antagónicas e incluso incompatibles con los presupuestos que él mismo ha elegido para garantizar la convivencia. En especial, son claras las tensiones entre reconocimiento de grupos culturales con tradiciones, prácticas y ordenamientos jurídicos diversos y la consagración de derechos fundamentales con pretendida validez universal. Mientras que una mayoría los

Upéicha rupi Sentencia T-254, 1994 guare rupive, upe tribunal omohenda:

Umi derecho tekotevêvéva oñemoañetéva léi guasu rupive ojeporúva ypykuéra rekohápe omohendávo moõite pevêpa ojepyso tekoeta etnia ha léi guasu rehegua niko ojejapyhy derecho internacional-pe, ko'ýte oñeñe'ëramo yvpóra derecho rehe, ikatu haġuáicha ojeguereko cógido opaite tetãme ġuarã ha ñomongeta opaite arandupy ndive, jahechápa opaite tetãma ohupyty py'aguapy, tekojoja, tekosãso ha oñakãrapu'ã. (Colombia Corte Constitucional 1994³)

Katu, upe rire, Sentencia T-349, 1996-pe guarépe, he'i ypykuéra ruvicha oñemongu'eva'erãha "tekorã michiha guivo omoañeteva'erãva", ko'avahína derecho ojeikovévo, tembiguái reko ñemboyke, tortura ñembotove, procedimiento ñembovale, delito ha pena ñemboguata peteiteiva ypykuéra rekoha arandupy rekópe (Colombia Corte Constitucional 1996b). Ko ipahapeguáva posisiõ sa'i oñemopyenda ha oñemyasãi Corte jurisprudencia-pe, ha péva hína añetehápe, he'iháicha Edgar Solano, ohovéva léi guasu pyenda oñe'ëva oñemomba'eva'erãha tetãme omopeteiva etnia ha arandupy rupive. Ojererekóramo tesa renondépe he'iséva ypykuéra retã rekokatu ha derecho, ojokupyty yvpóra derecho ojejapyhy háicha yvy ape ári ha avei oñemoañete oñemomba'ëvo tapi-cha aty imbovyvéva arandupy oikoéva ambuekukéragui (2000, 176).

Yvpóra derecho ñemboaje michiveha guivo oñeikũmbyva'erã arandueta kuápe, péva he'ise, nameméi umi sanción ome'ëva ko'ã tetãmáme ojegueroi-keha castigo físico. Techapyrã, oñembyepotíramo opavave renondépe peteĩ tapichápe térã ojekoko ichugui iderécho tekotevêvéva, ikatuvahína noñeme'ëvéi ichupe térã oñekytĩ ichugui y oiporúva hogapýpe hamba'e; opa ko'áva opyrũ iderécho rehe yvpóra háicha. Oje'éma haguéicha, iporãva'erã ojeguereko tesa renondépe oimehaichagua castigo judicial omohendaha moõ mevêpa oġuahẽ peteĩ yvpóra derecho; upévore, oñehesa'yjõvo ypykuéra retã ome'ëva sanción, tekotevêterei oñeikũmby hekópe léi guasu omandáva oñemo'ã rekávo tekojo-paraeta etnia ha arandupy rehegua. He'iháicha Colombia Corte Constitucional:

Estado niko omoañeteva'erã katuete opaichagua arapy jehecha oikove haġua jokupytýpe oñondive, tembiapo ndahasy'yiva, ojekuaa rehe umi tembihecha jeyvéramo opu'ãha ojeuhe ha ndaikatuivoi oñemboguata umi tekorã ha'ete voi oiporavova'ekue ojekove haġua oñondive. Ko'ýte hasykue ojehechakuaávo tapicha aty iñarandupy, hekovekue, iguata ha hembiapoukapy ambuéva ha umíva renondépe oñemoañetévo derecho maymavépe ġuaráva, oñembovaleva'erãva opa hendápe. Opavave nunga oguerovia ndaikatuíha ojepoko hese, tekotevêha opavave tetã oikovekuaa oñondive, ambuekuéra nomeneĩri oñemoañetévo tekorã opavavetépe

estima como presupuestos intangibles, necesarios para un entendimiento entre naciones, otros se oponen a la existencia de postulados supraculturales, como una manera de afirmar su diferencia, y porque de acuerdo con su cosmovisión no ven en ellos un presupuesto vinculante. En otras palabras, aun siendo clara la dificultad para entender algunas culturas desde una óptica que se define como universal, el Estado tiene que hacer compatible su deber de preservar la convivencia pacífica dentro de su territorio, garantizando los derechos de sus asociados en tanto ciudadanos, con el reconocimiento de sus necesidades particulares, como miembros de grupos culturales distintos. En esta tarea, además, le está vedado imponer una concepción del mundo particular, así la vea como valiosa, porque tal actitud atendería contra el principio de respeto a la diversidad étnica y cultural y contra el trato igualitario para las diferentes culturas, que el mismo ha reconocido. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

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

El juzgador debe, en razón de su obligación de respetar la diversidad que ha sido reconocida y protegida por el bloque de constitucionalidad, situarse en el contexto cultural donde se ha producido la sanción o el castigo que resulta de la aplicación de su propio derecho, frente a quien ha cometido la transgresión que es juzgada. En estos casos, en la misma sentencia que hemos citado, la Corte Constitucional sugiere lo siguiente:

Una primera solución a este tipo de conflictos se ha planteado en términos de un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores. Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una. Así lo entendió la Corte Constitucional, que en sentencia de 1996 estableció los criterios que deberá tener el intérprete para solucionar los conflictos que puedan presentarse entre el principio de diversidad étnica y cultural y otros principios de igual jerarquía, y señaló los límites que, basados en un “verdadero consenso intercultural”, deberán respetar las autoridades indígenas en el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su territorio. Es obvio, como lo señala la sentencia, que esa interpretación no puede alejarse de las características específicas de la cultura involucrada, pues existen diferencias en el grado de aislamiento o integración respecto de cada una, que lleva incluso a establecer diferencias en la manera en que determinan cada uno de sus asuntos. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

ğuarāva, péicha ohechauka hağua iñambueha, ha hembichecha guive ndojuhuiha ipype mba'e ombojoajúva hese. Ambue hendáicha oje'ekuaa hasykuéramo jepe oñeikũmbývo arandupy ojepysokuaáva opavavépe, Estado ombokatumanteva'erā hembiaporā tee omoingovekuaáva mayma tapicha oikovévape ijyvýpe, omoañe-te hağua maymavépe iderecho yvypóra háicha, hemikotevê tee rehe, yvypóra aty iñarandupy ambuévaramo. Upéva ári, kóicha ojapo hağua, ndojehejái ichupe oipy-sopávo opavavépe arapy jehecha peteĩnte, jepevéramo ohechakuaa upéva ovaleha, péicha ojapóramo opyrũta rehe tekojoparaeta etnia ha arandupy rehegua rehe ha peteĩcha otratava'erāha opavave arandupýpe, ha'eteko ohechakuaa haguéicha. (Colombia Corte Constitucional 1997b)

Ko mba'e rehe añetehápe hetáma oñeñomongeta, ko'ýte umi Estado rekojoja mboguataharakuéra apytépe, ohecháva ypykuéra jurisdicción rehe tenda ipahaitéva ha'ekuéra ikatu'yha oike. Katu ko'ápe ojehechava'erā tuichave háicha tekojoja heta ñemboguata, ha umi ypykuéra rembiapoukapýpe katu ojehechakuaava'erā pokatu oguerekóva ha'ekuéra ome'ëvo sanción.

Upe oporohusgáva omboajeva'erā rupi tekojoparaeta léi guasu ohechakuaa ha oñangarekóva, oñemoi'vo upe arandupy oñeme'ë haguépe upe sanción téra castigo oñemboguatáva derecho teete rekópe, upe tapicha ojapova'ekue mba'evai ojegueroikéva juicio-pe. Ko'ã kásope, upe sentencia oremandu'a haguépe, Corte Constitucional ojerure kóva:

Oñesékuaa hağua koichagua ñokarāigui niko tekotevê oñeñombojokupyty arandupyeta maymáva, ikatuva'erāva oguerojera jeikovekuaarā ojoapytépe, oguerekóva hesa renondépe maymave tapicha aty mba'eporā. Péva he'ise toñeğuahê oñoñe'ëme michi'ha guivo tekovévape opaite arandupy oikovekuaa hağua oñondive, tekotevê'yre avave omboyke umi mba'e omopetei ha omoambuéva ichupekuéra. Upéicha oikũmbýkuri Corte Constitucional, setencia 1996-pe guare rupive omohenva'ekue mba'e mba'épa oguerekova'erā upe ñe'ëasahára ikatu hağuaíicha oipyto-võ oñesëvo ñokarāigui ikatúva ojehu tejojoparaeta etnia ha arandupy rehegua ha ambue tekopyrā ijaveguáva ndive, ha omanda guivo, "arandupyeta ñomongeta teete" kuápe, omoañeteva'erāva ypykuéra ruvicha maymáva omboguatakuéra tekojoja hekohápe. Ysatícha hesakā, he'iháicha voi upe sentencia, upéva ndaikatuha oñeikũmbývo okápe umi arandupy oikéva ipypégui, ojekuaaha rehe napeteichaiha umiva hi'ağui ha mombyry ojuehegui, ha upéicha rupi, heta jey, oikoe ojuehegui peteiteiva omboguata háicha umi káso. (Colombia Corte Constitucional 1997b).

También en relación con la limitación del poder sancionatorio de la jurisdicción indígena es oportuno invocar la regla general que la Corte Constitucional colombiana ha señalado respecto a la autonomía de los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia: la regla de maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones, con la cual se busca salvaguardar los intereses de mayor jerarquía. Esta regla, en palabras de la propia Corte Constitucional:

... supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: [...] 1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía [...] 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares [...] 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. [...] Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas. (Corte Constitucional de Colombia 1996a)

Oñeñe'ëramo avei moõ mevëpa ojepysokuaa pokatu oguerékóva ypykué-
ra jurisdicción ome'ëvo sanción, iporãne ojegueromandu'a apoukapy guasu
omoïva'ekue Colombia Corte Constitucional oñe'ëvo ypykuéra rekosãso ha re-
kojoja tee rehe: oñemongakuaávo ypykuéra rekoha rekosãso ha ojepe'ave mba'e
ohapejokóva, jahechápa oñeñangareko umi mba'epotapy tuichavéva rehe. Ko
tekorã, Corte Constitucional ñe'ë teépe:

...péicha ku oiméramo oñeha'ãta mba'epotapy ikatúva opu'ã ojehe oñeñangare-
kosévo tetã tekojoparaeta etnia rehegua, ikatu ojhapejoko tekohapykuéra rekosã-
so ojuhúramo ko'ápe oñembohysýva: [...] 1. Amáke oñeñangareko imba'eporu
ha ijepokuaa rehe, toñembohekosãso tuichave [...] 2. Umi derecho tekotevëvéva
oñemboguapýva léi guasúpe michíveha guivo oñemoañeteva'erã oikove hağua
oñondive mayma tetãygua [...] 3. Tetã rembiapoukapy katuetei oñemboajeve'erã-
va (de orden público) ipohyive ypykuéra retã mba'eporu ha jepokuaágui, oiméma
guive oñangarekóta léi guasu rembiapoukapy ijyvatevéva tekojoparaeta etnia ha
arandupy rehegua rehe. [...] Ypykuéra rekoha mba'eporu ha jepokuaa ipohyive
umi norma legal oñemboguatávagui. (Colombia Corte Constitucional 1996⁴)

El debido proceso en perspectiva intercultural

Guillermo Padilla, Aresio Valiente y Ginna Rivera

El debido proceso y el principio de legalidad establecen umbrales y controles basados en los derechos fundamentales, muchas veces concretados en virtud de leyes especiales con el fin de balancear la asimetría de poder entre el Estado y el individuo, de manera que se facilite la accesibilidad a la justicia y a los contenidos de la ley. Para la víctima de delitos y abusos, estos principios buscan que el daño sufrido sea pronta y adecuadamente investigado, que los responsables sean sancionados y que los perjuicios materiales e inmateriales sean reparados. Por el otro lado, el debido proceso otorga garantías procesales al acusado para una adecuada defensa y así prevenir condenas arbitrarias.

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

El debido proceso constituye una garantía infranqueable para todo acto en el que se pretenda –legítimamente– imponer sanciones, cargas o castigos. Constituye un límite al poder de sancionar y, con mayor razón, se considera un principio rector de la actuación administrativa del Estado y no solo una obligación exigida a los juicios criminales. (Corte Constitucional de Colombia 2001)

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

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas tiene barreras en la cobertura territorial de los tribunales, la excesiva judicialización de los conflictos, el formalismo del derecho, el uso dominante del idioma no indígena y el tratamiento discriminatorio. El acceso a la justicia de los pueblos indígenas raramente constituye un objetivo claro en las reformas judiciales del continente (Mullucundo 2006).

Proceso ñemboguata háicha arandupyeta rekópe

Guillermo Padilla, Aresio Valiente y Ginna Rivera

Proceso ñemboguata hekópe ha léi ñembohekopy omohenda oñemoñepyrũ ha oñeñangareko haña derecho tekotevẽvéva rehe, jeyvéramo oñemoañetéva umi léi especial rupive, jahechápa oñemombyte joavy ojejuhúva Estado ha tapicha ndive, ikatu haña háicha maymave tapicha ojevalekuua tekojoja ha umi léi he'íva rehe. Tapichakuéra ohasava'ekue abuso-pe ñuarã, ko'ã pojoapy reheae ojeheka umi mba'évai ohasava'ekue tojehapykuereka hekópe, umi ijapoharépe toñeme'ẽ sanción ha umi mba'évai ohasava'ekue toñembojeyv pya'ete ichupekuéra. Upe proceso ñemboguata hekópe, avei, ome'ẽ upe tapicha ojeguerokéva proceso-pe tembiporu oikotevéva jahechápa oñedefende, ani haña ojeity hi'ári condena hekope'yva.

Legalidad rekopyrã ha proceso ñemboguata hekópe, Estado de derecho pyenda teéramo tekojoja renondépe, oñeha'ã tapicha oporoakusa ha ojeakusáva ogueraha tenondévo upe ojehuva'ekue, toñehendu hekópe ha toñemoañete ichupekuéra derecho omoñuahẽvo imba'ererure hue oku'éva ijehegui ha hekosãsóvape, jahechápa oñembotývo upe proceso-pe oñeme'ẽ mokõivévape imba'e tee, oñemboguata porã, tahesakã, tove tombohape ha toipytyvõ opa mba'e oku'e porãvo ha mayma tapicha tojojuhu py'aguapy.

Proceso ñemboguata hekópe hína pojoapy añetete opaite acto oñeme'ẽsehápe hape rupi porã sanción, cargo téra castigo. Ha'e omoĩ moõ mevépa oñe'ẽmekuua sanción, upéicha rupi ojehecha ichupe Estado rembiapo rekuái ramo, ha ndaha'ei peteĩ mba'e ojejapova'eráva katuetei umi juicio oñehesa'yjohápe crimen. (Colombia Corte Constitucional 2001)

Kóva ko Arandukápe rohecha umi pojoapy ojeporúva tekojoja ñemongu'ẽpe, taha'e omboguatáva Estado ha ypykuéra retã. Rohecha mba'éichapa oñemoañete proceso ñemboguata hekopete mokõĩ káso oikehápe ypykuéra derecho: peteĩhávape, opu'ãhápe ojeuehe derecho tekotevẽvéva ojeguerokéva léi guasúpe, ha, mokõihápe, umi mba'e ojejuhúva ojehechahápe mba'éichapa ojehasa monopolio oguerékova Estado ombotoveva'ekue heta teko joparaetágui upe ohechakuaávape tekoaty maymáva omboguataha heta hendáicha tekojoja ha hekove hetáva, jepevéramo aretemíma ojehekovejopy ichupekuéra.

Ypykuéra retã oñepysãnga heta apañuai rehe oiporu haña tekojoja tribunal sa'i oñuahẽ rehe hekohakuérape, ñokaráingue ojejudisialisa mbaretetereíre, derecho oñemboguatávo ojesarekoiterei léi rehe año, ojeporuve rupi ñe'ẽ ypykuéra mba'e'yva ha oñeporomboyke rehe. Ypykuéra retã oiporukuaávo tekojoja niko sa'i ojererereko tesa renondépe ojehecha jave mba'éichapa oñemboguatáta tekojoja ko continente-pe (Mullucundo 2006).

Sin duda, los pueblos siguen siendo marginados y excluidos de las cuestiones institucionales, a pesar de los avances en el reconocimiento constitucional y normativo de derechos que se han evidenciado en apartados anteriores, pero cuya materialización y concreción en la vida cotidiana de las comunidades sigue siendo uno de los aspectos de ineficacia del derecho más preocupantes en Latinoamérica (Martínez, Juan y Hernández 2018). Además, los indígenas siguen enfrentando una distancia epistemológica y práctica con la estructura del Estado, sus leyes y procedimientos, lo que dificulta el ejercicio efectivo de sus derechos y el acceso a la justicia (Feiring 2009).

Lo anterior, a pesar de que normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), el PIDCP y el Estatuto de Roma, o con vigencia regional como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), contemplan la obligación general de los Estados de establecer y validar un mínimo de garantías que constituyen lo que se conoce como principio de legalidad y debido proceso. Entre ellas, el derecho de todo individuo a ser juzgado por un tribunal legalmente constituido, a la presunción de inocencia, a ser juzgado sin dilaciones indebidas, a preparar una defensa, el derecho a defenderse personalmente o con la asistencia de un abogado, a obtener la comparecencia de testigos y a interrogarlos, y el derecho a ser protegido de la aplicación retroactiva de leyes penales excepto cuando estas le son favorables.

Como ha quedado visto, frente a la justicia practicada por los pueblos indígenas, estos principios deben ser interpretados desde una perspectiva intercultural, por ejemplo, no opera el derecho a ser asistido por un abogado, pero sí a que el acusado pueda hacer uso de los medios de defensa que le permitan, por sí mismo o bien por medio de testigos o personas que actúen en su nombre, ser oído y controvertir la acusación de que es objeto.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula, en cuanto al debido proceso y la protección judicial:

... Artículo 8: [...] el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

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

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

Añetehápe Estado remimoĩmbykuéra ohechagi ha omboyke gueteri ypykuéra retãme, jepevéramo léi guasu ha ambue leikuéra guive ojehechakuaa iderechokuéra, ojehecha haguéicha tenondévo, katu noñemboajéi ha noñemboguataíva ypykuéra rekove ko'ëreireguápe, ha péva hína derecho rembiaporã guasu gueteri oporoipy'apyvéva América Latinape (Martínez, Juan y Hernández 2018). Upéva ári, ypykuéra rembihecha ha ñemongu'e tuicha oikoe Estado retepy, ilekuéra ha ñemongu'égui, ha upéicha rupi oñembohasykue oiporúvo hekópe iderecho ha ojeyekokóvo tekojoja rehe (Feiring 2009).

Opa ko'áva, jepevéramo umi tembiapoukapy opavave tetãmeguáva, taha'e Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), PIDCP ha Estatuto de Roma; térã katu umi oñembovaléva ko rehiõme, taha'e Convenio Europeo de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), omandáva Estado-pe tombosako'i ha tomoañete michiña guivo garantía ha'evahína upe ojekuaáva legalidad pyenda ha proceso ñemboguata hekópe. Umíva apytépe ojejuhu derecho oguerekóva opaite yvypóra peteĩ tribunal oñemoheñóiva léi ári ohusgávo ichupe, ojehechávo hekopotíha ojehechauka peve nda'upeichaiha, pya'etemi ojehusgávo ichupe, ombosako'ivo mba'éicha-pa oñepysyrõta, oñepysyrõvo ha'etevoi térã peteĩ ñe'ëngára rupive, oguerekóvo máva oñe'ëva'erã hese ha oñemba'eporandúvo ichupekuéra, ha oñemoañetévo iderécho ani ha'gua oñembovale hese léi itujáva, oñemboguéva ikáso mboyve, noiméi mba'étaramo opuporãta ichupe.

Ojehecha háicha, tekojoja omboguata ypykuéra retã renondépe, ko'ã tekopyrã ojejapyhyva'erã arandupyeta resa guive; techapyrã, ipype natekovëi katuetei oporoykeko peteĩ ñe'ëngára, katu upe tapicha oje'akusáva ikatu oiporu opaite umi pojoapy oñedenfende ha'gua, jahechápa ha'ete voi térã katu máva oñe'ëva hese térã tapicha oñemongu'eva'erã hérape reheae, oñehendu ichupe ha oñomogeta ha ombohovake opa mba'e oséva upe acusación kuápe.

Convención Americana sobre Derechos Humanos omohenda, oñeñe'ëvo proceso ñemboguata hekópe ha ñemo'ã juicio ñemboguatape rehe:

... Artículo 8: [...] derecho peteĩ hue térã tribunal ipokatúva oñehendúvo ichupe, garantía teete rehe ha arapa'ũ tekotevë háicha, tove umíva ta'ijae, ani oporombojerovia, oñemoíva léi rupive, jahechápa omboguata ha omboty oimehaichagua acusación penal oñemoñepyrúva ichupe, térã katu omohendáva iderecho ha hembiaporã tee civil, laboral, fiscal térã aimehaichagua.

Proceso pukukue, opaite tapicha iderécho, peteíchapaite, ohupytývo michiña guivo ko'ã garantía:

a) Derecho pe máva ohóva juicio-pe oguerekóvo iyykére ñe'ëasahára, oiméramo noikũmbýi térã noñe'ëi upe juzagado térã brinal ñe'ë.

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

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

Artículo 25: toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. (Organización de los Estados Americanos 1969)

En relación con los pueblos indígenas, los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT prescriben reglas de autonomía judicial que también abarcan los procedimientos correspondientes, mientras que su artículo 12 exige, aparte de recursos efectivos, que deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

En el caso de los pueblos indígenas, el principio de acceso a la justicia no implica solo hacer efectivas sus garantías judiciales, como el principio del debido proceso, sino establecer los medios para que el recurso sea efectivo aun cuando sea ejercido desde su propia diferencia cultural y sirva para la reivindicación de sus derechos históricos relativos a sus formas de vida, territorios ancestrales y recursos naturales. Los casos resueltos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia indígena muestran que con frecuencia el acceso a la justicia de los indígenas en los Estados tiene notables limitaciones.¹²

¹² Véanse los casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (párr. 139); Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005 (párr. 164); Escué Zapata vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007 (párr. 111); Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (párr. 133); Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005 (párr. 176); Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia de 28 de noviembre de 2007 (párr. 185); Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (párr. 248.1); Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (párr. 170); Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (párr. 104).

e) Derecho oguerokóvo máva ojegueroikéva proceso-pe ha'ete oñedefendévo térã tomoirú ichupe pysyrôhára ha'e oiporavóva ha oñe'êvo hendive oñe'ese vove ha ha'eñohápe.

ë) Derecho katuetei oykekóvo ichupe pysyrôhára Estado omoíva, ikatúta ojehepyme'ë térã ojehepyme'ë ichupe he'iháicha leikuéra, oiméro upe tapicha ijehegui ndaikatúi oñedefende térã nomoñiramo ipysyrôhararã arapa'ú léi omoívape.

Artículo 25: opaite tapicha iderécho ohupytývo pojoapy hasy'y ha ipya'emíva térã oimehaichagua pojoapy ojeykokuaa rekávo hue ha tribunal oñemoíva ichupe renondépe, ikatu haġuáicha umíva oykeko ichupe ani haġua oñepyrú iderécho tekotevêva rehe, oñemoañetéva léi guasu, leikuéra térã kóva ko Convención rupive, oiméramo jepe umi mba'evaí apohare ojapo upéicha oí aja Estado rembijokuáiramo. (Organización de los Estados Americanos 1969)

Oñe'êvo ypykuéra retã rehe, OIT Ñoñe'ême'ë artículo 8 ha 9 omohenda tembiapoukapy tekojoja ijaévo, ha ogueroike ipype umi procedimiento tekotevêva, katu artículo 12 omanda, umi derecho añetete javeve, ojejapova'erãha tekotevêva ikatu haġuáicha oñemoañete umi ypykuéra retãġuápe oikúmby ha oñeikúmbykuaa umi procedimiento léi renondepeġuápe, ha oiméramo tekotevêkatu toñemoí ichupekuéra ñe'ëasahára térã ambue tembiaporu añetete.

Umi ypykuéra retã kásope, tekojoja jeporukuaa ndaha'úi oñemoañete-va'erãha ichupekuéra umi garantía judicial, ikatúva proceso ñemboguata hekópe, oñemohendava'erã mba'éichapa upe pojoapy oñembovalebuaa, jepevéramo oñemboguata iñarandupy guive ha ojeporu ojerurévo iderécho ymaite guive guáva ohóva hekovekuéra, hekoha yma ha vvy remimoímby maymáva. Umi káso Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ombohape ha ombotyva'ekue ypykuéra reheġuápe jepive ojehechakuaa ypykuéra ndohupyty porãiha tekojoja omboguátava Estado-pe.¹²

12 Tojehecha umi káso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, Nicaragua renondépe, Sentencia 31 jasyoapy 2001 guarépe (párr. 139); Comunidad Moiwana Suriname renondépe, Sentencia 15 jasyoteí 2005-pe guarépe (párr. 164); Escué Zapata, Colombia renondépe, Sentencia 4 jaspokóí 2007-pe guarépe (párr. 111); Goiburú ha ambueve, Paraguái renondépe, Sentencia 22 jasyoporundy 2006-pe guarépe (párr. 133); Yatama káso, Nicaragua renondépe, Sentencia 23 jasyoteí 2005-pe guarépe (párr. 176); Pueblo Saramaka, Surinam renondépe; Sentencia 28 jasyateí 2007-me guarépe (párr. 185); Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Paraguái renondépe, Sentencia 29 jasyapy 2006-pe guarépe (párr. 248.1); Comunidad Indígena Xákmok Kásek, Paraguái renondépe, Sentencia 24 jasyoapy 2010-pe guarépe (párr. 170); Comunidad Indígena Yakye Axa, Paraguái renondépe, Sentencia 17 jasyoteí 2005-pe guarépe (párr. 104).

Requisitos universales para el procedimiento ante autoridades indígenas

También, con relación al procedimiento ante las autoridades indígenas, aplica la sujeción a normas superiores, ya tratadas más arriba en cuanto a aspectos de derecho material, para prevenir el abuso de poder y la arbitrariedad en el camino a la sentencia o resolución tomada por la autoridad indígena. Los condicionantes se deducen principalmente del respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y definidos interculturalmente, como lo señala la experiencia colombiana, y de los fundamentos constitucionales del respectivo país. Es frente a estos derechos que le corresponde al Estado la obligación de garantizar una serie de estándares mínimos, pues los indígenas no dejan por ello de ser ciudadanos y frente a ellos el Estado tiene obligaciones intransferibles.

Precisamente, por tratarse de ciudadanos con especificidades culturales y lingüísticas, es tarea del juzgador familiarizarse con principios propios de la cultura que está siendo observada, de manera que no se impongan valores que le sean ajenos. Para ello, el juzgador cuenta con el peritaje antropológico y la figura del *amicus curiae* como mecanismos para allegar al proceso elementos que lo orienten, antes de tomar alguna decisión. Al respecto, señala la Corte colombiana:

El derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, lo que implica el cumplimiento de reglas acordes con la especificidad de la organización social, política y jurídica de la comunidad de que se trate. Es obvio, que este límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

A partir de esta convicción, cabe preguntar: ¿en qué medida el debido proceso reconocido a nivel internacional, que ha sido formulado en la tradición del liberalismo occidental, difiere de lo equivalente practicado a nivel comunitario? En otras palabras, en un contexto de diálogo intercultural, ¿cuáles podrían ser los límites mínimos, el núcleo indispensable que debería ser protegido por el juez que tenga que opinar al respecto?

Las características fundamentales de lo que entendemos por debido proceso, según estándares internacionales, las podríamos resumir en las siguientes garantías (Ibáñez 2019a, 2019b):

Oñeikotevëva opa hendápe oñemboguatávo proceso pyykuéra ruvichakuéra renondépe

Oñeñe'ëvo mba'éichapa oñemba'apova'erã pyykuéra ruvicha ndive rehe, ojegeroikeva'erã avei umi tembiapoukapy tuichavéva kuápe, oñeñe'ëma Hague yvateve irundy hendáicha derecho material rehe, jahechápa oñehenonde'a pokatu jeporuvai umi sentención térã resolución oguenohëva pyykuéra mburuvicha. Umi tekotevëva ojeguereko tesa renondépe hína yvypóra derecho opa tetãmegua ojehechakuaa ha oñemohendáva aranduetã ñemboaje kuápe, ohechauka háicha Colombia rekoasa, ha léi guasu upe tetãmegua omohenda háicha. Ko'ã derecho renondépe niko Estado katuetei omohendava'erã michiha guivopa mba'e ojejavova'erã, ojekuaaha rehe pyykuéra avei tetãyguaha ha henondepekuéra Estado hembiaporã tee, ikatu'yva oheja ambue ári.

Oñeñe'ë rehe tetãyguã iñarandupy ha iñe'ë teéva rehe, tekotevë umi tetã rembijokuái oporohusgáva oikuaa arandu ojesarekohahína pyenda tee, ani ha'gua omoingese mba'e oho'yva umi tapicha reko rehe. Upevarã, umi tetã remimoĩmby oguereko peritaje antropológico ha *amicus curiae* ombytykuaa ha'gua opa mba'e oisãmbyhykuaáva ichupe, oñemopy'apeteĩ mboyyve. Hese, Colombia Corte he'i:

Derecho proceso ñemboguata hekopete omohembe'y moõ mevépa ojepysokuaa upe jurisdicción especial, péva he'ise oñemoañeteva'erãha um tembiapoukapy umi tekoha oñemba'apoha oñemohenda háicha oikovévo oñondive ha ileikuéra hamba'e. Hesakã kóva ndoporojopyiha oñeñemongu'évo tekojoja ojapo haguéicha yma umi pyykuéra, pyykuéra derecho, opa hendápe oñemboguata háicha léi, oñemoambue katui. Tekovëva niko toñemoañete umi actuación tapicha oje'akusáva oguereko hesa renondépe voimi ha tahi'a'gui umi hekokuéra yma rehe omopyendáva ijeikokuéra oñondive jokupytype. (Colombia Corte Constitucional, 1997b guare).

Opa ko'ã mba'e ári, ikatu oñemba'eporandu: Moõ mevépa upe proceso ñemboguata hekopete ojeporúva opa tetãme, ojerojerava'ekue liberalismo occidental rekópe, iñambue ijoguaha ojeporúva tekohapyháregui. Oje'évo ambue hendáicha, oñembojokupytyvo ojuehe arandupyeta, moõ mevépa ojepysokuaa michiha guivo upe ikarakuete tekotevëvéva omo'ã upe hue oikuaaukava'eráva hemianda hesegua.

Ore roikũmby háicha proceso ñemboguata hekopete omopeteĩva, oñemboheko háicha yvy ape ári, ikatu ñamomyky ko'ã jeroviahápe (Ibáñez 2019^a, 2019b):

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

Frente a este listado de garantías mínimas, no todas tienen una aplicabilidad literal en el universo indígena; por ejemplo, no existe la figura del fiscal y aunque sí se aplica la garantía del derecho a la defensa, esta no demanda, como ya lo dijimos, la presencia de abogados. Hay otras que en cambio sí merecen una atención particular, especialmente por parte de los pueblos indígenas; solo para mencionar algunas: la presunción de inocencia, el derecho a no autoincriminarse y a recurrir a una segunda instancia.

El carácter local de la justicia indígena llevada a cabo en el propio idioma, en el marco de valores compartidos y con conocimiento de los procedimientos y los actores, permite un mayor nivel de participación que garantiza las condiciones para que se pueda identificar y ejercer todo aquello que sea esencial y relevante al caso. De esta forma, las garantías equivalentes a lo que el debido proceso protege son también validadas en el derecho indígena y son objeto de reclamos cuando estas no son adecuadamente admitidas.

- Jeroviaha tapichakuérape ġuarā, oñemboguatáva ojekuaahápema léi ha avei delito; derecho oñepysyrōvo ha procedimiento pya'e ha hesakáva; oykekóva ichupe peteĩ ñe'engára pysyrōhára ha hue ojeporavopyréma-va.
- Jeroviaha upe juzgamiento oñemboguata haġua tekotevêha fiscal ojapo acusación juicio oñemongu'évo hape rupi, tojejapokuaa opavave renondépe, audiencia ha contradicción. Juicio tomboguata tribunal oñemoíva léi rekoitépe.
- Jeroviaha hue ha tribunal rembiapo rehegua, ha oñembotove ani oparei térā hue ombopohyive upe resolución.
- Jeroviaha proceso-pe oñemboajetaha derecho oñeġuahêvo ambue instancia-pe ojehechajey rekávo mburuvicha ojapoukava'ekue ojehechakuaáva ndojokupytyiha marandu oñemono'ōva'ekue rehe térā opyrũ rehe umi derecho tekotevêvéva rehe.
- Jeroviaha ndaikatuiha oñeme'ẽ condena ojehechauka'ÿre umi marandu oñemono'ōva'ekue.
- Jeroviaha juicio oñemboguatataha ojejereterei'ÿre, oñembosako'ívo defensa ha oñemo'ávo ani oñembovale léi upe káso riréma oñemoneíva.
- Jeroviaha ojechakuaávo tapichápe ndaha'eilha mba'evai apohare, ojehechauka peve ndaupeichaiha ha ndojejopýivo ichupe ha'ete oje'akusávo.

Ko'ã jeroviaha michiña guivo oñembohysýiva renondépe, nda'opavavéi oñemboguatakuua peichaite ypykuéra apytépe; techapyrāramo, upépe ndoje-guerekói fiscal, ha jepevéramo ojeporu upe derecho ojerekóvo defensa, kovará natekotevêi ñe'engára, oje'éma haguéicha. Katu oĩ ambuéva tekotevêva ojejesa-reko hese, ko'ÿte ypykuéra retäyguáva; ñanemandu'a haġuamínte ko'áva: oje-rerekóvo mba'evai apohare'ÿvo ojehechauka peve ndaupeichaiha, derecho pe máva ndoje'akusáivo ijupevoi ha oġuahêkuaávo instancia mokōihápe.

Ypykuéra rekojoja oñemboguata rehe tekohápe ha iñe'enguéra teépe, umi imba'eporānguéra kuápe ha ojekuaahápe mba'éichapa ha mávapa ombogua-táta, oipytyvõ oívévo participación ha péicha ojeguerovíavo ojehechakuaa ha ojeporu opa mba'e tekovê ha tuicha mba'ekuaáva upe proceso-pe. Kóicha rupi, umi jeroviaha ojoguátava proceso ñemboguata hekópe omo'áva oñemboaje avei ypykuéra rekojojápe ha ikatuete ojejerure oñemoañetévo péicha oiméra-mo ndoikói.

Dice Boaventura de Sousa Santos (1995) que “los derechos étnicos deben ser contruidos y contextualizados como derechos de los pueblos y de las colectividades antes de que puedan proteger, como derechos humanos, a los individuos que pertenecen a tales pueblos y colectividades”.

Antes de evaluar el derecho indígena a partir del modelo del derecho formal es esencial tomar en cuenta que cada uno obedece a particularidades culturales e históricas que adquieren sentido en el contexto en el que se han constituido. Es poco el tiempo transcurrido en el actual contexto legal, en donde los Estados le han dado reconocimiento al derecho indígena, lo que ha permitido a estas prácticas de justicia propia estar expuestas al intercambio intercultural e incluso a la valoración y la crítica por parte de los mismos indígenas o de actores estatales y sociales externos. Esta exposición hace que pueda ser objeto del escrutinio por instancias del Estado sensibilizadas para ello, que poco a poco irán superando lo que podrían ser situaciones débiles o no muy claras en relación con derechos y garantías que constituyen patrimonio de la humanidad en la práctica de su justicia propia.

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

1. Calidad del juzgador. Que aquel o aquellos que asuman la tarea de juzgar deben tener un nivel suficiente de legitimidad y representatividad, y que al hacerlo lo hagan de una manera imparcial.
2. Procedimiento previsible. Que toda la ritualidad y práctica del proceso sea conocida y legítima para el grupo, es decir que no sea una improvisación caprichosa de quien juzga y se trate de un procedimiento claro y transparente.
3. Procedimiento justo. Que ante cualquier sentencia los inculpadados hayan tenido la posibilidad de ser oídos, pedir pruebas y presentar testigos.
4. Que se respete el acceso a la justicia en el propio idioma.
5. Que al procesado se le respete la garantía de la presunción de inocencia.
6. *Nemo tenetur*. Que nadie sea obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.
7. Que se contemple la posibilidad de recurrir a una segunda instancia en caso de insatisfacción fundada de las partes.

Como podemos observar, estos principios están en concordancia con el principio *pro homine*, cada vez más aceptado en los ordenamientos constitucionales latinoamericanos, el cual es definido como:

Boaventura de Sousa Santos (1995) he'i "umi derecho étnia rehegua oje-rojera ha oñemoañeteva'erãha ypykuéra rekohapy ha tapicha aty derecho ramo omo'ã mbovyve, yvypóra deréchoramo, tapicha umi tekohapy ha tapicha atýpe".

Oñehesa'yjo mbovyve ypykuéra derecho derecho formal resa guive, teko-tevē ojehechakuaa peteíteiva oñembojehuha arandupy ha tekoasa kuápe, ha umíva oñeikũmbykuaa ojehechávo moõpa ojerojerára'e. Nda'aréi gueteri niko ko'ãga oñemboguataha háicha leikuéra, Estado ohechakuaa haguépe ypykuéra derecho, ha upéicha rupi ko'ã tekojoja oñemboguata háicha ojoaju ambue ndive, ha umi ypykuéra jepe ikatu ohesa'yjo ha ohecha mba'e oñemboguata porã ha upeicha'yva ipype, térã umi Estado rembijokuái ha ambuevéva ojaísove avei upéicha. Péicha oiko reheae, Estado pojoapy guive ikatu oñehakã'io ojesape'áva hesekuéra reheae; péicha rupi ha'ekuéra ohejáne tapykuévo umi mba'e noñemongu'éiva hekópe térã katu umi nahesakãmbáiva derecho rehegua, ha'éva mba'e porãita mayma yvypóra mba'e teépeva tekojoja tee ñemboguatápe.

Ikatu hañuáicha ojegueryu tape ojehechakuaa rekávo tevévéva proceso oñemboguata haña hekopete, oñemboajévo tekojoparaeta ha arandueta, roikuaauka ko'ã mba'e ikatuete porãnteva ovale ha ojeporu tenda oikovehápe oñondive hetaichagua arandupy:

1. Tahekopotí upe oporohusgáva. Pe térã umi tapicha omboguatátava juicio tahekopegua añete ha tojeporavo heko rupi, ha oporohusgávo tojapo ombopepo'yre avavépe.
2. Upe procedimiento toikuaa opavave. Opa mba'e ojejaísova oñemboguatávo pe proceso toikuaa opavave ha toñemboguata hekópe aty resa renondépe, péva he'ise ani oporohusgáva ojapo iñakã he'iháicha ichupénte, tove pe procedimiento tahesakã ysaticha.
3. Prodecimiento hekojojáva. Oimeraẽ sentencia renondépe, upe tapicha ojegueroikéva juicio-pe toñehendu, ojerure tojehechauka oje'éva ha tomoñuahẽkuaa testigo.
4. Toñemoañete tekojoja ojeporúva upe tapicha ñe'ẽ teépe.
5. Upe tapicha ojegueroikéva proceso-pe tojehecha mba'evai apohare'yramo, ojehechauka peve ndaupeichaiha.
6. *Nemo tenetur*. Avavépe ndojejopýivo oje'akusa haña ijupe térã he'ivo ha'eha mba'evai apohare.
7. Toñeme'ẽ juruja oñeñuahẽvo instancia mokõihápe, oiméramo peteiva umi ohóva juicio-pe nomoneíri proceso oñemboguata háicha.

Ojehechakuaa háicha, ko'ã tekogutarã ojokupyry upe *pro homine* rekopyrã rehe, ko'ẽreire oñemoneivéva léi guasukuérape Latinoamérica-pe, ha oñehakã'iova kóicha:

Un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de la persona. (Pinto 1997)

Frente a esto podríamos afirmar que el debido proceso, definido en un marco de interculturalidad, se encuentra respaldado por otros principios que deben ser tomados en cuenta en el momento de alegatos y divergencias en torno a decisiones que afectan derechos fundamentales, tarea en la que el Estado cumple una función central. No se trata de imponer por la fuerza apreciaciones que son prerrogativas de ámbitos culturales ajenos a los de las comunidades, sino de facilitar el acceso a valores y principios, que como en el caso del principio *pro homine*, constituyen patrimonio de la humanidad.

Hay quienes observan con preocupación que, debido a que el derecho indígena no está escrito, su interpretación y su carácter casuístico y particularismos pueden resultar en arbitrariedades. Pero la experiencia enseña que cuando los Estados han permitido el ejercicio de la justicia propia, los indígenas han probado ser eficientes, justos y coherentes tanto como en los mejores momentos de la justicia formal estatal. Con el agregado de que la justicia indígena es propia, gratuita, conocida, accesible y ejercida directamente por los mismos usuarios.

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

Hay una razón de fondo que revelan estudios sobre el funcionamiento de la práctica de la justicia comunitaria y es que los indígenas, por lo general, no son arbitrarios, porque el número de personas que acceden a esta justicia y el espacio tienden a evitarlo. La evidencia de lo que resulta de una participación amplia y sin filtros es inocultable, de esta manera, es muy difícil actuar con arbitrariedad sobre lo que emerge, cuando ello está a la vista; al ser una justicia participativa y sin Estado (como aparato separado de lo comunal/social), si alguien ve lo que otros no, el que lo ve lo anuncia y esto es lo que marca y, finalmente, determina el camino hacia la solución.

Ojejepovyvývo jehaiipy yma ymave guárépe, ojejuhukuaa opaipe yvypóra derecho rehegua marandu, ha upevará ojeporuva'erá umi tembiapoukapy tuicha tuichavéva, térá katu oñeikũmby hağua tuicha háicha, oñe'ëvo umi derecho oñemo'áva'erá rehe, ha ambue henda guivo, umi tembiapoukapy oñemboykehápe káso oje-hukuaáva, péicha ku oñembopyka'ítaramo derecho térá ojejokótaramo sapy'arámi. Kóva ko tekopyrá ojokupyty yvypóra derecho tekotevévéva rehe, péva he'ise, oñeimeva'eráha akóinte tapicha ykére. (Pinto 1997)

Ko'ã mba'e renondépe ikatu ja'e proceso ñemboguata hekópe, oñehakã'i'óvo arandueta resa guive, ojeyekokoha ambue pyendápe ojererekova'eráva tesa renonde oñeñe'ë ha ndojejokupytypáiramo, oñeğuahëtavo oñoñe'ëme umi derecho tekotevévéva rehe, mba'e Estado rembiapo tuichaitereihápe. Ndaħa'úi niko mbaretépe ojejopýtava tembiguerovia ndohóiva umi tekohapy arandupy rehe, ojegueropojaise uvei ogehupytývo umi mba'e porã, pro homine rekopyráichagua, ha'éva mayma yvypóra ko yvy ape arigua mba'e tee.

Heta tapicha ojeypy'apy ypykuéra derecho noñemboguapýi rehe kuatiápe, ha oñeikũmby hağua oñehesa'yjýva peteíteiva umi káso ojejúva rupi ikatuhá oñemboguatavaipa. Katu tembiasakue oporombo'e Estado oheja javéramo ypykuéra omboguata hekojoja tee, ohechauka hağua omboguataha hekope, tekojojápe ha hendápe porã Estado omboguatáva rekojoja formal javeve. Upéva ári, ypykuéra rekojoja imba'ekuéra tee, reite oñemboguata, ha'ekuéra oikuaa ha ndahasyikue ojeyekoko hağua hese umi tapicha.

Añetehápe opa hendáicha oñemboguata tekojoja ikatu ho'a máva pokarë pópe, ha ypykuéra deréchope ikatuete avei ojehu upéicha. Katu ha'ekuéra omboguata rehe derecho hekohápe, ikatuháre oñemohenda ambue ha oğuahë oñoñe'ëme omoañetévo, oipytyvõ ojeporukuévo oñemohenda pyahúvo ko'ëreíre. Umi tapicha oikéva proceso-pe nomone'iri oñemandáva oiko rehe upe tekohápe ha oikuaa porã rehe mba'éichapa oñemboguata tekojoja ha avei umi mburuvichápe, ombokatu ñomongeta rupi oñeğuahévo oñoñe'ëme, ojehechajey umi káso ha ojeheka mba'éichapa oñesëkuua ñokarãigui, mokõive umi oikéva proceso-pe omone'í hağua.

Jeporekapy ojejavova'ekue ypykuéra rekojoja ñemboguata rehe ohechauka jeyvéramo ypykuéra ndoiporuvairiha pokatu oñeme'ëva ichupe, umi tapicha ojevaléva tekojoja rehe ha oñemboguata rekoħapekuéra ndohejái rupi ojehu upéicha. Maymave ikatu rupi omoirú umi proceso ha oñemboguata rehe opavave resa renondépe, hasykue mburuvichakuéra oñembongu'évo hekope'y ha pokarëme; ha'ekuéra omboguatáva ha'e rehe tekojoja opavave ikatuhápe oike ha oñemboguata rehe Estado'yre (pojoapy oñemomombyrýva tekohágui), oĩramo máva ohecháva ambuekuéra ohecha'yva, upe ohecháva oikuaa ha péva niko, amo hapópe, ombohape oñesévo ñokarãi ojejúvagui.

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

Requisitos para el debido proceso ante la justicia formal

En el momento de acceder a la justicia formal estatal, la persona indígena requiere una protección especial para poder disfrutar de una defensa adecuada, por ejemplo, mediante la inclusión de intérpretes, traductores, peritos o abogados especializados.

Derecho a la defensa técnica y traductor

En desarrollo del artículo 8 de la CADH, el Código Procesal Penal de Guatemala (Decreto 51 de 1992) en su artículo 142 estipula:

Idioma: Los actos procesales serán cumplidos en español. Cuando una persona se exprese con dificultad en ese idioma, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto se pueda desarrollar. La exposición de personas que ignoren el idioma oficial o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, de un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito y los documentos o grabaciones en lengua distintas o en otra forma de transmisión del conocimiento, solo tendrán efectos, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda. Los actos procesales deberán también realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. En este caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas.

Otros ordenamientos nacionales no prevén una regulación tan específica, en cuyo caso será necesario recurrir a las normas constitucionales o los convenios internacionales que garantizan derechos procesales. En el contexto de una persona indígena que acceda a o se vea involucrada en un procedimiento ante la justicia estatal, estas garantías se traducen en la necesidad de proveerle un abogado que conozca y entienda la cosmovisión indígena o cuente con el asesoramiento de un perito especializado, a fin de garantizar el derecho a la defensa y, de esta manera, sea efectivo el acceso a la justicia.

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

Katu nameméi péicha oñemboguata, jeyvéramo umi mburuvicha herakuã guasuvéva ojopykuua, pokatu oguerékóva rupive, umi tapicha ojekuaáva hese ikangyvehápe. Ko'ã mba'e renondépe oñemba'apóramo joajúpe Estado ndive oipytyvõ umi ppykuérape, ha'éva avei tetãygua teete, ombojokupytyvo tekojoja ha'ekuéra omboguata háicha hekohápe ha jerovia ogueropojáiva derecho ipya-húva ko'ağagua.

Proceño oñemboguata hagũa hekope tekojoja Estado popegua renondépe

Ypykue niko oikotevẽ oñemo'ã ichupe ambue hendáicha, oiporúvo tekojoja Estado omboguatáva, jahechápa oñepysyrõ ichupe hekópe; techapyrãramo oje-gueroikekuua ñe'ẽasahára, tapicha arandu térã ñe'ẽngára oñembokatupyryva umicharã.

Ñepysyrõ ha ñe'ẽasahára rehegua derecho

CADH artículo 8 ojeguerojeráva, Guatemala Código Procesal Penal (Decreto 51, 1992-pe guare) omohenda artículo 142-pe:

Ñe'ẽ: Umi proceso oñemboguatava'erã castellano-pe. Peteĩ tapicha ojevale porã'ýramo ko ñe'ẽ rehe, oñepytyvõva'erã ichupe upe juicio oñemboguata hağua hekópe. Oiméramo ojegueroike upépe tapicha ndoikuaáva upe ñe'ẽ tee térã katu máva ojehejáva ichupe oiporu iñe'ẽ tee, tapicha iñe'ẽngúva ndaikatúiva omboguejy hemiandu kuationa ári ha umi kuationa ha grabación ñe'ẽ ambuépe térã ambue hendáicha ojekuaaukahápe mba'ekuaa, oñembovaleskuua oñembojere rire castellano-pe, tekotevẽ háicha. Umi proceso ojejapova'erã avei ppykuéra ñe'ẽme ha oñembojere castellano-pe upe javeve. Opa umi kásope ñe'ẽngue ojehaiva'erã mokõive ñe'ẽme.

Léi ambue tetãmeguápe noñemboguapýi peichate peve, ha upe kásope ojeporumanteva'erã léi guasu térã umi ñoñe'ẽme'ẽ opavave tetãmegua omoañetéva derecho proceso rehegua rehe. Oiméramo tapicha ppykue oiporu térã ojegueroike proceso-pe Estado rekojojápe, oñemoañete potávo umi derecho oñemoiva'erã ichupe ñe'ẽngára oikuaa ha oikũmbýva ppykuéra arapy térã katu ohesape'a ichupe perito katupyry, oñemoañete hağua ichupe derecho defensa rehegua, ha péicha ta'ĩñañete upe tekoja ñemboguata.

Opavave nunga tetãme ko Latinoamérica-pe léi guasu pyahúpe ojehechakuua ppykuéra ñe'ẽ, derecho omo'áva léi guasúramo. Péva he'ise ojehechakuuaaha ppykuéra oiporúvo iñe'ẽ tee Estado remimoĩmbykuérape, ha péva iderechokuéra teete avei.

Cuando en un proceso una de las partes es miembro de una comunidad indígena, el operador de justicia debe cerciorarse de que él entienda realmente los términos que se utilizan en la diligencia judicial. Además, lo que él o ella manifieste debe ser comprendido efectivamente por las autoridades judiciales.

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

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

Es una práctica común omitir el uso de traductores para los indígenas que saben hablar, leer y escribir en español, pero es posible que no entiendan los términos legales utilizados en las diligencias judiciales, lo que los sitúa en una evidente desventaja a la hora de defender sus derechos. La persona que va a realizar la interpretación del idioma indígena debe ser alguien con formación profesional, que entienda bien los términos legales y sus equivalentes en el idioma del procesado, así como que esté familiarizada con el contexto cultural indígena, para que su interpretación sea efectiva y, de esta forma, se garantice un verdadero acceso a la justicia.

En relación con lo anterior, el artículo 12 del Convenio 169 establece: “deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces” (OIT 1989).

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

Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados”. (Asamblea General de las Naciones Unidas 2007)

Oiméramo upe proceso-pe peteíva umi ojeguerokéva ipype ppykuéra retāyguá, tekojoja mboguatáhára oñemomanduva'erā upe tapicha oikūmbývo umi ñe'ẽ ojeporúva tekojoja ñemboguatápe. Upéva ári umi tekojoja mboguatáhára oikūmbyva'erā hekoitépe opa mba'e he'íva upe kuimba'e térā kuña.

Umi ppykuéra kásope, derecho ojevalévo hikuái ñe'ẽasahára rehe avei hína pojoapy ombojurujáva ichupekuéra oiporúvo iñe'ẽnguéra tee tetā remimoĩmby maymáva renondépe. Umivarā, ppykuéra ñe'ẽ poruhára natekotevẽi oikuaa iñe'ẽ tee año omoañeteuka haḡua derecho oguerokóva oiporúvo ijayvu tee tribunal renondépe.

Opa mba'e oje'eva'ekue renondépe, aipóramo, Estado omoíva'erā ppykuéra ñe'ẽasahára oikuaa añetéva umi ñe'ẽ ha ha'e he'íséva ojeporútava umi proceso-pe ha iñe'ẽ teépe, jahechápa oñeikūmby umi ñe'ẽ ojeporúva tribunal háre ha oikūmby hekoitépe umi mba'e hi'ivahína ppykuéra. Jepévaramo umi tapicha oikéva proceso-pe oiporu castellano, Estado omoíva'erā ichupe ñe'ẽasahára.

Tapicha ppykuéva oñe'ẽ, omoñe'ẽ ha ohaíramo castellano-pe, heta jevy noñemoĩri ichupe ñe'ẽasahára, katu upe tapicha ikatuete noikūmbýi umi ñe'ẽ hasýva ojeporúva tekojoja ñemboguatápe, ha péva ouvaikuaa ichupe ha'e defendéta jave iderécho. Pe tapicha omoñe'ẽasátava ppykuéra ñe'ẽgui oñembokaturpyréva va'erā, oikuaava'erā umi ñe'ẽ léi rehegua ha mba'etépa he'ise tapicha ojeguerokéva proceso-pe ñe'ẽme, ha avei oikuaava'erā umi tapicha arandupy, ombojere porā añete haḡua upe ñe'ẽgui ambuépe, ha ipytywō reheae oñemoañetévo ojeporu haḡua tekojoja.

Ko'ã mba'e oje'eva rehe ojepokóvo, Ñoñe'ẽme'ẽ 169 artículo 12 omohenda: “ojepapova'erā tekotevẽva ikatu haḡuáicha oñemboaje ppykuéra retāyguápe oikūmby ha oñeikūmbývo ichupe upe léi ñemboguatápe, ha, oiméramo tekotevẽ, toñemoi ñe'ẽasahára térā ambue tembiporu oipytywōva'erā ichupekuéra” (OIT 1989).

DNUDPI avei hei umi tapicha omboguatáva tekojoja oguerokova'erāha hesa renondépe upe declaración peteí ppykuérape ojeguerokéramo proceso judicial-pe. Péicha omanda DNUDPI artículo 13 papy 2:

Umi Estado ojapova'erā tekotevẽva ha hekópe porā, omoañete haḡua oñangareko upe derecho ha avei ombokatu ppykuéra retāme oikūmby ha oñeikūmbyuka rekávo política, tekojoja ha hembiapoukapy ñemboguatápe, ha upevarā, oiméramo tekotevẽ, omoíva'erā ñe'ẽasahára térā ambue tembiporu oipytywōtava ichupekuéra.

Sensibilidad intercultural en el procedimiento formal estatal

Además de los aspectos lingüísticos, es necesario que la justicia formal tome en cuenta las características y especificidades culturales, lo que hace necesario el uso de periciales antropológicas o culturales, la recepción de documentales en idioma propio, el testimonio de ancianos u otras personas de la comunidad para comprender la normatividad interna, etc. En relación con este último aspecto, uno de los retos mayores es la cuestión de cómo compatibilizar el universalismo de estos principios del derecho con el desarrollo igualmente universal del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural.

Las instituciones jurisdiccionales estatales, antes de emitir sus decisiones en casos donde estén involucrados indígenas, deben contar con suficientes elementos de juicio para tener claridad en el reconocimiento de las diferencias culturales y así poder interpretar la cosmovisión indígena, la cual ha de estar incluida en sus valoraciones axiológicas. Los tribunales estatales deben tomar en cuenta en sus fallos los elementos culturales, sociales, económicos y espirituales de los pueblos indígenas, incluyendo el hecho de pertenecer, en muchos casos, a un grupo social extremadamente pobre, marginado y discriminado, más aún cuando son privados de libertad en centros penitenciarios que no cuentan con secciones especiales para este tipo de reclusos.

Con el nuevo enfoque se reconoce que el Estado actual debe lidiar, no con sujetos abstractos, sino con personas con identidad étnica y cultural diferente, que los hace vivir y actuar de conformidad con éticas y valores que no son los de la sociedad hegemónica. Al respecto, la Corte colombiana dice:

El reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural responde a una nueva visión del Estado, en la que ya no se concibe a la persona humana como un individuo en abstracto, sino como un sujeto con características particulares, que reivindica para sí su propia conciencia étnica. Valores como la tolerancia y el respeto por lo diferente, se convierten en imperativos dentro de una sociedad que se fortalece en la diversidad, en el reconocimiento de que en su interior cada individuo es un sujeto único y singular, que puede hacer posible su propio proyecto de vida. (Corte Constitucional de Colombia 1997b)

Arandupyeta jehechakuaa Estado rekojojápe

Umi mba'e ohóva ñe'ë rehe javeve, tekotevê Estado rekojoja oguereko hesa renondépe umi arandupy reko tee, ha upevarã tekotevê ojeguereko perito avakuaty térã arandupy rehegua, umi tamói remimombe'u téra ambue tapicha umi tekohapegua jahechápa oikuaa tembiapoukapy ha'ekuéra oiporúva ha ambueve. Oñeñe'ëvo ko ipahapeguáre, tembiaporã ndekakuavéva hína mba'éichapa oñemboguatáta oñondive derecho reko estado maymáva oiporúva ha avei ppykuéra rekojoparaeta etnia ha arandupy rehegua.

Estado remimoĩmby omboguatáva tekojoja niko oikuaauka mboyve omandáva káso oikehápe ppykuéra ombyatypaiteva'erã marandu ikatúva ohe-sape'a ichupe, oikuaa haḡua upe tapicha arandupy ha péicha ikatu haḡua oikuaa ppykuéra arapy, ha'e oiporuva'eráva oha'ávo mba'e ojuhuvá'ekue. Umi estado tribunal oguenohê haḡua umi fallo oguerekopaiteva'erã ipópe ppykuéra arandupy, jeikove oñondive, economía ha hembiguerovia, ha upéva ári, ojesarekova'erã umi tapicha heta jey ouha tapicha aty mboriahu apĩgui, oikovéva ñemboyképe, ko'ýte ojegueraháramo ichupe umi ka'irãi ndoguerekóiva tenda koichagua tapicha ojeguereko haḡua.

Ko enfoque pyahu ohechakuaa Estado ko'aḡagua oñemongu'eva'erãha tapicha ho'o ha ikaguéva apytépe, tapicha heko tee ha iñarandpy ambuéva ndive, ojopýva ichupe oikove ha oñemongu'évo tekora ha mba'epora ha'e'yva tekoaty imbaretevéva mba'éva. Ko'ã mba'e rehe, Colombia Corte he'i:

Ojehechakuaávo léi guasu rupive tokojoparaeta etnia ha arandupy rehegua ombohováí ko'ḡa rupi ojehecha pyahuha Estado-pe, ndojehechahápe tapichakuérape mba'e pytureíramonte, ojehecha uvei ichupekuéra tapicha ikangue ha ho'ova, heko ambuéva, omombaretésévaramo etnia ha'e oíha reko. Mba'epora jeikovekuua oñondive, oñemomba'e iñambuévape hamba'e katuetei oñemoañeteva'erã tapicha aty omopyendáva tekove opaichaguáva, ojehechakuaa jávo opaite tapicha, amoitte hai'angapýpe, ipeteíha, ikatúva ha'ete oguerojera hekoverã ko'ḡa ha kurivévo . (Colombia Corte Constitucional 1997b)

La víctima indígena en la justicia formal estatal

Las garantías judiciales aplican de igual manera, no solo a los victimarios, sino también a la víctima del delito. Cuando la persona afectada por un delito es un indígena o varios individuos miembros de una comunidad, las autoridades jurisdiccionales deben garantizar su derecho particular de acceso a la justicia, la verdad y la reparación (Orentlicher 2005), además de su participación activa en el proceso. En el derecho penal, la víctima del delito es el sujeto que resulta afectado por la conducta de otro u otros. En muchos sistemas indígenas, los delitos son afectaciones que invaden esferas de parentesco y relaciones de proximidad que tienen capacidad de impactar el equilibrio y la cotidianidad de la colectividad misma, e incluso las relaciones con la naturaleza y el mundo espiritual.

En este sentido, la valoración de los daños y de las medidas de reparación en el contexto indígena trascienden las voluntades y satisfacciones individuales, y, sin que estas se reemplacen, sí se hace necesario que se acoja un espectro de interpretación y reflexión intercultural que busque comprender el mundo social y colectivo en el que se desarrollan los actos delictivos, así como los múltiples sentidos asignados a las experiencias “delictivas” y a aquellas prácticas que buscan enfrentarlas y resolverlas.

También en estos casos el peritaje antropológico es una medida eficaz de traducción y entendimiento para analizar, en una segunda instancia, el concepto de agravio, afectación y reparación que se maneja en el contexto cultural concreto. En los casos que tienen que ver con los recursos naturales, los derechos territoriales y el medio ambiente, los pueblos en forma colectiva suelen concebirse como afectados, ya que la relación intrínseca, holística y espiritual entre la naturaleza y el mundo indígena se ve afectada gravemente por proyectos y visiones de desarrollo que rompen el equilibrio de su cosmovisión.

De acuerdo con lo establecido en los pactos, declaraciones y convenciones internacionales que tratan sobre derechos de pueblos indígenas, las autoridades judiciales tienen que tomar en cuenta algunos elementos claves cuando el indígena o la comunidad es víctima de un delito (OIT 1989, Asamblea General de las Naciones Unidas 2007, Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos 2016):

- Recibir tratamiento individual o colectivo con base en la cultura y espiritualidad indígena.
- Ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno sobre el curso del proceso, tomando en cuenta los vínculos de la persona que solicita la información con el autor de los hechos investigados y la directamente agraviada.

Ypykuéra ho'áva estado rekojojápe

Tekojoja jeroviaha ojeporu peteĩ hendáicha año, ndaha'ei pe máva omba'evai apóvape, avei upe ohasava'ekuépe mba'e vai. Pe tapicha ohasavaiva delito-kuére ha'éramo peteĩ térã hetave peteĩ hekohaygua, tekojoja mboguatahakuéra omoañeteva'erã ichupe oiporúvo iderécho ohupytývo tekojoja, añetegua ha oñembojevývo ichupe ojepe'avakue ichugui (Orentlicher 2005), ha avei opartisipa añetévo upe proceso ñemboguatápe. Derecho penal-pe pe víctima hína tapicha ho'áva hi'ári ambue hapicha rekotajasukue. Heta ypykuéra rekópe, delito hína mba'evai oikéva ojasuru tapicha oñogénteva ha tejokupyty oñodive kuápe, ha ikatúva ogueroike tesaparápe umi tapicha jeikove oñondive py'aguapy, ha ikatuve voi katu ijeikovekuéra hekoha ha hi'angapy reko.

Ko'ã renondépe, ypykuéra rekópe oñeha'ávo mba'evai oikóva ha mba'éichapa oñembojevýta ndohupytýi peteĩ tapichápe año, ha'e ko'áva oñemohendague'ýre, tekotevẽ ojehecha ha oñeikũmby tuicha háicha umi tapicha arandupy, ikatu hañuáicha oñeikũmby mamó ha máva apytépepa ojehu upe mba'evai, ha avei ojerereko tesa renondépe heta hendáicha ojechaha upe "delito ojuhúva" ha mba'éichapa oñeñeha'ã oñembohovake ha oñesẽ ichugui.

Ko'ã kásope avei upe peritaje antropológico pojoapy ndekakuaáva ikatu hañuáicha oñehesa'ýjo, oñeikũmby ha oñeikũmby, instancia mokõihápe, mba'épa he'ise téra ñemongy'a, mba'e opokovaiva tapicha rehe ha mba'evaikue ñembojey oñemboguatáva peteĩ tendápe. Umi káso ojepokohápe recurso natural rehe, derecho ojeguerekóva tekoha rehe, tekoha resãi rehe hamba'e, umi tapicha aty háicha ohechakuaa ouvaiha ichupekuéra, ohechakuaa rehe hikuái hekove jokupyty naturaleza ndive ypykuéra háichape ouvai umi proyecto ha tembihecha

oñempopyendava desarrollo-pe, oúva omondyry ijeikovekuéra oñondive ha avei hembichecha.

Oñemohenda háicha umi pacto, declaración ha ñoñe'eme'ẽ opaite tetãme ñuaráva ombohapéva ypykuéra retã derecho-pe, tekojoja mboguatahakuéra oguerekova'erã hesa renondépe elemento tuicháva ypykuéra térã hekoha ári ho'áramo delito (OIT 1989, Naciones Unidas Amandaje Guasu 2007, Organización de los Estados Americanos Amandaje Guasu 2016):

- Oñeñangarekóvo hese peteĩtẽi térã aty háicha ypykuéra arandupy ha hi'angapy rekópe.
- Oñemomandúvo ichupe hesakã ha hasy'ýháicha hogapy ñe'eme proceso ñemboguata rehe, ha tojguerko tesa renondépe mba'éichapa ojoaju oñondive tapicha ojeruréva marandu tapicha ojavova'ekue upe mba'e oñe'investigáva ha upe tapicha héra oñemongy'ava'ekue.

- Permitir la intervención de sus abogados o sus equivalentes de acuerdo con la cultura y las autoridades tradicionales, sin formalidades como querellantes en el proceso.
- Si no cuenta con suficientes medios económicos, recibir patrocinio jurídico gratuito del Estado para coadyuvar con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y para obtener la reparación del daño derivado del delito.
- Tomar debidamente en cuenta las características culturales y sociales de las partes en el proceso y preferir, para personas indígenas, medidas alternativas al encarcelamiento. Para esto último, el juez podrá hacer uso de las periciales antropológicas, de los *amicus curiae* y coordinar con las autoridades indígenas respectivas lo relativo al procedimiento y la sanción.

- Oñemoañetévo ichupe oñe'ẽ hağua iñe'ẽngára térã pysyrōhára iñarandupy ha imburuvichakuéra rekope, oñembojereterei'ỹre querellante háicha upe proceso-pe.
- Oiméramo ndohupytyi viru tekovēva, Estado omoïvo ichupe ñe'ẽngára ohepyme'ẽ'ỹre oipytyvōva'erāva Miniterio Público-pe omboguata hağua upe acción penal, ha oñembojevývo ichupe opa mba'evai ohasava'ekue.
- Oguerekopaitévo hesa renondépe mokōive oikéva proceso arandupy ha jeikove oñondive, ha ome'ẽ tapicha ypykuépe ambue castigo oike'ỹ hağua ka'irāime. Ko ipahápe ġuarāme, hue ikatu ojeykeko perito antropológico rembiapo rehe, umi *amicus curiae* ha omba'apo joajúpe ypykuéra ruvicha ndive mba'éichapa ha mba'e sanción-pa oñeme'ėkuua.

Las mujeres indígenas en la justicia formal estatal

Guillermo Padilla, Aresio Valiente y Ginna Rivera

La mujer indígena suele ser discriminada por múltiples factores: por su pobreza, por ser mujer y por su condición de indígena, lo que en términos teóricos las estudiosas feministas han conceptualizado como interseccionalidad, en referencia a lo que Kimberlé Crenshaw identificó como “la expresión de un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas, con el fin de mostrar las diversas formas en que la raza y el género interactúan para dar forma a complejas discriminaciones de mujeres” (1989). Se refiere con ello a una estructura de imbricaciones sociales que tiene repercusiones específicas sobre la vida y la experiencia de las mujeres, y que, aplicadas al contexto de violencia sobre la mujer indígena, suponen “analizar las formas concretas y discursivas en las que las múltiples desigualdades se manifiestan” (Bueno-Hansen 2010).

En las culturas indígenas, generalmente patriarcales, predomina la decisión y la voluntad del hombre, cuyos intereses sociales, políticos y económicos suelen ser más valorados en el espacio público. Las mujeres se encuentran instrumentalizadas por las necesidades familiares y con frecuencia relegadas al plano doméstico. Estos factores influyen en el acceso a la justicia, ya que, tanto frente a la cultura externa como en el seno de sus propias culturas, las mujeres indígenas tienden a ser discriminadas, razón por la cual muchas de ellas, en distintas regiones y territorios locales, han trabajado organizadamente para reflexionar con sus autoridades y comunidades los modos y sentidos de la necesaria transformación de estas prácticas discriminatorias y opresoras sobre las mujeres.¹³

Sumadas la discriminación, las relaciones de poder a las que están sujetas y las violencias interseccionales, las mujeres indígenas tienen mayores dificultades para acceder a la justicia y a la educación y, cuando acceden, frente a la educación tienen menos probabilidades de terminar sus estudios que los hombres, además que les pagan menos por los trabajos que desempeñan y, en algunos casos, enfrentan obstáculos reales, incluso legales, para acceder a títulos de propiedad de la tierra (Saavedra 2018).

¹³ Ejemplos de estas experiencias se analizan en Sieder (2017).

Kuña ypykuéra tetã rejoyoja renondépe

Guillermo Padilla, Aresio Valiente y Ginna Rivera

Kuña ypykue niko ohasa jepi ñemboyke heta hendáicha ha heta mba'ekuére: imboriahu rehe, kuña haguére ha ypykue haguére, umi kuña feminista ñe'ême oñehenoikuaáva interseccional, heta mba'ekue ojo'a jo'apáva, ha Kimberléee Crenshaw he'íva hese “sistema ojeporohekovejopyha ojo'a jo'apáva ha ndetui-cháva ráimbore ojehechaukáva heta hendáicha ha oñondivepa, ikatu hañuáicha ohechauka mba'éichapa raza ha género oike ojopype ha omboyke kakuaa kuñáme” (1989). Oñe'ẽ hese ha'eha estrucutra ojeikovévo oñondive ojo'a ha ojoasapáva ha opokóva tapichakuéra rekove rehe ha kuñanguéra rembiasa rehe, ha ojeporúvo oñe'ẽ haña kuña ypykuéra jehasa'asy rehe, oporogueraha “oñehesa'ỹjo mba'éichapa ojehechakakuaa tapicha rekovépe ha ñe'ême heta hendáicha upe jehekovejopy” (Bueno-Hansen 2010).

Ypykuéra rekópe, jeyvéramo kuimba'ekuéra ipokatuvehápe, kuimba'ekuéra rembipota oñehenduve, ha mba'epotapy oguerekóva hikuái taha'e tekoaty, política ha economía-pe katu hetave jey oñemomba'ëve tekohapýpe. Kuñanguéra iku'iva'erã ombohovake haña temikotevẽ ogapypegua ha jeyvéramo opytán-tema ogapýpe. Ko'ã ojuháva opoko tekojoja jehupyty rehe, ojehecha rehe opa mba'e oikóva okápe tekohágui ha hekohapekueravoi, kuña ypykue oñemboykeveha, ha upéicha rupi ijapytepekuéra, heta rehiõ ha tekohápe, oñembyaty ha omba'apo hikuái ikatu hañuáicha ojepy'amongeta imburuvichakuéra ha mayma tapicha hekohapegua ndive mba'éichapa ikatu oñemoambue umi rupi kuña ñemboyke ha jehekovejopy.¹³

Ñemboyke, kuimba'e pokatuve hekohápe ha upe violencia interseccional oñe'ẽ hagae rupi, kuña ypykuérape hasyve oiporúvo tekojoja ha avei oñemoarandúvo, ha, oiméramo oñemoarandu katu, hasyve omohuã haña imbo'esyry kuimba'égui, upéva ári ojehepyme'ẽ'ive ichupe hembiapokue rehe, jeyvéramo katu ñepysãnga ndekakuaáva ojuhu, léi renondépe jepe, ombokuatia haña ijyvy hamba'e (Saavedra 2018).

¹³ Techapyrã ko'ã tembiasakue rehegua oñehesa'ỹjo Sieder-pe (2017).

La ausencia de educación sexual y reproductiva las sitúa en un riesgo frecuente de resultar embarazadas a muy temprana edad, con lo cual las posibilidades de educarse, desempeñarse como lideresas o ampliar el espectro de posibilidades personales se ve notablemente reducido. Debido a la precariedad socioeconómica en que generalmente se encuentran, con frecuencia son cabezas de hogar y, a menudo, están a cargo del cuidado de ancianos y niños.

Las mujeres indígenas no solo sufren de manera desproporcionada el analfabetismo, sino que también son más monolingües que los hombres indígenas. En Ecuador, la encuesta de empleos del 2007 arrojó que el 33,4% de las mujeres indígenas no podía leer y escribir, comparado con el 19,4 % de los hombres indígenas, y que un 4,4% de las mujeres indígenas era monolingüe, comparado con el 2,1% de los hombres indígenas. En 1989, un sorprendente 82% de mujeres indígenas guatemaltecas, era analfabeta. En Bolivia, según cifras del 2001, del Instituto Nacional de Estadística, el 37,9% de las mujeres de las áreas rurales eran analfabetas, comparadas con el 2,5 % de la población urbana masculina, y el 14,4% de los hombres en áreas rurales. (Sieder y Sierra 2010)

Los hombres y las mujeres indígenas han sido históricamente víctimas de violencia ejercida por actores tanto estatales como no estatales. Esta violencia toma diferentes formas. Por una parte, la violencia cotidiana expresada en los costos, las distancias y la ausencia, en ocasiones casi total, de mecanismos oficiales que faciliten el acceso a servicios esenciales; tal es el caso de la ausencia de documentos de identificación, lo que les impide muchas veces acceder a servicios públicos; asimismo, la falta de traductores e intérpretes, lo que impide el acceso a la justicia y a los servicios del Estado en su propio idioma, algo que afecta, como ya vimos, con mayor rigor a las mujeres.

De igual manera, son víctimas de violencia y represión estatal cuando defienden derechos colectivos, amenazados por grandes proyectos de inversión en sus tierras y recursos naturales. Por otra parte, son víctimas del fuego cruzado en conflictos armados, crimen organizado y la militarización en sus territorios o cerca de ellos. Las mujeres enfrentan mayores dificultades para ejercer cargos de representación a niveles local, regional y nacional, y cuando lo logran son objeto de un escrutinio mayor tanto por parte de agentes externos como internos.

Noñehekombo'eí rupi tapichakuéra mba'eichapa oñangarekova'erã hete iñemoñare térã upeicha'ỹ hağua, ikatuete hyeguasu imitã rehe, ha upéicharamo hasykue oñemoaranduve, omotenondévo tapicha aty térã ojapovévo hetave mba'e tetãygua háicha. Oiko meme rehe mboriahu ha tekotevẽ pa'ũme, heta jevy omoakã hogapy, ha, jeyvéramo, opyta hi'ári oñangarekóvo tamói. jarýi ha mitã rehe.

Kuña ypykue apytépe ndahetaitereíri año ojejuhu ndohai ha nomoñe'ẽkuaáiva oje-haipyre, upéva ári hetairei oĩ oiporukuaáva peteĩ ñe'ẽnte, oñembohovakétaramo kuimba'e ypykuéra rehe. Ecuador-pe encuesta omba'apóva rehegua ojejapova'ekue 2007-pe ohechauka 33,4 % kuña apytépe nomoñe'ẽiha ojeheipyre ha ndohaikuaai-ha, ha kuimba'e ypykuéra apytépe katu 19,4 %; upéva ári kuña ypykuéra apytépe 4,4 % oiporukuaa peteĩ ñe'ẽnte ha kuimba'e apytépe katu 2,1 %. 1989-pe katu Gua-temala-pe 82 % kuña ypykue nomoñe'ẽkuaái jehaipy ha ndohaikuaái. Bolivia-pe Instituto Nacional de Estadística, upe 2001-pe, ojuhu 37,9 % kuña okaraygua no-moñe'ẽkuaaiha jehaipy ha ndohaikuaaiha, ha kuimba'e oikóva tavaháre apytépe katu 2,5 % ojejuhu peichaha, ha 14,4 % kuimba'ekuéra apytépe oiko okaháre. (Sieder y Sierra 2010)

Kuimba'e ha kuña ypykuéva rehe ymaite guive oñeñembosarái, taha'e estado rembijokuái ha ipypegua'ỹva. Ko violencia oñemboguata heta hendáicha. Peteĩ henda guivo, violencia ohasáva ko'ẽreire opa mba'e hepyve, mombyry ha jeyvéramo estado oñemopore'ỹmbaite; ndojejuhúi hemimoĩmby ombohape-va'erã jahechápa ko'ã tapicha ndohupytyí umi servicio tekotevẽvéva; heta jey ha'ekuéra nda'ikuaateíi, cédula de identidad oñehenóiva, ha upéicha rupi ndaikatúi ohupyty ñepytyvõ ouva estado guivo. Avei ndoguererekói tapicha omboje-veva'erã ichupe iñe'ẽgui ha iñe'ẽme hemiandu, ha péicha rupi ndaikatúi ojevale tekojoja rehe ha estado ogueropojáiva servicio ndojuhúi iñe'ẽme, mba'e jeyvé-ramo ouvaivéva kuñanguérape, ja'éma haguéicha.

Upéichante avei Estado oity hi'arikuéra violencia ha represión péicha ku oñorairõ jave derecho atypeguáva rehe, ogueroikéramo tesaparápe ichupekuéra umi proyecto kakua virueta rehe oñemboguaséva ijyvykuéra ha recurso natural-pe. Ambue henda guivo, ojegueroike ichupekuéra mbaretépe guerra ápe ha pépe oikóvape, ouva crimen organizado ha milikokuéra oike rehe ojaho'i hekoha térã ağıi ichuguikuéra. Kuña hetaitereive apañuái ojuhu hapépe oje-poravóramo hapichakuéra rembijokuáramo, taha'e upe tendápe, rehiõme ha tetã tuichakuépe, ha oiméramo oike upe rupi katu oñehakã'i'ove ichupekuéra, taha'e okápe ha hyepýpe.