

# Hacia sistemas jurídicos plurales

Reflexiones y experiencias de coordinación  
entre el derecho estatal y el derecho indígena

**COORDINADORES:**

Rudolf Huber  
Juan Carlos Martínez  
Cécile Lachenal  
Rosembert Ariza



Konrad  
Adenauer  
Stiftung

© 2008 KONRAD - ADENAUER - STIFTUNG e. V.

**KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.**

Klingelhöferstr. 23  
D-10785 Berlín  
República Federal de Alemania  
Tel.: (#49-30) 269 96 453  
Fax: (#49-30) 269 96 555

**FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, A.C.**

**OFICINA MEXICO**

Río Guadiana No.3 Col. Cuauhtémoc  
México, DF.  
C.P. 06500  
México  
Tel.: (52 55) 5566 4511  
Fax: (52 55) 5566 4455  
derecho@kasmex.org.mx  
www.kasmex.org.mx  
www.kas.de

**FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER**

**OFICINA COLOMBIA**

Calle 79 No. 8 – 70  
Bogota D.C., Colombia  
NIT: 830 128 672-1  
Tel.: (57 1) 321 46-15/-16/-17/-18/-19  
Fax: (57 1) 321 46-20  
director@kas.org.co  
www.kas.de

**Editor Responsable**

Rudolf Huber

**Coordinación de la edición en Colombia**

Hernando Clavijo  
hernandoclavijo@yahoo.es

**Diseño y diagramación**

Jefferson Valencia  
yeporepo@yahoo.es

**Impreso en Colombia - Printed in Colombia**

Octubre de 2008  
Impresor: Ediciones Antropos Ltda.  
Bogotá, Colombia  
gerencia@edicionesantropos.com

ISBN: 978-958-98737-0-0

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

# CONTENIDO

<b>Prólogo</b>	11
<b>Introducción</b>	15
<b>SECCIÓN PRIMERA</b>	
Existencia y fundamento del derecho indígena	27
<b>Principios generales del derecho indígena</b> (Elisa Cruz Rueda)	29
Introducción	29
Pluralismo jurídico y derecho indígena	31
Principios generales del derecho indígena	33
La justicia y el derecho en las dinámicas locales	39
El derecho indígena y el principio jurídico de la comunalidad	41
Jurisdicción indígena: competencia y territorialidad	45
A manera de conclusión	47
Bibliografía	48
<b>Pluralismo jurídico en el Ecuador. Hegemonía estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena</b> (Marcelo Bonilla Urvina)	51
Introducción	51
I. Pluralismo jurídico: el campo jerárquico en que compiten los órdenes normativos	53
II. Lucha entre el fundamentalismo estatal y los órdenes de justicia indígenas por el monopolio del discurso jurídico	55
III. Sistema jerárquico de ciudadanía: mecanismo nuclear de la subordinación	62
Conclusión	66
Bibliografía	68
<b>Criterios para un modelo de regulación plural en el Perú</b> (José Regalado)	71
Introducción	71
Algunos enfoques para tener en cuenta	72
La cuestión del pluralismo en el Perú	75
Hacia una propuesta de un sistema de justicia local	81
Criterios y propuestas	82
Bibliografía	83

## SECCIÓN SEGUNDA

La justicia comunitaria. Normas, instituciones y procedimientos en las sociedades indígenas contemporáneas 85

**La conciliación: ¿un medio o un fin en la solución de conflictos?**  
(Akuavi Adonon Viveros) 87

*Juzgados de Paz y Conciliación Indígena: del “pecado original” a su apropiación por la comunidad* 88

I. La audiencia conciliatoria: un enfoque antropológico 91

A. *Perdonar es actuar de manera honorable* 92

B. *De la cosmogonía al ritual jurídico* 95

C. *Elementos y momentos del ritual de la audiencia conciliatoria* 98

1. *El comportamiento verbal* 98

2. *Las interacciones* 100

3. *Gestos y ritos dentro del ritual conciliatorio* 102

II. La audiencia conciliatoria y el acta: una lectura desde el derecho de Estado 106

A. *Los principios que fundan el procedimiento* 106

B. *La audiencia, una etapa del procedimiento* 108

C. *El acta conciliatoria* 110

Conclusión 112

Bibliografía 114

**Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los paez y los wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares**  
(Esther Sánchez Botero) 119

El impacto de la Constitución del 91 120

Forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares 122

Primer caso (paez) 122

Segundo caso (paez) 124

Tercer caso (wayú) 125

Normas y procedimientos aplicados en el primer caso (paez) 125

El caso de servicios y colaboraciones entre los paez 126

El caso de la herencia entre los wayú 126

Elementos culturales del derecho propio paez vinculados con el primero y segundo casos 126

El sujeto colectivo, clave cultural en el derecho propio paez 126

Los hechos que rompen el equilibrio, y los procesos para su restablecimiento 128

Las manifestaciones del debido proceso en el caso Gembuel	130
El sujeto es un indígena y sus actuaciones ocurrieron dentro del territorio	130
El derecho de defensa y ritualidades	132
Tipos de sanciones que se imponen y proporciones en que operan las mismas	134
La obligación del colectivo de evitar la violencia	135
Pluralismo jurídico de tipo igualitario	137
Segundo caso (paez)	140
Por estima a lo más grande, ven a darme una ayuda	140
Los servicios y las colaboraciones como obligaciones	142
Las colaboraciones o servicios como expresión de un don	143
Nadie explota a nadie ni saca ventaja de otros para sí	144
Tercer caso (wayú)	146
La aplicación ejemplar de los derechos propios	147
<b>La historia de Chico. Sucesos en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena</b> (Guillermo Padilla)	<b>151</b>
Sistema de autoridades mayas y la justicia en Guatemala	153
Intervención de las autoridades tradicionales y la asamblea indígena	157
El papel de los medios	160
Valores, procedimiento y sanción	169
El efecto video	174
El recurso ante la Corte Suprema de Justicia	177
Bibliografía	184
<b>Las periciales antropológicas, una herramienta para la hermenéutica intercultural y la justicia plural. Reflexión a partir del caso de México</b> (Cécile Lachenal)	<b>187</b>
Formas y contenidos del peritaje antropológico	188
A. <i>El peritaje cultural</i>	189
B. <i>El peritaje jurídico-antropológico</i>	192
1. <i>Razón de ser del peritaje jurídico-antropológico</i>	193
2. <i>La antropología jurídica como metodología para la elaboración del peritaje jurídico-antropológico</i>	196
Valor del peritaje	197
A. <i>Naturaleza jurídica del peritaje</i>	198
B. <i>Valoración del peritaje</i>	199

## SECCIÓN TERCERA

Pluralismo en los juzgados. Las prácticas de la justicia estatal	201
<b>La jurisdicción indígena en la legislación panameña</b> (Aresio Valiente López)	203
Introducción	203
I. Generales	204
II. Constitución política, pueblos indígenas y administración de justicia	207
III. Administración de justicia y leyes comarcales	211
A. Comarca Kuna Yala	211
1. Código Judicial y Comarca Kuna Yala	213
2. Ley Fundamental y Estatuto de la Comarca Kuna Yala	213
B. Comarca Emberá-Wounaan	215
C. Comarca Kuna de Madungandi	217
D. Comarca Ngöbe-Buglé	218
E. Comarca Kuna de Wargandi	220
IV. Ley 38 de 2001	220
V. Nuevo Código Procesal Penal	222
VI. Jurisprudencias	226
Caso Chogaly	226
Aplicación del Convenio N°. 107 de la OIT de 1957	229
Sanción que aplican las autoridades tradicionales kunas en los casos de droga	230
Allanamiento por parte del Saila	231
VII. Conclusiones	232
VIII. Recomendaciones	233
Glosario	234
Bibliografía	235
<b>Propiedad comunal vs. propiedad privada e intereses estatales</b> (Oswaldo Ruiz Chiriboga)	239
I. Introducción. El derecho a la propiedad	240
II. Propiedad comunal vs. propiedad privada: Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay	242
a) Posesión de las tierras	243
b) Caducidad del derecho a reclamar las tierras	244
c) ¿A qué derecho dar prioridad?	245
III. Propiedad comunal vs. intereses estatales: Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname	251
a) Propiedad de las tierras	252

<i>b) Propiedad sobre los recursos naturales</i>	252
<i>b) Afectación al pueblo Saramaka</i>	254
IV. Conclusiones	257
<b>Teoría y práctica en el ejercicio de la jurisdicción especial indígena en Colombia</b> (Rósembert Ariza Santamaría)	261
Los límites	261
La cárcel, un asunto muy serio	269
<i>Procedimiento de la Jurisdicción Especial Indígena</i>	270
<i>Correctivo</i>	272
<i>Análisis de los hechos y de lo actuado por la autoridad indígena</i>	274
<i>La Asamblea, única instancia</i>	278
<i>Consideraciones de la Corte Constitucional colombiana en el presente caso</i>	279
<i>Entre el fondo y la forma</i>	281
Bibliografía	287
<b>Programa Participación Política Indígena en América Latina</b>	289
<b>Índice Temático</b>	291
<b>Los Coordinadores</b>	295



## PRÓLOGO

Los esfuerzos de los pueblos indígenas de Latinoamérica para decidir sobre la mejor forma de regularse y de mantener sus identidades, lenguas y religiones, han sido reconocidos por el sistema jurídico internacional y nacional. A pesar de este reconocimiento, que debería traducirse en un derecho efectivo a asumir el control de sus instituciones y forma de vida dentro de los Estados en que viven, la interrelación entre el derecho indígena y el derecho nacional dista mucho de ser armoniosa y la validez del primero suele ser cuestionada en los tribunales estatales. Así, la realidad no concuerda con el discurso jurídico reconocido en la generalidad de las legislaciones latinoamericanas, lo que constituye un ejemplo más de falta de aplicación efectiva de la ley, es decir, de ausencia, cuando menos parcial, de un Estado de derecho.

Las razones que podrían explicar este desfase entre la realidad normativa y la práctica judicial pueden ser muy variadas. Posiblemente las causas que se citan con más frecuencia son la falta de una práctica generalizada y el distanciamiento en la implementación efectiva de los avances legislativos que se han dado en el reconocimiento de un derecho indígena como parte del derecho que rige a los países de la región.

Ante esta situación, la Fundación Konrad Adenauer, a través de su Programa Estado de Derecho, cuyo objetivo es apoyar tanto a las autoridades como a la sociedad civil en su proceso de consolidación de la democracia y del Estado de derecho como condiciones básicas de libertad y desarrollo económico y social de los países de América Latina, decidió impulsar la realización de esta obra.

Gracias a la participación de los expertos autores que colaboran en esta publicación, se pretende crear una herramienta que acerque a los operadores de justicia a la realidad de la coexistencia intercultural. Las distintas experiencias que se abordan en este libro quieren apor-

tar las bases necesarias para lograr un diálogo integral que ilustre la situación de los derechos humanos en la región, específicamente en lo relativo a las dinámicas de la coexistencia del derecho propio de las comunidades indígenas con el derecho oficial.

El derecho internacional ha servido como puente para establecer las condiciones básicas del diálogo intercultural, y el reconocimiento mundial que este hecho implica sigue siendo la prueba de la contribución de los pueblos indígenas a la diversidad cultural. Sin embargo, la realidad es que estos pueblos siguen siendo especialmente vulnerables debido a la marginación y a la discriminación de las que han sido objeto, provocadas por estructuras económicas, sociales y políticas carentes de una perspectiva integral de derechos humanos.

Por ello, la forma como puede hacerse efectivo el reconocimiento de la validez de esas formas de cultura y de vida de estos pueblos, recogido en el derecho internacional y las legislaciones nacionales, es principalmente a través de la labor de los operadores de justicia estatales. Es en ellos en quienes recae la gran responsabilidad de juzgar de forma acorde con la normatividad existente y de fortalecer los sistemas de justicia con una perspectiva incluyente e intercultural. Entendemos, lógicamente, que la dinámica cambiante del derecho indígena puede dificultar la labor del operador de justicia estatal formado de acuerdo con planes tradicionales de enseñanza del derecho y es justamente por esto que se pretende acercar a estos juzgadores a la nueva realidad.

Por su parte, la Fundación Konrad Adenauer, a través de sus oficinas regionales, ha trabajado en varias actividades encaminadas a que los pueblos indígenas estén provistos de una mejor protección judicial. Fue así como en el año 2006 se creó el Programa Participación Política Indígena en América Latina (PPI) –hoy con sede en Quito, Ecuador–. Posteriormente se publicó la obra *Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria: ¿un matrimonio imposible?*, que sistematizaba propuestas de complementación en Sudamérica, con especial énfasis en el debate llevado a cabo dentro del marco de la Asamblea Constituyente en Bolivia. Adicionalmente, en 2006 y 2007, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica y el Programa de Participación de los Pueblos Indígenas organizaron dos seminarios sobre coordinación entre derecho indígena y sistema jurídico nacional en Guatemala.

La publicación que hoy tiene usted en sus manos representa un paso más en los esfuerzos de la Fundación Konrad Adenauer para consolidar el régimen de derecho en la región a través de la promoción de cambios en la práctica judicial. Los principales destinatarios de esta obra son, en consecuencia, los operadores de la justicia que se enfrentan con casos sumamente difíciles y delicados debido a la complejidad de las prácticas y normas propias de las comunidades indígenas y su relación con el derecho oficial. Esperamos que esta obra sea de gran utilidad para todos los operadores de la justicia, tanto ordinaria como constitucional, en América Latina, y que contribuya a la consecución de un mejor entendimiento entre autoridades estatales e indígenas en el ámbito de la impartición de justicia.

Sea también éste el medio para expresar a todos y cada uno de los autores, y a Cécile Lachenal, Juan Carlos Martínez y Rosembert Ariza, que trabajaron en la coordinación de esta obra colectiva, nuestro agradecimiento por su gran compromiso, profesionalidad y apertura.

México, 1º de octubre de 2008

**Rudolf Huber**

Director de la Oficina Regional México  
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica  
Fundación Konrad Adenauer, A.C.



## INTRODUCCIÓN

Desde hace algunas décadas, los Estados latinoamericanos han venido incorporando de manera paulatina una serie de reformas legislativas tendientes al reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas. Además de las reformas a la legislación interna, la mayoría de estos países han suscrito instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT y más recientemente la Declaración Universal de Derechos de los Pueblos Indígenas, que fortalecen la concepción del Estado pluricultural y establecen medidas para dar forma jurídico-política a esta conformación sociocultural histórica de los países latinoamericanos.

Podemos decir que las reformas se orientan en dos sentidos: por un lado establecen medidas tendientes a garantizar el mejor acceso de los indígenas a los servicios que presta el Estado, pues particularmente se establecen procedimientos tendientes a mejorar el acceso a la justicia de los individuos y las colectividades que descienden de los pueblos originarios. Una segunda vertiente, que sin duda es la más importante y de mayores alcances, se encuentra encaminada al reconocimiento del derecho de libre determinación de estos pueblos, que se concreta en el ejercicio de la autonomía social, económica, política y cultural planteada dentro del marco de los propios Estados nacionales que se constituyen como pluriculturales.

No obstante estos avances en el ámbito legislativo de las normas que podemos llamar de reconocimiento, existen estudios que reflejan muy bajos estándares de incorporación de estos nuevos parámetros jurídicos en las prácticas judiciales de los mismos Estados (Stavenhagen 2003, OACNUDH 2006, FLACSO 2007, OACNUDH/Asies 2008). Esta preocupante distancia entre lo reconocido en las normas y lo conocido y aplicado por los impartidores de justicia, representa un rezago para el Estado de derecho y también el fortalecimiento de un antiguo vicio de la cultura jurídica latinoamericana, que reconoce leyes para luego no observarlas.

Adicionalmente, la falta de aplicación de estas normas, más allá de representar una distorsión del sistema jurídico, puede también significar un problema de gobernanza en países de alta población indígena y capacidad de movilización social. Aunque para la mayor parte de los movimientos indígenas nacionales, las normas contenidas en los nuevos instrumentos nacionales e internacionales aún resultan insuficientes en relación con sus aspiraciones, es necesario decir que lo ya reconocido es no sólo un mecanismo para adecuar de mejor manera el derecho a la realidad social de pluralismo sociocultural, sino que estas normas representan la paulatina concreción de sentidas demandas de justicia y reivindicación, que buscan dar un nuevo papel a los pueblos indígenas como parte integrante de la sociedad nacional, para diferenciarse de la situación ancestral de dominación socioeconómica y exclusión política a la que han sido sometidos.

El objetivo de este libro es justamente ofrecer una comprensión del fundamental replanteamiento del sistema jurídico representado por el reconocimiento de derechos de los pueblos indígenas. Por lo mismo, los trabajos aquí compilados buscan ser un aporte práctico que abone a una nueva y fresca mirada judicial sobre ciertos fenómenos jurídicos derivados de la pluralidad étnica de los países latinoamericanos.

Buscamos que esta nueva mirada se traduzca en una mejor aplicación de las normas que, dada su vigencia, están construidas bajo el paradigma del pluralismo jurídico. Creemos que a través de interpretaciones estrictamente apegadas a derecho, pero rebasando la estrecha visión formalista, el sistema jurídico vigente puede responder mejor a viejos vicios y problemas de las instituciones formales frente a la compleja realidad de los países pluriétnicos. Así mismo, esta perspectiva dignifica el papel de la judicatura y le da una perspectiva de verdadera garante del sistema jurídico, armonizadora e intérprete de leyes y en resumen creadora de los sistemas jurídicos nacionales.

Con este objetivo en mente, un grupo de trabajo conformado por juristas y antropólogos provenientes de diversos países latinoamericanos, centrados en el estudio de estos temas, y favorecidos con el apoyo e interés en esta temática por parte del Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer, hemos plasmado en una serie de artículos, basados en experiencias nacionales, reflexiones sobre el pluralismo jurídico y su relación con problemas jurídicos de primera importancia

que nos ayudarán a pensar el derecho en su conjunto. Creemos que estos trabajos serán de mucho interés para procuradores y administradores de justicia preocupados en resolver de manera coherente los retos de la convivencia intercultural en nuestros países.

## Estructura del libro

El libro se divide en tres partes: la primera está basada en las experiencias de México, Perú y Ecuador, y se encuentra enfocada en mostrar a los jueces no sólo la pervivencia de los sistemas normativos indígenas, sino también la fuerza que estos sistemas tienen para ordenar su sociedad y regular sus conductas, así como los fundamentos que, arraigados en sus propias tradiciones culturales, permiten tener raigambre y aceptación entre quienes se someten a sus estructuras. En este mismo apartado se abordan algunos de los retos generales que la justicia estatal enfrenta para lograr una buena coordinación entre sus formas de hacer justicia y las propias de los pueblos indígenas.

La segunda parte aborda las formas contemporáneas de la justicia indígena, presentando casos de México, Guatemala y Colombia, y analizando las normas, instituciones y procedimientos que surgen del contexto cultural local, contexto desde el que debe ser asumida no sólo su eficacia sino su vigencia. Los casos presentados nos permiten mostrar cómo las normas indígenas pueden ser producidas por canales adecuados a ese contexto específico, y dejan ver que sus fuentes pueden incluso contemplar principios religiosos y/o morales que definen obligaciones, permisiones y prohibiciones. Entre las prácticas locales basadas en alguna lógica cultural, ¿pueden todas ser consideradas en su carácter normativo?

Los trabajos aquí presentados muestran que la respuesta a la anterior pregunta es negativa. Como en cualquier contexto social, las normas jurídicas son aquellas que cubren algunas características y se asocian con un poder público legítimamente constituido. Por ello, este apartado nos muestra la importancia del peritaje jurídico antropológico para ilustrar a los jueces sobre lo que puede y lo que no puede ser entendido como jurídico dentro de las tradiciones indígenas específicas.

La tercera parte analiza los avances y límites de algunas resoluciones jurisdiccionales de Colombia, Panamá y Guatemala, así como de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han razonado sobre el contenido y los alcances de las normas de reconocimiento. Estos textos entran de lleno en el análisis de las conductas de los funcionarios judiciales y ofrecen algunas herramientas hermenéuticas para interpretar el contenido de dichas normas. Esperamos que esta sección inspire a los jueces y los haga conscientes de su protagonismo en la concreción de una nueva concepción pluralista del derecho, mucho más acorde con las realidades sociales de los países latinoamericanos y capaz de generar resoluciones no sólo apegadas a derecho, sino justas y capaces de poner fin a los conflictos sociales en la sede judicial, evitando así que éstos desborden la vida institucional de nuestros contradictorios procesos democráticos.

A continuación analizamos con mayor detenimiento las secciones que conforman este libro y anticipamos algunas de las discusiones que el lector encontrará en el desarrollo de los diferentes artículos que conforman la obra.

## **Sección Primera**

### ***Existencia y fundamento del derecho indígena***

Los textos que conforman este trabajo parten de la asunción de que la tradición jurídica monista y positivista tiende a negar la existencia de normas que no hayan sido creadas conforme a los procedimientos formales establecidos por la ley suprema. Sin embargo, esta perspectiva, que debería dar certeza jurídica a los sujetos dado que define una clara frontera entre lo que es legal y lo que no lo es, en realidad alienta el dualismo y la anomia puesto que niega la existencia de una diversidad de formas jurídicas que organizan colectividades y orientan las conductas de sus individuos, a veces en oposición a las normas que se producen desde los canales formales del Estado.

Ahora bien, aunque esta constatación sociológica es patente cuando uno se desplaza por las regiones indígenas de nuestros países, antes de la entrada en vigencia de las normas de reconocimiento se podía argumentar que aunque las instituciones, tradiciones y procedimientos indígenas persistieran como un fenómeno social, desde un punto de vista estrictamente jurídico éstas no podían ser reputadas como derecho. Dejando por el momento de lado la nueva dimensión jurídica que las normas de reconocimiento dan a las formas jurídicas indígenas,

debemos preguntarnos si además de su pervivencia fáctica estas formas tienen la eficacia y moralidad suficientes para estructurar la vida colectiva y regular eficazmente las conductas individuales. Puesto en otras palabras, ¿deben aceptar los Estados nacionales la pervivencia y reproducción de las formas jurídicas indígenas?

Como se analiza en los artículos de la Sección Primera, existen razones históricas que han permitido la pervivencia de los sistemas normativos indígenas pero, además de ello, éstos han conservado normas y una racionalidad acordes con sus proyectos y formas de vida. La crisis de los proyectos integracionistas basados en una cultura nacional estándar ha obligado al replanteamiento del diseño político de los Estados nacionales, y ha hecho que se dé un tránsito paulatino hacia modelos de Estado plural que otorgan autonomía a las comunidades históricamente constituidas.

Al respecto, Elisa Cruz Rueda nos muestra, para el caso mexicano, la importancia de comprender la historia de estas colectividades y su ancestral arraigo a la tierra que ocupan. De acuerdo con el estudio que nos ofrece, “tierra” es un concepto clave para entender la cosmovisión indígena y muestra que su significado en la perspectiva local representa valores que rebasan con mucho el concepto jurídico de propiedad. Cruz Rueda nos explica cómo la dinámica de la conflictividad interna en las comunidades *mixes* de Oaxaca estructura su propia organización interna, y no es obstáculo para mostrar una cara de unidad hacia fuera de su región. Así mismo, su articulación con el Estado mexicano permite a estas comunidades canalizar cierto tipo de conflictos que rebasan sus capacidades institucionales, así como incorporar elementos propios de la justicia estatal en sus procedimientos y lógicas internas.

Elisa Cruz sostiene que no obstante las transformaciones que derivan de la incorporación de referentes externos, el derecho indígena *mixe* mantiene principios generales que dan especificidad, como sistema jurídico, a lo que diversos ideólogos indígenas han llamado *comunalidad*. En tal sentido, la supuesta inferioridad del derecho indígena con relación al derecho estatal radica más en la mirada y preconceptos de los funcionarios estatales que aprendieron a ver este tipo de distinción.

En un sentido semejante, el artículo “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, de Marcelo Bonilla, sostiene que la estructura monocultural

de ese Estado se encuentra profundamente interiorizada en el *hábitus* de sus operadores, lo que les impide aplicar a cabalidad los compromisos internacionales adquiridos por el Estado ecuatoriano en relación con los derechos indígenas. Estas concepciones de subordinación de las instituciones indígenas a la estructura estatal impiden el desarrollo adecuado de los pueblos indígenas y sus formas de vida en lucha por el reconocimiento.

Bonilla plantea que el pluralismo se ha convertido en una condición de realización del Estado moderno, muy al contrario de lo que sucede con las tendencias homogeneizantes, que en realidad han generado una matriz de subordinación histórica de algunas formas de vida sobre otras, hasta construir un sistema jerárquico de ciudadanía que anula las libertades básicas de actores sociales como los indígenas y los inmigrantes. Frente a esto, Bonilla propone una estrategia educativa que permita deconstruir el *hábitus* monocultural y cambiar los referentes sobre los que descansan las nociones modernas de ciudadanía. Además Bonilla sostiene la importancia de la creación de cortes pluriculturales.

Las reflexiones de Marcelo Bonilla hacen patente la dificultad de los actores judiciales para entender otras concepciones jurídicas que operen dentro de las propias naciones y como consecuencia, la imposibilidad de la real aplicación de los principios contenidos en el Convenio 169 de la OIT y de otras normas consagradas en los propios ordenamientos nacionales, lo cual es una gran limitación para el desarrollo de las instituciones democráticas de países pluriculturales, como los latinoamericanos.

Por su parte José Regalado nos lleva, a través del artículo “Criterios para un modelo de regulación plural en el Perú” a la discusión sobre los límites de la injerencia del Estado en la regulación del derecho indígena, sin que ello interfiera con el principio de autonomía que, por otra parte, la legislación consagra. Regalado afirma que los intentos estatales por regular el ejercicio del derecho indígena podrían poner en riesgo su efectividad interna.

El trabajo de José Regalado señala que es una ficción suponer que el Estado es capaz de encargarse de atender la totalidad de conflictos que genera una sociedad, con su diversidad y particularidades. Regalado sostiene que hay espacios geográficos y sociales en los que el vacío del

Estado deja espacio para el desarrollo de la justicia comunal, particularmente en zonas rurales. En tal sentido, los procesos de globalización han acentuado la noción de multiculturalismo en los Estados, pero más como un discurso hueco que como el necesario reconocimiento de aquellas instituciones que encarnan las dinámicas de la justicia local.

Los anteriores argumentos permiten a Regalado afirmar, con base en la realidad peruana, que los diseños jurídicos nacionales deben partir de la comprensión de las justicias locales y no de modelos abstractos que omiten las particularidades en las que se sustenta la realidad jurídica del país. Esta propuesta de regulación desde abajo rompe con el dogmatismo del formalismo jurídico y con el fetichismo con que se usa la ley, y nos ayuda a entender que la sociedad necesita menos regulación central y más justicia.

## **Sección Segunda**

### ***La justicia comunitaria. Normas, instituciones y procedimientos en las sociedades indígenas contemporáneas***

La segunda parte del libro se enfoca en la justicia comunitaria y pretende ofrecer una mirada sobre las formas de hacer justicia en las comunidades indígenas. El objetivo de los artículos presentados en esta sección es mostrar un análisis desprejuiciado del funcionamiento de las instituciones locales que se encargan de administrar justicia en las regiones indígenas.

Los trabajos logran mostrar que los sistemas normativos indígenas resultan adecuados y sustentables para sus sociedades porque se fundamentan en la lógica propia. La cultura propia ha venido modelando tales sistemas durante años; de ahí que las instituciones resulten adecuadas a su cultura y conformen una organización social, política y económica propia.

Este apartado muestra cómo las prácticas indígenas resultan ser eficientes para resolver los conflictos que atraviesan y regulan las relaciones sociales internas. Al identificar estas formas especiales, los autores ponen de relieve aspectos singulares no sólo del hacer justicia en las sociedades indígenas, sino también de la concepción misma de los conflictos. En este sentido se ha destacado la dimensión colectiva

de muchos de los conflictos, aun cuando parecieran, desde la visión del derecho positivo, como un asunto “privado”. Particularmente ilustrativo en este sentido es al artículo de Akuavi Adonon, que aborda el tema del matrimonio desde el contexto cultural zinacanteco. Otro aspecto que resalta en estos trabajos es la estrecha relación entre la dimensión religiosa, o simbólica, con la manera de resolver el conflicto, relación que se traduce en los diversos ritos que marcan el proceso judicial indígena y en ciertas sanciones aplicadas por las sociedades indígenas. Estas particularidades hacen evidente la existencia de una concepción autóctona del conflicto, imaginado muchas veces como algo que va más allá de una lucha en el campo terrenal, lo cual explica la importancia central de restablecer no sólo la relación social sino también las relaciones simbólicas y los vínculos de la colectividad con lo trascendente.

En su trabajo, Akuavi Adonon analiza la conciliación en comunidades tzotziles de Chiapas como una forma particular de resolución de conflictos en esta zona indígena del sur de México. Adonon destaca las diferencias de este proceso con la conciliación existente en el derecho nacional. Si en este último sistema jurídico la conciliación es sólo un medio (entre muchos posibles) para lograr la solución de un litigio, en las sociedades indígenas estudiadas por Akuavi la conciliación constituye un fin en sí mismo.

La propuesta de Akuavi consiste en mostrar que aunque el Tribunal de Paz y Conciliación Indígena es una instancia de carácter estatal, en la comunidad de Zinacantán los indígenas han logrado refuncionalizar varios elementos del derecho estatal, apropiándose los y reinterpretándolos en función de su propia lógica. Esta situación sirve de muestra para sostener la existencia de facto del pluralismo jurídico y de relaciones que De Sousa Santos ha definido como *interlegalidad*.

Por su parte, el trabajo de Esther Sánchez presenta tres casos de la justicia indígena de Colombia: un asunto de homicidio en Jambaló, municipio paez; un asunto laboral en el cabildo paez de La Laguna; y un asunto de sucesión en un pueblo wayú. Estos casos son muestra de la interesantísima relación que se ha dado en Colombia entre la justicia ordinaria y la indígena. El artículo de Esther Sánchez enfatiza lo que la justicia ordinaria debe proteger del derecho propio para que éste mantenga su desarrollo. Este análisis permite explicar, en cada caso estudiado, la lógica propia que sustenta tanto los procedimientos

judiciales implementados por los indígenas, como los principios que rigen la solución del conflicto y el sentido de los castigos. En particular, demuestra cómo entender la cuestión del debido proceso en las comunidades indígenas a partir de los propios procedimientos garantizados en el derecho propio.

Por su parte, el trabajo de Guillermo Padilla pone en el centro de su atención la cuestión de la cosa juzgada, es decir el respeto del principio *non bis in ídem* cuando el juicio se ha desarrollado ante la jurisdicción indígena. La rica exposición del caso de Chico, en Guatemala, ejemplifica muy bien las consideraciones que deben tener las autoridades estatales frente a las decisiones de las autoridades indígenas. También muestra la necesidad y la urgencia de una reflexión intercultural sobre las sanciones y castigos impuestos en las comunidades indígenas.

Dado que los artículos anteriores han mostrado la existencia de la normatividad indígena y que ésta tiene un valor jurídico fundamental en la aplicación de la justicia ordinaria en estas regiones, Cécile Lachenal nos ofrece una guía para entender y utilizar el peritaje jurídico antropológico como herramienta fundamental para el análisis de estos casos. Tal como se muestra en los trabajos, no todo lo que sucede en las comunidades indígenas puede considerarse jurídico o normativo utilizando los propios parámetros internos de la comunidad. Dado que el juez es un perito en el derecho estatal pero no en el indígena, requiere de un instrumento especializado que le permita discernir sobre los alcances y las implicaciones del sistema jurídico local e interpretarlo en relación con el sistema jurídico nacional.

El artículo de Lachenal nos permite entender con claridad en qué situaciones específicas el juez debe apoyarse en el peritaje; después nos ofrece una metodología dirigida a antropólogos jurídicos para la realización de esta herramienta; y por último nos aclara los diferentes alcances del asunto, de acuerdo con las distintas hipótesis en que puede ser solicitado un peritaje.

Podemos ver que el sentido general de los trabajos de esta sección es mostrar la racionalidad de los procesos que se siguen en las comunidades indígenas. No obstante, las perspectivas con que se enfocan no son esencialistas ni románticas, pues muestran en toda su dimensión los problemas y las tensiones internas que estos sistemas pueden presen-

tar, sin que ello implique una inferioridad frente al derecho nacional ni una inviabilidad en el abordaje de sus conflictos. Además, los análisis presentados demuestran que no se niegan a una intensa relación con el Estado nacional y sus instituciones y enfocan estas interacciones bajo el concepto de interlegalidad.

## **Sección Tercera**

### *Pluralismo en los juzgados. Las prácticas de la justicia estatal*

En la Sección Tercera la obra pretende mostrar desde una perspectiva crítica aquellos asuntos en los que los temas relativos al pluralismo jurídico han entrado a la interpretación de los jueces. Se analizan en esta sección los alcances de las interpretaciones, las obligaciones normativas que deben atender los jueces, y algunas prácticas avanzadas de los tribunales tanto estatales como internacionales.

El tema central de estos trabajos es la interpretación judicial. Como hemos visto existen, desde hace ya más de una década, normas que paulatinamente han venido reconociendo derechos a los pueblos indígenas, pero estas normas no se han desarrollado lo suficiente en el ámbito de la aplicación de la justicia; es decir, sobre estas normas no han recaído interpretaciones judiciales que permitan aplicarlas.

Los artículos de la Sección Tercera buscan mostrar el balance entre las interpretaciones progresistas de las normas indígenas y aquellas que están bien sustentadas en la técnica jurídica, utilizando como ejemplos los casos de Colombia, Panamá, Guatemala y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que muestran cómo esta instancia ha comprendido bien el valor de la propiedad colectiva dentro de los sistemas normativos indígenas.

El artículo de Aresio Valiente nos describe con claridad la configuración étnica de Panamá con sus ocho pueblos indígenas, que representan el 10% de la población nacional. Si bien el Estado panameño no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, ha desarrollado un sistema interesante de autonomía comarcal, que define las circunscripciones indígenas y en ellas los ámbitos de validez de sus normas así como la jurisdicción de sus instituciones. El artículo muestra también cómo la Corte Suprema de Justicia de esta nación ha dado interpretaciones favorables a sus principios constitucionales para sostener que, aun sin

ser explícita, la Constitución panameña protege la cultura de sus pueblos indígenas y reconoce valor jurídico a sus identidades étnicas.

El artículo de Oswaldo Ruiz analiza las resoluciones de la CIDH en relación con cuestiones de propiedad, profundiza en el tema del conflicto de derechos, la perspectiva jurídica entre lo individual y lo comunal, y particularmente la relevancia jurídica del tema de la tierra en las comunidades indígenas, muy articulado a la cosmovisión de estos pueblos.

Por último, Rosembert Ariza, en un artículo sumamente sugerente, hace una crítica a las resoluciones que sobre el tema del pluralismo jurídico han surgido en los máximos órganos judiciales de Colombia. Como se sabe, el poder judicial de este país, particularmente a través de su Corte Constitucional, generó las resoluciones más progresistas en nuestro continente en materia de derechos indígenas. No obstante, los indiscutibles logros de la justicia colombiana han imposibilitado el desarrollo de críticas razonables a los efectos que estas resoluciones han generado en el ámbito comunal.

A partir de un caso paradigmático, Ariza afirma que las resoluciones de la Corte Constitucional están generando la necesidad, en las instituciones comunales, de atender sus asuntos de cara al derecho nacional y a las expectativas que éste ha generado hacia la comunidad indígena, más que en la propia dinámica del conflicto local. Por otra parte, el autor nota una tendencia regresiva e invasiva de las altas cortes colombianas, que ahora están limitando cada vez más el ejercicio de la justicia comunal indígena, que, antes de las avanzadas resoluciones de este país, gozaban de una mayor autonomía. Rosembert Ariza nos abre a la pregunta de nuevos caminos de interpretación judicial que admitan en su cabalidad las formas jurídicas que los indígenas han mantenido a lo largo de los siglos.

Esperamos que este trabajo tenga buena acogida en la comunidad jurídica latinoamericana y genere un puente entre, por una parte, la comunidad de juristas que analizan el pluralismo jurídico y la interlegalidad como formas eficaces de regular la convivencia social en países multiculturales, y, por la otra, los intérpretes y aplicadores del derecho. Esta interacción sin duda generará un diálogo fecundo que nos permitirá a todos revisar nuestros postulados y fundamentos a partir de casos y circunstancias concretas.

El diálogo que estamos planteando será a todas luces útil en la generación de conocimiento académico; sin embargo, más bien se pretende que sirva, por una parte, para una reflexión comprometida con la realidad y por otra, para dar un papel protagónico al poder judicial en la efectiva vigencia de un Estado de derecho y en el ejercicio de una gobernanza verdaderamente democrática. Los crecientes conflictos de nuestras cada vez más complejas sociedades presionan para que la ciencia jurídica y la interpretación judicial se comprometan con una nueva concepción pluralista capaz de anteponer la justicia a las formas, y a hacer del derecho un discurso verdaderamente eficaz en la regulación de la vida de la gente real y en la solución de sus conflictos.

## Bibliografía

- Bourdieu, Pierre (1987). “La fuerza del derecho”, en “Informe Bibliográfico”, *El Nacional*, México.
- De Sousa Santos, Boaventura (1995). *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Routledge, New York.
- De Sousa Santos, Boaventura (1997). “Una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *Memoria*, núm. 101, julio, Cemos, México.
- FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América (2007). *Los pueblos indígenas del Ecuador: Derechos y bienestar. Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, Quito.
- García Villegas, Mauricio (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Tomo I, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- Martínez Martínez, Juan Carlos (2004). *Derechos indígenas en los juzgados. Un análisis del campo judicial oaxaqueño en la Región Mixe*, Instituto Nacional de Antropología e Historia, Fondo Editorial Oaxaca, México.
- Stavenhagen, Rodolfo (2003). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas. Sobre su misión a México*, ONU, Ginebra.

**SECCIÓN PRIMERA**  
Existencia y fundamento  
del derecho indígena





# PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INDÍGENA

**Dra. Elisa Cruz Rueda<sup>1</sup>**

*Pese a las apariencias, el derecho de los pueblos indígenas  
es la cara globalizada de los sistemas jurídicos modernos.*

FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE

Jurista peruano

## Introducción

En este trabajo se argumenta que los llamados usos y costumbres indígenas, o bien, los sistemas normativos indígenas, constituyen parte del campo jurídico y como tales deben ser entendidos como un derecho propio. Este derecho propio o derecho indígena es producto de la transformación histórica de los indígenas, sus comunidades y pueblos, en su relación con el Estado mexicano, en el cual están inmersos y en el que han participado de manera subalterna. Se parte entonces del hecho de que los pueblos indígenas no son ajenos a los dictados del Estado y a la presencia de éste en sus regiones, que ha penetrado a través de la reforma agraria, la justicia y el municipio. Sin embargo, estas instituciones estatales han sido recurridas y retomadas por los indígenas y sus comunidades, hasta darles un uso propio de acuerdo con sus necesidades, circunstancias y marcos culturales. Todo esto hace pensar que los pueblos indígenas han mantenido una íntima relación con el Estado, aunque para éste se encuentren invisibilizados por el principio de la construcción de una Nación unificada.

---

<sup>1</sup> Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la U.N.A.M., Doctora en Ciencias Antropológicas por la U.A.M. Iztapalapa, y profesora investigadora de la Universidad Autónoma de Chiapas en la licenciatura de Gestión y Autodesarrollo Indígena, Campus III, San Cristóbal de las Casas, Chiapas.

Se puede así constatar que los indígenas han recurrido a la justicia del Estado para resolver diversos asuntos, pero de igual manera las autoridades indígenas han utilizado el derecho positivo –invocándolo– para reforzar y asegurar la consistencia y fuerza de su función de *hacer justicia* en sus comunidades (Cruz 2007)<sup>2</sup>.

En este orden de ideas, la frase epígrafe de este trabajo hace referencia, por un lado, al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas como extensión de los derechos humanos –que dependen más de la existencia humana que de la norma que los contiene–, y que los Estados han debido reconocer como parte de sus sistemas normativos internos (véase nota de *La Jornada* del 17 de febrero de 2007). Por otra parte, también se refiere al hecho de cómo los sistemas normativos indígenas, o *derecho indígena*, han sido capaces de retomar instituciones y discursos del derecho positivo, por ejemplo el derecho internacional de los derechos humanos, para adaptarlos a sus mecanismos y procedimientos de *hacer justicia*, al grado de que se pueden reconocer normas, procedimientos y usos provenientes del derecho estatal pero que ahora hacen parte, para las autoridades indígenas y usuarios, de su derecho propio. Con ello se cumple con el mandato comunitario y a la vez con el escrutinio del Estado.

La existencia de un derecho indígena es comprensible si el derecho es visto como un universo policéntrico en el que no sólo el Estado es productor de derecho. Desde esta perspectiva se puede entender la existencia de los sistemas normativos indígenas o de esos derechos como mapas legales –metafóricamente hablando (Santos 1991)–. Así, el mapa del derecho indígena cuando se le mira desde el mapa del derecho positivo mexicano, representa un nivel legal, pero que se configura y comporta como un *campo* jurídico dadas sus particularidades históricas y culturales, y la existencia de distintos niveles e instancias legales y autoridades. La noción de *campo* hace referencia a cierta autonomía de los sistemas normativos que están en mutua relación, ya que por ejemplo el campo jurídico indígena está inserto en el campo jurídico mexicano, por lo cual podemos decir que es semiautónomo, aunque para los indígenas sea visto como verdaderamente autónomo (Moore 1990). Estos conceptos serán abordados más adelante para ar-

---

2 En mi trabajo doctoral hago un seguimiento a través de casos resueltos por el alcalde municipal y autoridades de agencias, con lo que demuestro este planteamiento, además de que existe una lógica clara y coherente para el ejercicio de *hacer justicia*.

gumentar la factibilidad del reconocimiento del derecho indígena como un sistema coherente con una lógica propia, a la vez imbricada con la lógica positivista del derecho mexicano.

## Pluralismo jurídico y derecho indígena

El concepto de pluralismo jurídico es útil para explicar dos ideas: la primera, que el derecho, lejos de ser un producto exclusivo de determinadas sociedades —por ejemplo de aquellas que tienen Estado—, puede encontrarse en otro tipo de sociedades; en segundo lugar, que al interior del Estado se puede dar cuenta de manifestaciones diversas de derecho.

El pluralismo jurídico constituye uno de los conceptos centrales tanto de la antropología como de la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica del derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente de derecho por el positivismo jurídico, concepción ésta que vino a respaldar y consolidar la empresa colonial (Fitzpatrick 1998). El cuestionamiento a la centralidad del derecho estatal ha sido uno de los focos de atención de los estudios antropológicos del derecho y de la sociología jurídica, interesados en dar cuenta de la vigencia de otros sistemas jurídicos dentro de los estados nacionales<sup>3</sup>.

Por otro lado, en torno a la definición del pluralismo jurídico se han desarrollado varios debates centrados tanto en la definición de lo legal como en la existencia o no de órdenes jurídicos separados. Sobre esto Sierra (2006, p. 61), citando a Hoekema se pregunta, al abordar la definición de lo legal, si es posible considerar que cualquier sistema normativo constituye derecho, o sólo aquel que tiene determinadas características, por ejemplo el tener autoridades que lo hagan exigible,

---

3 Una vertiente inicial de los estudios del pluralismo jurídico, llamada por Merry (1988) como *pluralismo jurídico clásico*, mostró cómo sistemas jurídicos de poblaciones colonizadas fueron subordinados, negados, o bien refuncionalizados por los colonizadores para sus fines de dominación. De esta manera, en los países con pasado colonial, como es el caso de México, donde los pueblos nativos lograron subsistir, el derecho estatal se enfrenta hoy en día a sistemas jurídicos vigentes, a un derecho indígena que no se logró eliminar a pesar de los sistemáticos esfuerzos por homogeneizar a la nación e integrarla en un solo y único marco legal. Es por esto que el concepto de pluralismo jurídico es, sin duda, un concepto muy productivo para documentar el carácter plural de las sociedades y la vigencia de otros derechos. Debates actuales revelan que el pluralismo jurídico no es solamente una característica de sociedades con pasado colonial, sino una propiedad de las sociedades contemporáneas estructuradas por una diversidad de sistemas jurídicos interconectados, como lo señala Santos (1991).

sancionable y eficaz. Sobre la existencia o no de órdenes jurídicos separados; de acuerdo a Sally Merry (1988), el pluralismo jurídico obliga a pensar en la interpenetración y mutua constitución de los ordenamientos jurídicos, cuestionando por tanto las visiones dualistas sobre los sistemas normativos. Benda Beckman, por su parte, cuestiona que este reconocimiento de la interpenetración de los órdenes jurídicos en las prácticas impida pensar los sistemas en su especificidad normativa. En este sentido define pluralismo analíticamente como la coexistencia de dos o más grupos de concepciones normativas dentro del mismo proceso, o de procesos agregados de estructuración, pero también la coexistencia del mismo elemento normativo en más de un contexto.

De este debate me interesa destacar tres posturas respecto al tipo de relación entre sistemas jurídicos: la primera, que reconoce la existencia de diversos sistemas jurídicos independientes entre sí pero coexistiendo en un mismo territorio; una segunda posición plantea la relación de esos sistemas jurídicos en una mutua constitución de legalidades (Sierra 2004b), y una última aproximación establece la relación de sistemas jurídicos como dos miradas distintas sobre un mismo objeto –por ejemplo una disputa–, sobre el cual cada sistema jurídico tiene principios y procedimientos diferentes para darle solución<sup>4</sup>. Tales posiciones delinean caminos diferentes para abordar el estudio del derecho en comunidades indígenas, lo que tiene consecuencias en la definición del objeto de estudio. En este trabajo comparto tanto la visión del pluralismo jurídico (como interacción y mutua constitución de legalidades) así como aquella propuesta analítica más normativa que busca reconstruir las miradas distintas sobre la norma, en torno a casos de disputas. Considero que estas dos posiciones son complementarias para el análisis. De esta manera podemos decir, de acuerdo con Santos (1991), que el planteamiento central del pluralismo jurídico es ver al derecho como un universo policéntrico de órdenes jurídicos o formas diversas de derecho interconectados y sobrepuestos (interlegalidad), y pueden

---

4 Esther Sánchez señala: “Para mí el concepto de interlegalidad no es que la legalidad de un sistema toque el territorio de otro espacio social y entonces es en esa intersección donde se da la interlegalidad. No. La interlegalidad para mí es que frente a un mismo objeto se utilizan dos principios y dos procedimientos que provienen de dos sociedades que son portadoras de éstos y, por decirlo así, también son aportadoras para encontrar una salida a un asunto” (Comunicación personal del 21 de octubre de 2005).

abordarse según su escala<sup>5</sup>, su proyección<sup>6</sup> y su simbología<sup>7</sup>. Sobre estos mecanismos Santos (1991, pp. 223-224) señala:

*[Los] desarrollos socio-jurídicos revelan, pues, la existencia de tres espacios jurídicos diferentes a los que corresponden tres formas diferentes de derecho: el derecho local, el derecho nacional y el derecho mundial. Es poco satisfactorio distinguir estas formas de derecho con base en el objeto de regulación pues, a veces, regulan o parecen regular el mismo tipo de acción social. En mi entender, lo que distingue a estas formas de derecho es el tamaño de la escala con que regulan la acción social. El derecho local es una legalidad de grande escala; el derecho nacional estatal es una legalidad de mediana escala; el derecho mundial es una legalidad de pequeña escala [...] Los diferentes órdenes jurídicos operan así en escalas diferentes y, con eso, traducen objetos empíricos eventualmente iguales en objetos jurídicos distintos.*

De esta manera, la propuesta de Santos resulta muy atractiva para pensar la relación entre los sistemas jurídicos y la construcción del campo jurídico como órdenes policéntricos vinculados entre sí en diferentes escalas. Por ello, el estudio del pluralismo jurídico va más allá de postular la existencia de sistemas normativos diversos, o de formas distintas de derecho: implica también abordar su dinamismo y su complejidad en el contexto histórico de la relación entre los pueblos indígenas y el Estado, así como considerar la situación actual de esa relación y su impacto en la conformación del campo jurídico.

## Principios generales del derecho indígena

Para este apartado, he optado por el concepto de pluralismo jurídico —entendido como sistemas jurídicos relacionados entre sí en un mismo

---

5 “La escala es el primer gran mecanismo de representación /distorsión de la realidad. La escala es ‘la relación entre la distancia en el mapa y la correspondiente distancia en el terreno’ y, como tal, implica una decisión sobre el grado de pormenorización de la representación. Los mapas de grande escala tienen un grado más elevado de pormenorización que los mapas de pequeña escala” (Santos 1991, p. 217).

6 “Es precisamente a través de la proyección como las superficies curvas de la tierra son transformadas en superficies planas en los mapas” (Santos 1991, p. 218). “Cada período histórico o tradición cultural selecciona un punto fijo que funciona como centro de los mapas en uso, un espacio físico simbólico al que es atribuida una posición privilegiada y a partir de la cual se distribuyen organizadamente los restantes espacios” (Santos 1991, p. 219).

7 “La simbolización es el tercer gran mecanismo de representación/distorsión cartográfica de la realidad. Se trata de los símbolos gráficos usados para señalar los elementos y las características de la realidad espacial seleccionados” (Santos 1991, p. 220).

campo social— ya que permite documentar el sentido en que el sistema normativo vigente en las comunidades indígenas se construye en relación estrecha con el sistema jurídico del Estado. Esta relación se puede observar en las mutuas influencias entre sistemas jurídicos, por ejemplo, cuando el alcalde municipal (que en la comunidad es la autoridad principal de hacer justicia, en el caso de Oaxaca) utiliza la formalidad (escritura, sello, invocación de normas) del derecho positivo para darle fuerza a un acuerdo entre partes (Cruz 2007), pero también en las tensiones que surgen al definir determinadas conductas como graves o leves según cada sistema jurídico; por ejemplo, cuando el sistema jurídico mexicano define algunas conductas como delitos graves y esa valoración no corresponde con la del sistema jurídico indígena sobre esas mismas conductas (Cruz 2007). La relevancia jurídica diferenciada que el derecho positivo y el indígena dan a un asunto o evento determinado, tiene que ver, de acuerdo con Sánchez Botero (1998, p. 178), con

*...referentes, antecedentes y explicaciones distintas para aproximarse a un fenómeno o a los mundos simbólicos reales no compartidos universalmente, los cuales deben ser valorados por ajenos al sistema en que éstos se producen.*

Esta autora agrega:

*Un juez, en el marco de una conjetura respetuosa, reconoce y valora muchas realidades como mundo posible. Estos innumerables mundos posibles que no necesariamente pueden ser probados positivamente y que, sin embargo, son reales, por ejemplo los sistemas de creencias, delimitan lo propiamente cultural para el campo de interpretación substantiva, porque permiten establecer el núcleo fundamental para ser reconocido trascendiendo la extensión de una única visión, conducente a una única explicación.*

Con lo anterior se establece la necesidad de fijar reglas de coordinación entre las autoridades estatales y las autoridades indígenas (muchas veces investidas jurídicamente por el Estado), para que se pueda dar este mutuo reconocimiento de *mundos posibles*.

Para dar cuenta de esas diferencias, imbricaciones y una mutua constitución de legalidades, los conceptos de pluralismo jurídico e interle-

galidad son de gran utilidad porque obligan a observar al derecho en su multiplicidad de manifestaciones (según niveles y ámbitos), los usos de la legalidad y el discurso de los derechos.

Así, el concepto de pluralismo jurídico permite reconocer que tanto el derecho positivo como el derecho indígena en la comunidad están sustentados en valores sociales distintos, pero al mismo tiempo se reconoce la existencia de una imbricación de sistemas (pluralismo jurídico), en la que los valores culturales y la dinámica local definen la aplicación de principios y normas positivistas e indígenas aparentemente similares, distinguiéndolas entre sí. De esta manera se retoma el concepto de principios jurídicos del derecho como criterios que la conducta humana debe seguir en cierta situación, que emanan, por un lado, del devenir histórico de una comunidad indígena en su relación con cada una de las comunidades vecinas que conforman, por ejemplo, un municipio o una región, y, por otro, de la relación de estas unidades (comunidades, agencias, cabeceras, municipios, regiones) con el pueblo indígena o etnia del que forman parte. El principio fundante en el que descansa este cuerpo de principios éticos y axiológicos es el de la comunalidad o comunalismo<sup>8</sup>.

La comunidad es el centro de la vida, cotidianidad y acción humana, y de la dinámica de los indígenas y sus pueblos. De esta manera, el conjunto de argumentaciones sobre su importancia como centro que rige la acción humana y los recursos, es lo que en Oaxaca se ha llamado comunalidad o comunalismo (Regino 2002, Martínez Luna 2003), que, más que un concepto, es una forma de pensamiento y una actitud en torno a la comunidad. En este sentido, la comunalidad es a la vez el principio de unidad básica y central de cualquier conducta, proyecto, meta o fin en torno a la comunidad, es decir, es “la actitud humana hacia lo común” (Regino 2002, p. 7).

Me quiero referir ahora a los principios generales del derecho, según la definición de Jorge Adame Goddard (1998, pp. 2541-2542):

---

<sup>8</sup> En palabras de Jaime Martínez Luna (intelectual indígena zapoteco de la sierra): “La comunalidad como tal es el pensamiento sustantivo de la educación regional y extrarregional y son acuerdos comunes en un territorio propio. Es la suma de valores de intercambio hacia adentro y al exterior; integra a la individualidad pero es algo más que la suma de individualidades. Comunalidad es autoridad y es poder en tanto decisión consensual. Se enfrenta al poder externo en campos diversos de confrontación: en la educación, en la tecnología, en la religión o en la fiesta. Es concepto integrador de instancias que se alcanzan a reproducir incluso en ámbitos urbanos (Martínez Luna 2003, p. 52).

*... los principios más generales de ética social, derecho natural o axiología jurídica, descubiertos por la razón humana, fundados en la naturaleza racional y libre del hombre, los cuales constituyen el fundamento de todo sistema jurídico posible o actual.*

Es importante advertir que este concepto se deriva de la tradición jurídica occidental, por demás criticada por organizaciones e intelectuales indígenas por ser fundamentalmente universalista, individualista y contraria al principio de colectividad. Sin embargo, es un referente importante para definir los principios generales del derecho en una comunidad-pueblo indígena, como los principios éticos sociales-comunitarios y axiológicos o de valoración, que no tienen que ver exclusivamente con el campo de lo jurídico (la obligación, la sanción, la autoridad, los derechos), sino en general con la vida de la comunidad y sus integrantes. Éste precisamente es uno de los debates de la antropología jurídica entre Malinowski y Radcliffe-Brown. El primero argumentaba que todas las sociedades, incluyendo “las primitivas” tenían sistemas legales o derecho. Por su parte el segundo propuso que no todas las sociedades tienen derecho, sólo costumbres, dando a entender con esto que los conceptos desarrollados por los juristas occidentales para estudiar sus propios tribunales y leyes podían ser utilizados por los antropólogos que trabajaban en sociedades no occidentales que tuvieran leyes. Este debate debe ser entendido, como señala Jane F. Collier (1995b, p. 47),

*... en el contexto de las necesidades prácticas de los administradores coloniales. Los oficiales coloniales encargados de la administración de la política del Indirect Rule (gobierno indirecto) se vieron encarados por el problema de decidir cuáles costumbres nativas eran normas jurídicas que debían ser puestas en vigor como necesarias para el orden social.*

De esta manera, yo postulo que las normas jurídicas indígenas deben ser entendidas en su propio contexto histórico y cultural de subalteridad frente al Estado y la sociedad mexicana, que el derecho positivo mexicano puede ayudar a una comprensión de ese derecho indígena, pero que éste, por sus antecedentes, tiene características propias.

Por ello, más que explicar un cuerpo de normas o un reglamento, se habla de *principios generales del derecho* en la comunidad o en un municipio, que se refieren a las dinámicas y procesos sociales que expli-

can el sentido de justicia y *justifican* una resolución (Cruz 2005). De esta manera, los principios generales del derecho de una comunidad, municipio o región se desprenden de su historia –tomando en cuenta particularidades, por ejemplo si es núcleo agrario, si es centro de poder religioso y político, cabecera de distrito o cabecera municipal– que sin duda explica su condición actual, sus normas relevantes y las resoluciones que las autoridades darán a determinados asuntos.

De los trabajos realizados en zonas indígenas, sobre todo en Oaxaca (Martínez Martínez 2005 y Cruz 2007), y Chiapas (Collier 1995a y Orantes 2007), se constata que la jurisdicción indígena abarca asuntos diversos de distinta gravedad y relevancia –y no sólo los que tienen que ver con *robo de gallinas* o asuntos de menor cuantía–. La relevancia de cada asunto varía según el campo jurídico desde el cual se quiera atender o resolver: esto es fundamental para comprender las diferencias entre las lógicas jurídicas del campo indígena y del campo positivista mexicano. Precisamente las diferencias entre lógicas jurídicas distintas, expresada en la relevancia de los asuntos, hace que el reconocimiento de los derechos de los indígenas, concretamente a tener *un derecho propio* provoque contradicciones y una crisis al interior del campo jurídico positivista, ya que éste sigue sin reconocer al campo jurídico indígena como un verdadero campo y más bien lo quiere abarcar como uno de sus niveles legales, es decir, en apariencia lo reconoce como diferente pero en el fondo lo obliga a ser igual a él.

La relevancia de los asuntos, ya sea que tengan que ver con la familia, con la tierra, con la organización social de la comunidad, o con el cumplimiento de obligaciones entre particulares o ante la colectividad, muestra aspectos sociales fundamentales y claves vinculadas con la historia y la comunidad en su relación con el grupo etnolingüístico al que pertenecen. Por ello, ante un caso concreto, los campos jurídicos pueden imbricarse de forma tal que vean el mismo objeto de forma distinta y den como resultado distintas alternativas para su solución. Por ejemplo, para el campo jurídico indígena el encarcelamiento no es un fin del ejercicio de *hacer justicia*; tampoco *constituye la justicia* y más bien es un medio o el primero de los mecanismos para lograrla. Si se cumple el fin de calmar los ánimos y hacer que el culpable o quien cometió un error asuma su responsabilidad, inclusive se le deja libre para hacer lo necesario y reparar el daño; de lo contrario se utilizan otros medios, como la amonestación pública y la suspensión de derechos, o incluso la expulsión.

Para el derecho positivo, mantener a alguien en la cárcel no sólo es el inicio del proceso de *hacer justicia* sino también su culminación; el encarcelamiento implica la suspensión de derechos políticos y la restricción de derechos civiles, económicos y sociales –las garantías individuales– de una persona, principalmente el derecho a la libertad, al libre tránsito, a votar y ser votado en elecciones políticas (hasta por 50 años o más si se acumulan varias penas de este tipo). Por su parte, desde la perspectiva indígena, una expulsión deja en libertad al individuo con todos sus derechos civiles, sociales y políticos pero le restringe el acceso a la comunidad para ejercerlos (en algunos casos también lo restringe para integrarse a otras comunidades, si éstas solicitan al individuo o persona como requisito la comprobación de buena conducta en la comunidad de origen). En cuanto a la expulsión, la influencia del campo jurídico positivista sobre el campo jurídico indígena indudablemente ha dado sus frutos, pues esa sanción se ha vuelto un mecanismo cada vez menos frecuente, o bien ha provocado una deliberación más profunda de autoridades indígenas y la comunidad, aunque no deje de ser considerada como una de las opciones para sancionar gravemente a una persona.

Pese a esto, es importante advertir que la opción de la expulsión por incumplimiento de obligaciones en y ante la comunidad, se aplica de manera que no exista otra opción para evitarla, pues para llegar a una decisión de esta magnitud se pasa por un proceso en el cual se da la posibilidad de que el culpable reconozca su error, por ejemplo, si no ha hecho cargos ni servicios que los pague en dinero.

También es importante reconocer que se han dado casos en los que la opción de reconocer el error y no ser expulsado está influida por una serie de circunstancias de tipo político, económico o religioso por las cuales la expulsión se convierta en inevitable, o a veces porque se trata de una lucha por el control y el poder entre grupos, pero no siempre ocurre así ni todos los pueblos operan de la misma manera y por las mismas razones, por lo que para comprender las dinámicas que impulsan decisiones de este tipo, los casos deben ser analizados en sus propias circunstancias e historia.

Finalmente, el problema central es la relación que se ha querido establecer entre el campo jurídico mexicano y el campo jurídico indígena. En esta relación, el discurso de los derechos y del reconocimiento a la

pluriculturalidad y el pluralismo jurídico ha llegado a un punto tal que es imposible seguir hablando del derecho de los indígenas a tener su derecho sin reconocer que existe un campo jurídico indígena con una lógica propia, que se imbrica con el positivista pero que se distingue de él, es decir, a verlo realmente como otro derecho.

## **La justicia y el derecho en las dinámicas locales**

Los principios generales del derecho –que se mantiene en construcción y transformación en cada comunidad– son una combinación de valores éticos y morales de esa sociedad, en este caso, de la sociedad indígena. La justicia, el sentido de justicia, los principios generales del derecho y las normas (orales o escritas) forman un sistema jurídico-cultural en el que esos principios dan legitimidad sistémica –de acuerdo con el sistema o dentro de él– al ejercicio de autoridad para hacer la justicia y a los acuerdos que se convierten en norma, y por tanto al derecho y al quehacer de las autoridades cuando se apegan a ellos. De esta manera, para comprender un elemento de ese sistema es necesario considerarlo en su relación con los otros. Así, la justicia y el sentido de justicia se entienden en su relación con los valores y principios culturales de un pueblo, y los principios jurídicos expresan esos valores, con lo cual se da legitimidad a la justicia y a las normas del derecho.

Como se ha señalado en el caso de algunas regiones del estado de Oaxaca, los principios generales del derecho indígena tienen a la comunalidad o comunalismo como principio de unidad básica y central de cualquier conducta, proyecto, meta o fin en torno a la comunidad, lo que no quiere decir que los derechos individuales no sean reconocidos.

Efectivamente, los derechos individuales son reconocidos en su relación con la comunidad ya que ésta es el ámbito físico de su ejercicio. El individuo es reconocido con derechos cuando cumple sus obligaciones y deberes frente a la comunidad a partir de normas –generalmente orales– conocidas y aceptadas por todos pues emanan de acuerdos de asamblea y de la resolución de conflictos concretos. La aceptación de estas normas puede ser directa o indirecta. La primera se realiza a través de la participación en las asambleas; la segunda, por una aceptación tácita de la norma porque la conducta individual se ajusta a ella, o bien porque cuando se pudo cuestionar, impugnar o rebatir, no se hizo. De acuerdo con el postulado comunalista, si la comunidad no existiera

los derechos individuales no podrían ejercerse. Por ello, en muchas comunidades del estado de Oaxaca, un individuo, al incorporarse al sistema de cargos (forma de organización central en la que descansa el ejercicio del gobierno y del poder), exterioriza su voluntad de formar parte de la comunidad, por lo que acepta sus reglas sobre resolución de conflictos y participación comunitaria, lo cual no quiere decir que no existan espacios para contraargumentar (impugnar) la norma y establecer una excepción o una nueva regla.

Por esta razón se puede ver que el derecho indígena es un sistema casuístico en el que hacer justicia implica considerar las circunstancias en que se ha dado un caso concreto; este sistema toma en cuenta más a la persona en su relación con la comunidad que al hecho o falta cometida. Esto demuestra que existe la idea errónea de que los derechos colectivos indígenas o la comunalidad se imponen hegemónicamente o arbitrariamente sobre el individuo, ya que éste es valorado como sustento de la comunidad, pues participa en ella y la impulsa hacia los cambios y la transformación.

Sin embargo, es importante aceptar que existen casos en los que se puede observar arbitrariedades, pero no son la generalidad y tampoco este hecho es exclusivo de comunidades agrarias y/o indígenas, pues los privilegios que implica recibir *la justicia* o darla también se observan en poblaciones urbanas y no indígenas y en la impartición de la justicia del Estado<sup>9</sup>. Sin embargo, se ha hecho especial énfasis y se ha dado más atención a lo que sucede en los pueblos y comunidades indígenas, seguramente porque se quiere responder desde el Estado a la vinculación de estos pueblos con movimientos sociales de distintos sectores, que cuestionan y contestan el derecho de ese Estado, y revelan la necesidad de su profunda reforma.

En todo caso, la comunalidad es el principio fundante de los principios jurídicos generales del derecho indígena que básicamente son: que la conducta humana esté de acuerdo con “el orden social y natural” (Regino 2002), que la conducta humana contribuya a mantener y preservar ese orden (por ejemplo, respeto a la autoridad y a la comunidad), y esas

---

9 En mi participación dentro del proyecto del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre procuración e impartición de justicia a presos indígenas en Oaxaca, pude constatar en algunas entrevistas que la impresión de indígenas y no indígenas sobre el sistema de justicia mexicano era que una persona que tuviera los recursos económicos suficientes puede alcanzar realmente la justicia y que incluso, siendo culpable, si tiene los recursos suficientes para contratar a un abogado, puede quedar libre.

conductas ayuden a lograr la reproducción y la convivencia armónica –como aceptar y ejercer servicios y cargos sin remuneración–. Otros principios son la obligatoriedad de realizar servicios, la reciprocidad y el prestigio –que no necesariamente es económico–.

## **El derecho indígena y el principio jurídico de la comunalidad**

El derecho indígena es un sistema jurídico que se encuentra imbricado, entrelazado e influido por el sistema jurídico positivo, ya que muchas de las instituciones de éste –como las municipales, agrarias, electorales, de procuración e impartición de justicia– han sido impuestas y reapropiadas por los pueblos indígenas, incorporándolas a sus formas y estructuras de organización. Pese a esto, el sistema jurídico indígena tiene particularidades a distintos niveles, instancias legales y autoridades. Esto es lógico, ya que el sistema jurídico indígena es el resultado de la historia y cultura de cada pueblo y comunidad indígena en su contexto regional y estatal. Por ello, el sistema jurídico mexicano y el sistema jurídico indígena representan realidades distintas aunque imbricadas. El primero abarca e influye de manera determinante al segundo, y de alguna forma lo reconoce, como lo vemos en la incorporación de nuevas leyes al marco jurídico mexicano (Convenio 169 de la OIT y el Artículo 2º Constitucional, Constitución del Estado de Oaxaca y Ley Indígena del mismo)<sup>10</sup>, pero también los indígenas hacen uso cotidiano del derecho positivo para resolver sus controversias (Sierra 2004a)<sup>11</sup>.

---

10 En este sentido, Yuri Escalante (2002, pp. 62-63) señala: “En resumidas cuentas, los sistemas normativos, tal como han sido incorporados en la Carta Magna, aparecen como una institución virtual, todavía no configurada en sus rasgos esenciales y dependiendo de unas leyes o bien de unos jueces y tribunales que validarán, positiva o negativamente, sus determinaciones [...] la reforma reconoce sistemas normativos pero no instaura un sistema plural de derecho. O sea, avala la existencia o creación de instancias indígenas de justicia (lo cual en teoría se podría realizar sin reforma constitucional), pero de ninguna manera reconoce la pluralidad jurídica. Acepta que existe diversidad y alteridad, pero ésta no pone en duda los pilares del positivismo. La pluriculturalidad de hecho, en este caso, todavía no es la pluriculturalidad de derecho, aunque, como dijimos al inicio, los sistemas indígenas por lo menos podrían tener legalidad”.

11 En el trabajo coordinado por Teresa Sierra Camacho se señala que “un análisis general de las regiones estudiadas muestra diferencias importantes con relación a los alcances de la justicia indígena y su relación con el Estado. Si bien en todas las regiones el Estado ha conseguido imponer una estructura legal, su impacto es diferenciado. El control estatal a través de instituciones y funcionarios es mucho más hegemónico en la región nahua de Cuetzalan en la Sierra Norte de Puebla y en el municipio de Coyutla, en la Sierra Totonaca de Papantla, que en la región tzotzil de Zinacantán, en los Altos de Chiapas, donde el Estado no tiene el control de la justicia y la gestión municipal, lo que hace que prevalezca una jurisdicción indígena de gran fuerza en la zona. En un lugar intermedio encontramos a las comunidades mixes de Oaxaca donde la presencia del Estado es continuamente negociada, dado que existe además una mayor autonomía para la gestión municipal, constitucionalmente reconocida, y debido también a las divisiones entre cabeceras y agencias municipales” (Sierra 2004a, p. 17).

Al estar considerado como parte del campo social del Estado mexicano, el sistema jurídico indígena puede ser visto como un sistema que ayuda a mantener el orden social en los espacios locales. De esta manera, el sistema jurídico indígena cobra especial interés para analizar el sentido en que pueblos colonizados consiguen ejercer un control sobre sus dinámicas internas en su propio contexto territorial, histórico y cultural sin perder de vista su relación con el Estado. Esta idea es más clara a partir del concepto de *campo social semiautónomo* que Sally Falk Moore (1990) acuñó para explicar el derecho consuetudinario de los *chagga* en Kilimanjaro.

Según Moore, la noción de campo social semiautónomo se define como la posibilidad que tienen los *chagga*, a través de distintos espacios, instancias y mecanismos (grupos patrilineales localizados, asociaciones de irrigación, y consejos de ancianos del distrito) de controlar importantes recursos materiales y humanos que pueden ser delimitados y regulados creando normas jurídicas, y de aplicarlas para ese fin<sup>12</sup>. En el caso de los pueblos y comunidades indígenas en México y particularmente en Oaxaca, estamos también ante campos sociales semiautónomos con reglas y dinámicas propias, es decir, sistemas jurídicos que se encuentran acotados por un campo social más amplio –el del Estado mexicano– en el que están insertos. Por ejemplo, las autoridades indígenas locales en la cabecera o en las agencias son presionadas por la presencia de las instituciones municipales y del estado de Oaxaca –como la Comisión Estatal de Derechos Humanos<sup>13</sup>–, así como por la intervención de los agentes de las diversas dependencias o instituciones estatales o federales, en particular por las que se encargan de la procuración y administración de justicia, sin que eso signifique perder el control sobre asuntos que son relevantes para las propias comunidades.

Esa posibilidad de control sobre los recursos, a través de diversos mecanismos, instancias y espacios, se sintetiza en un conjunto de normas

---

12 Cfr. Moore (1990, pp. 64 y 88) “En el periodo colonial muchas de las negociaciones recursos-distribución, reglas-acciones, reglas-administración, reglas-imposición y disputas-actividades establecidas entre los *chagga*, tuvieron lugar dentro de los distritos, los grupos patrilineales localizados, las asociaciones de irrigación y los consejos de ancianos del distrito y algunos en los mercados de mujeres. Cada uno de estos dominios sociales relativamente autónomos controlan importantes recursos materiales y humanos los cuales pueden ser distribuidos y regulados” (Traducción libre de Elisa Cruz Rueda).

13 Por lo menos, hasta el 2005, cuando se hizo esta investigación, la Comisión Oaxaqueña de Derechos Humanos tenía como práctica hablar vía telefónica con las autoridades de las comunidades indígenas ante una queja por su forma de actuar en la resolución de conflictos internos. Principalmente cuando había una denuncia o queja, o cuando una persona estaba encarcelada, el visitador de la Comisión pedía a la autoridad indígena que lo dejara en libertad argumentando que en caso contrario la autoridad indígena podría tener problemas con el Ministerio Público por privación ilegal de la libertad.

que integran el sistema jurídico (ya sea mexicano o indígena) que regulan las actividades y acción humanas. A este conjunto de normas se le denomina derecho, es decir, se trata de

*...un cuerpo de procedimientos regulados y normas consideradas justiciables en un grupo dado, las cuales contribuyen a la creación y prevención de disputas tanto como a su establecimiento, a través de un discurso argumentativo acompañado de la amenaza de la fuerza (Santos 1995, p. 112).*

Las normas justiciables se dan sobre los aspectos, recursos y/o relaciones que son consideradas relevantes por la comunidad. La justiciabilidad es definida por Boaventura de Sousa Santos (1995, p. 126) como

*... las características de aquellas normas las cuales se consideran adecuadas a ser aplicadas por un órgano judicial en algún procedimiento definitivo.*

Por órgano judicial se entiende

*...una autoridad definitiva relacionada con un tipo de casuística, verbigracia, la aplicación de principios a casos individuales de conflicto entre partes<sup>14</sup>.*

El concepto de justiciabilidad es útil para definir la justicia en las comunidades indígenas a través de la aplicación de normas jurídicas de acuerdo con el caso concreto (el individuo o la persona) y con las circunstancias (sus condiciones materiales y su relación con la comunidad) para resolver conflictos y lograr acuerdos. A esta aplicación de normas al caso concreto subyace el sentido de justicia, es decir, los valores, intereses y principios que cada sociedad o pueblo tiene, así como la lógica o la forma de cómo debe hacerse para lograrlo. Estos aspectos relevantes para la comunidad, que determinan el sentido de la justicia (en la resolución de conflictos, disputas y atención de asuntos) y los límites del campo jurídico, se denominan principios generales del derecho (Cruz 2005). Por ejemplo, en el caso del alcalde como autoridad central de justicia se pueden observar los tipos de casos que son

---

14 El subrayado y la traducción son mías. "... as the characteristics of those rules 'which are considered fit to be applied by a judicial organ in some definite procedure'. By 'judicial organ' Kantorowicz means 'a definite authority concerned with a kind of 'casuistry', to wit, the application of principles to individual cases of conflict between parties'".

relevantes, la confrontación con el sistema jurídico del Estado, y los criterios y principios fundados en la comunalidad, que lo orientan a una determinada resolución.

El sistema jurídico indígena es una manifestación del campo jurídico y como tal comparte las características del derecho, de las que nos hablaba Santos hace un momento. Esta concepción, que incluye instituciones, procedimientos y autoridades para aplicarla y hacerla eficaz, también se aplica al derecho indígena. El derecho indígena tiene particularidades como las ya apuntadas pero también, como señala Valdivia (2001, pp. 68-69), se puede encontrar una visión del mundo expresada en la forma de regular los asuntos públicos y privados, que se encamina a la protección de la costumbre comunitaria –con arraigo histórico y étnico-cultural–, y a la reproducción y continuidad de la comunidad. De esta manera, el derecho indígena se define como un conjunto de normas jurídicas (que establecen derechos y obligaciones), cuya observancia y aplicación está garantizada por un poder público. Tal poder público –fundado en el principio de la comunalidad– se ejerce a través de un cuerpo institucionalizado de autoridades –que muchas veces forman parte del Estado mexicano– designadas por la comunidad, sobre las cuales delega facultades de decisión, resolución y ejecución, para lo cual existen procedimientos. Este derecho está en constante relación con el derecho del Estado por lo que se llega a un punto

*... en el que es difícil e inútil tratar de distinguir cuándo una norma es estrictamente nativa o no lo es, ya que el conjunto de normas vigentes es lo que da sentido al sistema jurídico indio (Valdivia 2001, p. 70).*

Hablar de la comunalidad como fundamento de los principios generales del derecho idealiza la conducta humana en sociedad, pero este hecho también se da en el caso de los principios generales del derecho del Estado. Sin embargo, esto no significa soslayar el estudio de las desigualdades o dar cuenta de las contradicciones o conflictos al interior de un sistema. En este sentido y por lo que se refiere al sistema de cargos indígena, Velásquez (1999, p. 300) señala:

*Si bien se trata de un sistema [los cargos] que tiende a mantener la reciprocidad, no por ello nivela las diferencias sociales; por el contrario, legitima roles diferenciados y estratos sociales.*

Esto mismo había sido constatado por Cancian (1965 y 1990) en el caso de Zinacantán, Chiapas.

## Jurisdicción indígena: competencia y territorialidad

Es pertinente distinguir entre el concepto de tierra y el de territorio. La tierra se entiende como una porción material –el espacio físico– del territorio, en la cual se pueden realizar diversas actividades humanas. El territorio es un concepto que abarca a la tierra, pero que incluye otros elementos y atributos, como el espacio físico, pero también el poder y por consiguiente el control de los recursos humanos y materiales (como los biológicos y minerales del suelo y subsuelo)<sup>15</sup>. De esta manera, el concepto de territorio involucra un agregado de elementos políticos, económicos, sociales y culturales que le dan un valor distinto al que tiene una porción del espacio físico (tierra), lo que da como resultado la posibilidad del ejercicio de poder de quien tiene su posesión y control (individuo o conglomerado humano). Los atributos del territorio que le dan un valor determinado dependen de la historia y cultura de un pueblo.

Así, Arcos (1998) define el territorio indígena como

*... el horizonte espacial en el que colectividades étnicas se despliegan y plasman su historia, sus anhelos de futuro, representaciones y sus relaciones de poder.*

A su turno, Giménez (2000) lo define como

*... el espacio apropiado y valorado por el grupo social para asegurar su reproducción y satisfacción de sus necesidades vitales, ya sean materiales o simbólicas; como lugar de inscripción de una historia o una tradición colectiva, la tierra de los antepasados, el recinto sagrado, repertorio de geosímbolos, bien ambiental, patrimonio valorizado, solar nativo, paisaje natural y símbolo metonímico de la comunidad.*

De esta manera, la cuestión territorial constituye un referente central para comprender las dinámicas jurídicas y políticas que han marcado

---

15 En el derecho mexicano el territorio incluye el espacio marítimo, aéreo, el suelo, el subsuelo; es un elemento central del Estado, sobre todo del ejercicio de su poder político.

la relación del Estado con las comunidades indígenas y de éstas entre sí, y por consiguiente el sentido de las normas jurídicas en una comunidad. La territorialidad marca un punto de confluencia de muchos aspectos (económicos, políticos, sociales, culturales), dentro de los cuales destaco el aspecto agrario y municipal porque su comprensión histórica es clave para entender los conflictos en las regiones indígenas sobre todo del estado de Oaxaca.

Lo agrario y lo municipal son dos aspectos íntimamente relacionados. Mientras lo agrario determina los límites territoriales entre poblados o comunidades de un mismo pueblo indígena o pueblo etnolingüístico, lo municipal remite a un nivel de gobierno con determinadas facultades de administración de recursos y ejercicio de poder en una demarcación territorial, que puede incluir uno o más núcleos ejidales o comunales (demarcaciones territoriales agrarias), lo cual resulta ser referente central de tensiones. Por ejemplo, como se ha apuntado, en un municipio puede existir más de un núcleo agrario y a su vez algunos de ellos pueden tener el carácter jurídico de cabecera municipal, agencia municipal o de policía. En el caso del estado de Oaxaca, existen 570 municipios, algunos de los cuales se dividen a su vez en agencias municipales y de policía. En muchas ocasiones el ámbito territorial coincide con los límites territoriales de la comunidad o núcleo agrario.

El concepto de *grupo etnolingüístico* lo retomo del planteamiento de Barabas y Bartolomé (1999b), quienes lo manejan haciendo énfasis en la complejidad que los pueblos indígenas como grupo humano tienen a su interior, y las dificultades que existen para definirlos aplicando exclusivamente el criterio lingüístico, concluyendo que no puede afirmarse categóricamente que un grupo etnolingüístico es uniforme y homogéneo, ya que las personas y comunidades que lo componen comparten una cultura aunque no poseen necesariamente una identidad colectiva, “la que por lo general es resultado de la acción de un aparato político estatal” (Barabas y Bartolomé 1999, p. 15; Bartolomé 2005, p. 102). Por lo tanto, se puede dar cuenta de una vigencia de nociones de una identificación compartida, mas no de una filiación global abarcativa, basada en una comunidad de comunicación y de intereses. Por ello, la pertenencia a un mismo grupo etnolingüístico no excluye la disparidad de intereses ni incluye una necesaria identidad generalizada. Diversos estudios etnográficos (*cf.* Bartolomé 2005; Maldonado y Cortés 1999) demuestran que tal identificación colectiva no se expresa

necesariamente en términos de solidaridad, sino más bien en términos de conflicto, que se establece como una forma de relación.

De esta manera, los límites territoriales que separan las tierras ocupadas por comunidades distintas, aunque pertenecientes a un mismo pueblo indígena, dan relativa independencia y control de los recursos económicos, humanos y naturales, y representan también el espacio físico del campo jurídico. De ahí que lo agrario y lo municipal sean dos aspectos que, por lo menos en el caso de Oaxaca, explican el sentido de la justicia y el alcance de la jurisdicción indígena.

## A manera de conclusión

Tal vez de este trabajo algunos puedan desprender una defensa del *hacer justicia* en comunidades indígenas. Sin embargo, lo que se ha pretendido es subrayar la importancia de considerar la lógica, motivación, circunstancias y contexto sobre los cuales las autoridades indígenas y la comunidad elaboran y aplican la comunalidad y sus normas para la defensa de su *jurisdicción*. En este sentido, mi trabajo apunta a considerar que el derecho, como fenómeno social y cultural, estructurador de las dinámicas comunitarias, no puede ser explicado exclusivamente por los acontecimientos cotidianos (usos del derecho y relaciones de poder), sino que deben tomarse en cuenta los procesos históricos que determinan la conformación de un pueblo indígena. El estudio del campo jurídico en zonas indígenas revela que, a pesar de la situación de subalternidad de los pueblos indígenas frente al Estado, es posible apreciar un derecho propio, que si bien tiene influencias fuertes del derecho positivo no sigue al pie de la letra o en rigor su lógica. Más bien, desde las comunidades y pueblos indígenas se dan usos propios del derecho positivo (de acuerdo con su cultura y su historia), y reformulaciones del mismo para ser aplicados a las necesidades cotidianas.

Pese al afán que el Estado tiene de influir y de controlar las maneras de hacer justicia en las comunidades, las autoridades indígenas han encontrado las formas de poner límites a esa injerencia, con mayor o menor éxito, lo que les ha permitido reformular y transformar su propio derecho, que finalmente responde a la cultura de la cual provienen.

## Bibliografía

- Adame Goddard, Jorge (1998). “Principios generales del derecho”, en *Diccionario Jurídico Mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Porrúa, México.
- Arcos García, María de los Ángeles (1998). *Las velas tateikieta-ri... invocando la lluvia y la lucha de un pueblo* (Tesis de maestría en Desarrollo Rural), Universidad Autónoma Metropolitana Xochimilco, México.
- Cancian, Frank (1965). *Economics and prestige in a Maya community: the religious cargo system in Zinacantan*, Stanford University Press, Stanford.
- Cancian, Frank (1990). *Economía y prestigio en una comunidad maya. El sistema religioso de cargos en Zinacantán*, Instituto Nacional Indigenista, México.
- Cruz Rueda, Elisa (2005). “Los principios generales del derecho en Totontepec Mixe, Oaxaca”. Ponencia presentada en el Encuentro Pueblos y Fronteras, Pre-Congreso de la Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, San Cristóbal de las Casas, Chiapas (5-9 de octubre), PROIMMSE-UNAM.
- Cruz Rueda, Elisa (2007). “Dinámicas jurídicas, construcción del derecho y procesos de disputa en una comunidad indígena de Oaxaca” (Tesis de doctorado). Departamento de Antropología, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Iztapalapa, México.
- Escalante Betancourt, Yuri (2002). “Luces y sombras en el reconocimiento constitucional de los sistemas normativos de los pueblos indígenas”, en: *México Indígena*, Vol. 1, núm. 3, pp. 59-67.
- Fitzpatrick, Peter (1998). *La mitología del derecho moderno*, Siglo XXI, México.
- Martínez Luna, Jaime (2003). *Comunalidad y desarrollo*, Centro de Apoyo al Movimiento Popular Oaxaqueño, A.C. Oaxaca.

- Martínez Martínez, Juan Carlos (2004). “Derechos indígenas en los juzgados” (Tesis de maestría en Antropología Social), Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social Unidad Occidente, Guadalajara.
- Martínez Martínez, Juan Carlos (2006). “La nueva justicia tradicional: Interlegalidad y ajustes en los campos jurídicos de Santa María Tlahuitoltepec y Santiago Ixtayutla” (Tesis de doctorado en Antropología Social), Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, México.
- Merry, Sally Engle (1988). “Legal Pluralism”, en *Law and society*, Vol. 22, Núm. 5, pp. 869-896.
- Moore, Sally Falk (1990). *Social facts and fabrications. Customary law on Kilimanjaro (1880-1980)*, Cambridge University Press, Nueva York.
- Orantes García, José Rubén (2007). *Derecho Pedrano. Estrategias jurídicas en los Altos de Chiapas*, Instituto de Investigaciones Antropológicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- Regino Montes, Adelfo (2002). “La comunalidad. Raíz, pensamiento, acción y horizonte de los pueblos indígenas”, en *México Indígena* (nueva época), vol. 1, núm. 2, pp. 7-14.
- Sánchez Botero, Esther (1998). “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano”, en: *América Indígena*, Volumen LVIII, números 1-2, pp. 177-199.
- Sierra Camacho, María Teresa (ed.) (2004a) *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, Cámara de Diputados LIX Legislatura, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Miguel Ángel Porrúa, México.
- Sierra Camacho, María Teresa (2004b). “Introducción. Hacia una interpretación comprensiva de la relación entre justicia, derecho y género: los procesos interlegales en regiones indígenas”, en María Teresa Sierra Camacho (ed). *Haciendo justicia. Interlegalidad, dere-*

*cho y género en regiones indígenas*, pp. 11-56, Cámara de Diputados LIX Legislatura, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Miguel Ángel Porrúa, México.

- Sierra Camacho, María Teresa (2006). “La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad”, en Ruth Stanley (comp.). *Estado, violencia, ciudadanía en América Latina*, Vervuert. Frankfurt-Madrid.
- Santos, Boaventura de Sousa (1991). *Estado, derecho y luchas sociales*, Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), Bogotá.
- Santos, Boaventura de Sousa (1995). *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Nueva York-Londres.
- Santos, Boaventura de Sousa (ed.) (2004a). *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, Cámara de Diputados LIX Legislatura, Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social-Miguel Ángel Porrúa, México.
- Valdivia Dounce, María Teresa (2001). “En torno al sistema jurídico indígena”, en *Anales de Antropología*, Núm. 35, pp. 63-77.
- Velásquez, María Cristina (1999). “Fronteras de gobernabilidad en Oaxaca”, en Willem Assies, Gemma van der Haar y André Hoekema (eds.). *El reto de la diversidad*, pp.289-313, Colegio de Michoacán, México.

# PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR. HEGEMONÍA ESTATAL Y LUCHA POR EL RECONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA

**Marcelo Bonilla Urvina**

Docente Investigador, Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar  
Sede Ecuador

## Introducción

*La mayoría de operadores de justicia del sistema ordinario no reconocen la vigencia de los sistemas de derecho indígena; tampoco se interesan en conocerlos e igualmente no aplican las normas del Convenio N°. 169 de la OIT y los derechos colectivos de los pueblos indígenas en sus acciones (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007).*

La cita anterior reproduce una de las conclusiones del *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, en su artículo “Los pueblos indígenas del Ecuador: derechos y bienestar”, que revela, después de un minucioso estudio, el incumplimiento sistemático por parte del Estado ecuatoriano de los compromisos por él asumidos a través de la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Con este incumplimiento se niegan las formas de vida e instituciones de los pueblos indígenas que viven en su territorio; además, en ese informe se subraya el hecho de que la actual Constitución, en vigencia desde 1998, incorpora los principios y normas del citado Convenio, específicamente en su Artículo 191, en el cual se reconocen los sistemas consuetudinarios de derecho de los pueblos indígenas, y la competencia de sus autoridades para ejercer justicia aplicando procedimientos propios “siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a las leyes”

(norma que reproduce las directrices de los artículos 8 y 9 del Convenio 169 de la OIT).

¿Cuáles son entonces las razones de esta falta de reconocimiento de la justicia indígena y por lo tanto del pluralismo jurídico por parte de los operadores de la justicia ordinaria ecuatoriana? ¿Cómo puede ser entendido este pluralismo jurídico formal en el contexto del sistema jurídico estatal? Éstas son las preguntas que guiarán el desarrollo de nuestra reflexión, la misma que en su primera parte, titulada “Pluralismo jurídico: el campo jerárquico en el que compiten los órdenes normativos”, explica cómo, en los Estados modernos, confluye una diversidad de sistemas normativos ordenados de forma jerárquica, de acuerdo con las posiciones de mayor o menor poder, que corresponden a una mayor o menor acumulación de capital simbólico o material de los grupos sociales que actúan y forman parte de esos sistemas. Este análisis constituirá el argumento teórico transversal del presente artículo.

En la segunda parte, titulada “Lucha entre el fundamentalismo estatal y los órdenes de justicia indígenas por el monopolio del discurso jurídico”, analizaremos cómo las prácticas de deslegitimación de los órdenes de justicia indígena, ejercidas por parte de la mayoría de operadores de justicia, responden a una dinámica en la que se subordinan no solamente las formas institucionales “del otro” sino sus formas de vida, a través del aseguramiento de un monopolio estatal del poder de juzgar.

En la tercera parte, titulada “Sistema jerárquico de ciudadanía: mecanismo nuclear de la subordinación”, explicaremos cómo funciona esta institución del Estado-Nación a nivel sistémico, para configurar los lugares simbólicos de subordinación de las identidades.

En la conclusión realizaremos una reflexión sobre la articulación entre sistema de *hábitus*<sup>1</sup>, estructura constitucional y *campo de poder*<sup>2</sup>, para

---

1 Pierre Bourdieu define el *hábitus* como un sistema de disposiciones, formado por esquemas de acción y percepción, a través de los cuales los seres humanos actúan y piensan en el mundo, constituyen “principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones [...] colectivamente orquestadas” (Bourdieu 1991, p. 92).

2 Bourdieu define al campo de poder como “una construcción social arbitraria y artificial, área de juego regida por reglas explícitas y específicas, con un espacio y tiempo estrictamente delimitados. La entrada en este campo, que implica la entrada en el juego, toma la forma de un cuasicontrato” (Bourdieu 1991, p. 114). Adicionalmente explica Bourdieu que en esta área de juego compete una serie de actores (individuos y grupos sociales) por la apropiación o acumulación de un tipo de capital específico: material, cultural o social (Bourdieu 2000, pp. 102 -115). En el caso particular que estamos tratando en el presente artículo,

explicar la dinámica de reproducción del monopolio jurídico estatal de tipo monocultural en el Ecuador. Además expondremos la urgencia de una reforma constitucional del Estado, que permita un tránsito hacia un orden plurinacional con la implementación de mecanismos de armonización de los sistemas de justicia ordinaria e indígena, y que implique una realización de los derechos humanos de forma integral, en sus dimensiones individual, social y colectiva.

## I. Pluralismo jurídico: el campo jerárquico en que compiten los órdenes normativos

Siguiendo la perspectiva que Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (2001, pp. 132 - 139) plantean sobre la naturaleza del pluralismo jurídico, creemos que éste constituye una condición de las sociedades estatales de la modernidad, producto de la confluencia de otros procesos históricos, como el colonialismo y el neocolonialismo. Los autores citados explican cómo en los tiempos contemporáneos coexisten sistemas jurídicos paralelos tanto a nivel estatal como a nivel interestatal. Los autores abordan la problemática en la época de la globalización; por ende, no sólo comprenden al pluralismo como un fenómeno en el que interactúan los órdenes estatales nacionales y los indígenas, sino como un proceso más complejo en el que también confluyen nuevos sistemas de arbitraje a nivel nacional e internacional, nuevos regímenes internacionales comerciales y otros de carácter macroestatal a nivel regional o continental.

*Deslocaciones semejantes, que exigen una teorización innovadora, pueden tener lugar dentro de los tres grandes espacio-tiempos (local, nacional, global) que proporcionan el encuadramiento para el debate de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. En situaciones de integración regional interestatal, en las cuales tiene lugar una asociación de soberanías, el espacio-tiempo nacional, que anteriormente constituía el espacio-tiempo de actuación del Estado, puede ser gradualmente recodificado como local o infraestatal [...] (De Sousa Santos y García Villegas 2001, p. 142).*

---

analizamos un proceso de monopolización de un tipo específico de capital cultural –el discurso jurídico– por parte de los operadores de la justicia ordinaria, y la consecuente deslegitimación de las decisiones de la justicia indígena en el Ecuador.

Es precisamente dentro de este esquema donde debemos leer las relaciones entre los sistemas jurídicos y su pluralidad. En nuestro caso, la dimensión que nos interesa es la que articula los espacios y tiempos nacional y local, es decir, la que articula la estructura normativa del Estado-Nación ecuatoriano y los emergentes sistemas de justicia indígena, tomando en cuenta que esta articulación es consecuencia del proceso de colonización emprendido desde Europa en el siglo XVI, específicamente desde el imperio español, poder hegemónico de aquel entonces a partir del cual los ordenamientos jurídicos de los pueblos sometidos fueron subordinados dentro del orden jurídico colonial. Esta conformación normativa no desapareció y se reprodujo a través de los sistemas jurídicos de las diversas repúblicas, que nacieron luego de los procesos de emancipación durante el siglo XIX, y pervive en muchos casos hasta los actuales momentos, en los que las naciones indígenas u originarias reivindican ante los Estados el reconocimiento de sus sistemas de justicia ancestral como parte de una lucha por su autonomía política como una forma de acceder al conjunto de derechos individuales, sociales y colectivos que conforman la ciudadanía contemporánea, y de los cuales han sido excluidas históricamente.

Para comprender esta articulación entre sistema normativo del Estado-Nación ecuatoriano y los actuales sistemas de justicia indígena, definimos al pluralismo jurídico como un campo de competencia. Haciendo uso de la noción de *campo* desarrollada por el sociólogo francés Pierre Bourdieu, caracterizamos a éste como el espacio en el que confluyen actores sociales en competencia por la apropiación de un capital –en este caso un capital jurídico– expresado en el monopolio del poder de juzgar<sup>3</sup>.

En este sentido, debemos leer los conflictos entre la justicia estatal y la justicia indígena como parte de una lucha por la legitimidad, por el reconocimiento de una forma de vida, lucha que por el momento marca pérdidas para el mundo indígena, en razón de las constantes prácticas de deslegitimación de su sistema de justicia realizadas por los operadores de la justicia estatal, tema éste que estudiaremos en la siguiente unidad.

---

3 Pierre Bourdieu explica que existen tres tipos de capital: el económico (directamente convertible en dinero), el capital cultural (conformado por el conjunto de conocimientos adquiridos a través del sistema educativo, o códigos culturales incorporados a través de la familia y del proceso de escolarización) y el capital social (conformado por un conjunto relaciones sociales). El capital simbólico es el que, en cualquiera de sus dimensiones (económica, cultural o social), es producto de un proceso de reconocimiento o desconocimiento (Bourdieu 2000, pp. 131 - 164).

Es ésta la razón por la que debemos interpretar esta pugna por el reconocimiento a la luz de un proceso histórico más complejo, como parte de la historia de construcción del orden estatal y de su hegemonía sobre diversas formas de vida. Justamente el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución de 1998 y la ratificación del Convenio 169 de la OIT son producto de un conjunto de movilizaciones sociales por la autonomía, es decir, de lucha por un reconocimiento de un derecho de las naciones indígenas a autodirigir sus procesos de cambio a través de la consecución de diversos tipos de derechos: al territorio, a la educación intercultural, a la justicia ancestral, a la conservación del acervo cultural y científico, etc.

## II. Lucha entre el fundamentalismo estatal y los órdenes de justicia indígenas por el monopolio del discurso jurídico

El *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT* (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007), en su segmento dedicado al derecho indígena, y la tesis de maestría “Jurisdicción especial y su respeto en la jurisdicción estatal” (Raúl Llasag Fernández, 2007) son dos estudios de relevancia que muestran cómo los operadores de justicia (especialmente jueces ordinarios) ejercitan prácticas de deslegitimación de la justicia indígena. Los mencionados trabajos reúnen estudios de caso e información que ejemplifican cómo las resoluciones de justicia tomadas por las autoridades indígenas son sistemáticamente deslegitimadas y anuladas por las instancias de la justicia ordinaria, contradiciendo la norma constitucional que reconoce la existencia y vigencia de la justicia indígena (art. 191 de la Constitución ecuatoriana)<sup>4</sup>.

Así mismo, recursos constitucionales como el de amparo, utilizado en algunos casos<sup>5</sup> por las comunidades indígenas para hacer respetar su

---

4 El estudio llevado a cabo por FLACSO – Sede Ecuador y Oxfam América (2007), constituye un informe realizado a nivel nacional, mientras el estudio de Raúl Llasag (2007) constituye una investigación a profundidad de cinco casos relativos a las siguientes comunidades indígenas: 1) Comunidad de Tuncarta (Provincia de Loja), 2) Comunidad Gallo Rumi (Provincia de Cañar), 3) Comunidad Yanzatpuzan (Provincia de Tungurahua), 4) Comunidad La Cocha (Provincia de Cotopaxi), 5) Asociación Indígena “La Unión de Venecia” (Provincia de Napo). Las comunidades de los cuatro primeros casos corresponden a la nacionalidad Kichwa predominante en la región de la Sierra Andina, mientras que la última corresponde a la nacionalidad Shuar, ubicada en la Región Amazónica.

5 Un caso paradigmático es el recurso de amparo contra la compañía petrolera Arco Oriente Inc., presentado en septiembre de 1999 por el presidente de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) por violación de derechos colectivos contemplados en el Convenio 169 de la OIT, y que se encuentran desarrollados en el art. 84 de la Constitución ecuatoriana, que obligan al Estado y a las empresas

derecho a participar en decisiones que pueden afectarlas en temas relativos a la explotación de los recursos naturales comprendidos en sus territorios, han sido desestimados o aplicados de forma sesgada y parcial, violentando normas de convenios internacionales como el N°. 169 de la OIT en sus artículos 5 (literales a, b y c); 6 (numerales 1 y 2); 8 (numerales 1 y 2); 13 (numeral 1); y 14 (numerales 1 y 2)<sup>6</sup>. Todas las normas antes mencionadas están encaminadas a resguardar el derecho de los pueblos indígenas a participar en las decisiones estatales que puedan afectar la integridad social, cultural o ambiental de sus sociedades. Esta garantía se ejecuta a través del mecanismo de la consulta, también contemplado en el art. 84 de la Constitución Política ecuatoriana.

¿Cuáles son las causas que originan las continuas prácticas y usos de deslegitimación de la justicia indígena y de su derecho a proteger su cultura, instituciones y su integridad territorial y medioambiental, por parte de los operadores de la justicia ordinaria y las autoridades del Estado? Ésta es la principal pregunta que pretendemos responder en esta segunda parte del presente estudio. Una manera de comprender este proceso es interpretando el campo de la justicia ecuatoriana como un espacio de poder, en el que el monopolio de un capital jurídico (en este caso específico el poder y la competencia para juzgar), está siendo resguardado en manos de la justicia estatal u ordinaria. En este sentido, debemos leer la situación de la justicia indígena como inmersa dentro de un campo más extenso, en el que la hegemonía es detentada por los actores de justicia estatales a través de sus prácticas cotidianas. Un ejemplo modelo de esta realidad de constante subordinación y anulación de la justicia indígena es uno de los descritos en el ya citado *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, en el que se constata cómo los operadores de la justicia estatal, en esta ocasión un fiscal distrital, desconoce lo actuado y decidido por un tribunal indígena de la comunidad kichwa de La Cocha, provincia

---

privadas a consultar y hacer partícipes a las comunidades indígenas en cuanto al desarrollo de proyectos de explotación de recursos que puedan afectarlas en su bienestar y forma de vida. Este recurso fue aceptado de forma parcial pues, como veremos más adelante, el juez de primera instancia obligó a la empresa en cuestión a alejarse de los diversos individuos y organizaciones de base de la comunidad y a suspender las negociaciones que había emprendido por separado con algunos líderes y grupos de la FIPSE, situación que había provocado la división al interior de este pueblo amazónico. En última instancia, el Tribunal Constitucional negó el recurso de amparo en su integridad, cuya principal petición incluía la impugnación del contrato firmado entre la empresa estatal Petroecuador y Arco Oriente, resolución que obligó a las comunidades a aceptar las actividades de la empresa en cuestión (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 33)

6 El Convenio N°. 169 de la OIT, "Sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes" (1989), fue ratificado por el gobierno ecuatoriano el 15 de mayo de 1998.

de Cotopaxi, en relación con un caso de asesinato de un comunero de 45 años, ocurrido en abril de 2002. El *Informe Alternativo de la OIT* indica respecto a esta resolución de la justicia indígena:

*... Fruto de las investigaciones se identificó a los señores [...] como los autores de la muerte. El domingo, en Asamblea General (que contó con la presencia de 5.000 personas aproximadamente), los culpables fueron sancionados “de acuerdo a los usos y costumbres de la comunidad, a baño en agua fría con ortiga, a consejos, y se fijó una indemnización por el monto de seis mil dólares a ser entregada a los huérfanos y la viuda del occiso”<sup>7</sup> (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 34, p. 1).*

Como ya habíamos mencionado, el fiscal distrital de la provincia de Cotopaxi desconoce la decisión tomada por el tribunal indígena, e inicia una acción penal en contra de los tres implicados. En el citado Informe Alternativo se explica muy bien que esta acción fiscal violenta contraviene las normas constitucionales y las del Convenio 169 de la OIT, que reconocen la existencia y vigencia de la jurisdicción indígena, en cuanto ella no contravenga principios y normas fundamentales de derechos humanos. El 2 de septiembre de 2002, el Juez Segundo de lo Penal reencamina el proceso, declarando la vigencia y existencia de la justicia indígena y por lo tanto de lo actuado por el tribunal de la Comunidad de La Cocha, fundamentándose además en el principio según el cual “nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa”<sup>8</sup>. (Art. 24, 16 de la Constitución Política ecuatoriana).

*El Juez dictaminó la “nulidad de todo lo actuado por el fiscal, en virtud de que las acciones conocidas fueron juzgadas de conformidad a lo que dispone el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política del Ecuador” y tomando en cuenta lo establecido en el Convenio N°. 169 de la OIT<sup>9</sup>. (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 34, p. 1)*

---

7 Los paréntesis cuadrados han sido introducidos por el autor del presente artículo. La información entre comillas corresponde a un fragmento de un comunicado de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) titulado “Solicitamos respaldo nacional e internacional ante la violación de derechos constitucionales de los pueblos indígenas del Ecuador”, que ha sido transcrito en el *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*. El comunicado de la CONAIE ha sido extraído de la siguiente dirección electrónica [<http://www.llacta.org/organiz/coms/com176.htm>]

8 Principio conocido en la ciencia jurídica como *Non bis in idem*.

9 Este fragmento, citado en el *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT* (2007), también corresponde al comunicado de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) mencionado anteriormente.

El fiscal en cuestión contraatacó y apeló esta decisión ante la Corte Superior de Justicia de la provincia de Cotopaxi. La argumentación de esta apelación denota un discurso étnico, a partir del cual se tilda a la justicia indígena de no científica, de “delirio empírico”, deslegitimando de esta manera la decisión del tribunal indígena y a la vez ratificando de forma explícita el poder de los jueces ordinarios como el único legítimo y competente:

*... compete únicamente a la Corte de Justicia en el ámbito de justicia del haber penal, derecho sustentado y galardonado en el conocimiento, en honor y la justicia sin tramas ni delirios empíricos. Non bis in ídem es un mero lirismo desvanecido por las constancias incontrastables esgrimidas. Tanto en derecho de prueba material, es obradamente contra natura permitir la vigencia de tribunales o juzgados empíricos proclives al quebrantamiento de la Ley<sup>10</sup> (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 34, p. 2).*

Por último, el Tribunal Constitucional consolida esta praxis y discurso deslegitimadores del fiscal, cuando califica de improcedente la solicitud realizada por el presidente de las Organizaciones y Comunidades Indígenas La Cocha y por el presidente del cabildo de La Cocha, para dirimir la competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Esta resolución es adoptada por el mencionado tribunal en razón de que los solicitantes “no están habilitados para llevar adelante este proceso” (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 34, p. 3)<sup>11</sup>. Estas prácticas conforman un sistema de *hábitus*<sup>12</sup>, formado por un conjunto de esquemas de acción, pensamiento y percepción dirigidos a consolidar el poder de los funcionarios de la justicia ordinaria a través de sus actos y resoluciones, que consagran una visión del mundo monocultural –la del Estado Nación ecuatoriano–, la misma que forma parte de la cultura dominante y mayoritaria. De forma simultánea, estos discursos y

10 Este fragmento de la apelación del fiscal distrital de Cotopaxi presente en el citado *Informe alternativo* también ha sido extraído del comunicado de la CONAIE.

11 Como ya hemos mencionado en líneas anteriores, Raúl Llasag Fernández (2007), en su tesis de maestría titulada “Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdicción estatal”, analiza cinco casos similares en los que la justicia estatal desconoce y deja sin efecto las actuaciones de la justicia indígena.

12 En términos de Pierre Bourdieu: “Producto de la historia, el *habitus* produce prácticas, individuales y colectivas. Produce pues historia, conforme a los principios (*schèmes*) de percepción, pensamiento y acción; tiende, con mayor seguridad que todas las reglas formales y normas explícitas, a garantizar la conformidad de las prácticas y su constancia a través del tiempo” (Pierre Bourdieu 1991, p. 92). Es decir, el *habitus* constituye un sistema de prácticas de acción y pensamiento que normaliza el pensamiento, en este caso naturalizando una perspectiva del mundo y de la justicia, y a la vez desnaturalizando y subvalorando otras formas de vida y de hacer justicia.

prácticas niegan el principio de diversidad y, por lo tanto, la posibilidad de existencia de formas diversas de vida y por ende, de sistemas de justicia diferentes. Podríamos decir que estas prácticas y discursos de los operadores de justicia prolongan estrategias históricas de dominación estatal, una de las cuales es negarles a los otros la posibilidad de ejercer el poder de juzgar en condiciones de equidad e igualdad, poder que se reservan para sí los operadores de la justicia ordinaria, como portadores y detentadores de un monopolio estatal.

Adicionalmente a esta praxis y discurso de anulación de la jurisdicción indígena por parte de operadores de la justicia estatal, debemos sumar el desconocimiento del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados en decisiones que afecten su integridad territorial, su forma de vida, su salud, el medio ambiente. Este derecho está resguardado, como ya hemos mencionado, a través de los artículos 5 (literales a, b y c); 6 (numerales 1 y 2); 8 (numerales 1 y 2); 13 (numeral 1); 14 (numerales 1 y 2) del Convenio N°. 169 de la OIT, y por el art. 84 de la Constitución Política ecuatoriana. Un caso paradigmático es el relativo al recurso de amparo solicitado por la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador (FIPSE) de la provincia de Morona Santiago, en relación con los impactos sociales negativos ocasionados a partir de la suscripción, el 27 de abril de 1998, del contrato de exploración y explotación petrolera entre la empresa estatal Petroecuador y la empresa petrolera Arco Oriente. A través de este recurso se impugnaba el mencionado contrato y se exigía el cumplimiento de la consulta de todas las actividades de exploración y explotación petrolera que se habían derivado del mismo, en razón de violentar las normas constitucionales e internacionales antes mencionadas.

Uno de los reclamos que realizó la FIPSE a través de este recurso, además de la impugnación del contrato y de la exigencia de que el pueblo Shuar fuera consultado, versaba sobre las negociaciones que había emprendido la empresa Arco Oriente de forma unilateral con algunos representantes de asociaciones indígenas que eran parte de esta organización, de las cuales resultó la firma, el 25 de febrero de 1999, de un convenio de coparticipación entre la empresa y dirigentes disidentes de las comunidades Shuar de Kusutka, Ñiayua y Achunts. Este convenio iba en contra de la declaración previa de la organización indígena matriz, publicada y difundida el 27 de abril de 1998, según la cual se prohibía a sus miembros realizar cualquier tipo de negociación entre

sus respectivos centros y asociaciones y la compañía petrolera en cuestión. En primera instancia, el Juez I de lo Civil de Morona Santiago, el 8 de septiembre de 1999 acepta parcialmente la acción de amparo:

*... en tanto que de la documentación aportada se desprende que la recurrida ha realizado una serie de actuaciones en contra del orden disciplinario de las asociaciones y centros, lo cual ha generado un estado de discordia y pugna entre sus miembros [...], se dispuso que la compañía no “se acercara a individuos u organizaciones de base, dentro y fuera del territorio de la FIPSE, sin la debida y legítima autorización (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 33, p. 2).*

En el mismo *Informe alternativo* se indica que, a pesar de que en última instancia el Tribunal Constitucional aceptó esta medida parcial tomada por el juez inferior, negó el recurso de amparo solicitado por la FIPSE en su integridad, argumentando que el contrato en cuestión era de tipo privado y no administrativo, por lo que no era de carácter unilateral. Además en la resolución, el Tribunal llama y conmina a la empresa petrolera a concluir los estudios exploratorios y a las comunidades indígenas a no obstaculizarlos, y al Estado y a Petroecuador a proteger los derechos de las personas y las colectividades (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 33, p. 2). Uno de los argumentos de fondo para tomar esta decisión radicó en que el contrato de participación había sido suscrito antes de que el Estado ecuatoriano ratificara el Convenio 169 de OIT<sup>13</sup>, y por lo tanto sus disposiciones no podían ser aplicadas de forma retroactiva. Sin embargo, hay que destacar el criterio señalado en el informe de la OIT del 27 de enero de 2000 sobre este caso específico, en cuanto a que la obligación de consultar no se limita a la celebración de contratos, sino que abarca todo el conjunto de acciones que forman parte del proceso de exploración y explotación de recursos que impliquen o involucren la forma y calidad de vida de la comunidad Shuar (FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América, 2007, Anexo 33, pp. 4 y 5).

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional en último término niega a las comunidades indígenas la posibilidad de participar e inter-

---

13 Como ya hemos mencionado en líneas anteriores del presente escrito, el contrato de participación fue suscrito el 27 de abril de 1998 y el Convenio 169 de la OIT fue ratificado por el Estado ecuatoriano el 15 de mayo de 1998.

venir en procesos de exploración y explotación de recursos naturales que podrían poner en peligro su sistema de vida, su salud, su integridad territorial, que son derechos protegidos, como ya hemos visto, tanto por la Constitución Política ecuatoriana como por el Convenio N°.169 de la OIT.

¿Cuáles son las consecuencias, para las formas de vida de las comunidades indígenas, de la deslegitimación de las decisiones de la justicia indígena por parte de las autoridades judiciales ordinarias, y de la inobservancia del mecanismo de la consulta previa en casos de desarrollo de proyectos de explotación de recursos naturales? Hay que subrayar que la principal consecuencia es la negación de la autonomía de las sociedades indígenas, tanto a nivel sistémico como político. Otra consecuencia es la negación de la heterogeneidad (pluralidad) del campo jurídico, y por consiguiente la consagración de la hegemonía de un orden normativo y jurídico de tipo monocultural, con la consecuente deslegitimación, ante sus usuarios, de los sistemas de justicia ancestrales, lo cual resulta contradictorio, tomando en cuenta que la Constitución vigente, promulgada en 1998, reconoce la legitimidad de la justicia indígena en su art. 191, y que lo lógico por parte del Estado debería ser impulsar las políticas para el desarrollo de la justicia ancestral y los mecanismos de compatibilidad y coordinación de ésta con la justicia ordinaria, con miras a lograr un acceso eficaz de los ciudadanos a la justicia, en territorios en los que es evidente que el poder judicial ordinario no tiene presencia ni eficacia alguna.

La realización de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales tiene como uno de sus principales objetivos el lograr, en un horizonte próximo, la igualdad de derechos a través del reconocimiento de la diferencia cultural, y el conseguir el acceso eficaz a la justicia. El fin último de esta política es superar situaciones de marginación a las que diversos pueblos se han visto abocados como producto de estructuras jerárquicas que han impedido el acceso de sus miembros al conjunto de garantías que conforman la ciudadanía. Sin embargo, como vemos en el caso del Ecuador, el reconocimiento de estos derechos no es suficiente, pues las prácticas de los operadores de la justicia ordinaria están impregnadas de un sistema de *hábitus* y de una percepción del mundo que reproducen las dinámicas monoculturales de exclusión del Estado-Nación. A continuación haremos una reflexión sobre la matriz normativa/constitucional de esas prácticas.

### III. Sistema jerárquico de ciudadanía: mecanismo nuclear de la subordinación

Si bien la Constitución Política de 1998 introdujo nuevas categorías descriptivas, como la de pluriculturalidad o la de pluriétnicidad, no cambió la estructura ni la institución base del Estado-Nación –la ciudadanía–, la cual continúa siendo de carácter monocultural, pues legitima la fusión entre ciudadanía y nacionalidad, es decir, entre el mecanismo de pertenencia política (*civitas*) y el mecanismo de pertenencia identitaria (*ethnos*). Por lo tanto, la actual Constitución ecuatoriana reproduce el modelo de Estado moderno, según el cual a un Estado corresponde una Nación.

Sobre esta doble fusión: Estado/Nación; ciudadanía/nacionalidad, descansa uno de los principios rectores del Estado moderno: el de la homogeneidad cultural, al cual se subordinan el de igualdad y libertad. Es a partir de esta subordinación como se produce la exclusión de “los otros” internos (grupos indígenas, naciones sin Estado) y “los otros” externos (inmigrantes).

Para comprender el funcionamiento de la ciudadanía como mecanismo de exclusión e inclusión, primero será necesario que nos remitamos a los orígenes del concepto y la institución del Estado-Nación contemporáneo. Al respecto, el filósofo alemán Jürgen Habermas, en su obra *La inclusión del otro*, explica que en la definición de esta institución confluyen dos conceptos que a lo largo de la historia marcharon paralelos, y que entre los siglos XVII y XVIII se entrecruzaron y fundieron; el primero de ellos es el de Estado:

*...[Éste] hace referencia a un poder estatal soberano tanto interna como externamente; en términos espaciales, se refiere a un territorio claramente delimitado, y socialmente, a la totalidad de los miembros, es decir, al “pueblo propio de un Estado” (Staatvolk). (Habermas 1996, p. 83).*

El mismo autor sintetiza el segundo concepto de la siguiente manera:

*Conforme al uso clásico de la lengua de los romanos, tanto natio como gens son conceptos opuestos al de civitas. Las naciones son, en primer término, comunidades de origen que están integradas*

*geográficamente por el asentamiento y por relaciones de vecindad, y culturalmente por una lengua común, así como por costumbres y tradiciones comunes [...] (Habermas 1996, p. 86).*

Estas dos instituciones se mantuvieron separadas a lo largo de la antigüedad y la época feudal; esta última etapa estuvo caracterizada por un orden de tipo corporativo, fundamentado en relaciones de servidumbre y vasallaje, cuya cúspide estaba representada en el monarca, a quien los diferentes señores y príncipes de un territorio debían lealtad tributaria (en términos de impuestos y apoyo en la guerra) a cambio de una cierta soberanía y poder sobre sus dominios (prerrogativas forales o regionales). Podríamos describir este sistema como un conjunto de principados, ciudades, comarcas y reinos organizados de forma piramidal (jerárquica), cuya cohesión se fundamentaba en relaciones de nobleza y linaje encarnadas en el monarca, concebido como símbolo de un poder supuestamente delegado por Dios. Dentro de este orden, la adscripción identitaria de una persona o grupo se remitía a su linaje, comarca o ciudad particular, y no estaba en conexión directa con el poder político del monarca.

Diversos fenómenos de alta complejidad terminaron por desestructurar este orden feudal, entre otros: a) las guerras religiosas, provocadas por la emergencia de la Reforma Protestante durante el siglo XVII, que desencadenaron la separación del poder religioso y del Estado, y b) el desarrollo de la institución de la propiedad privada y el orden capitalista, que desestructuró la propiedad feudal y los lazos de vasallaje y corporativismo, y a su vez separó el orden político del económico. Éstas son las razones por las que, según el modelo moderno del Estado-Nación, los antiguos vasallos/siervos fueron redefinidos como individuos/ciudadanos, desconectados de sus antiguos linajes e identidades feudales, y ahora vinculados directamente con el Estado por el nuevo contrato social de la ciudadanía. En este nuevo marco fue imprescindible la fusión de una cultura dominante (Nación) con el aparato político (Estado).

Compartimos con Boaventura de Sousa Santos la idea de que este modelo político de la modernidad no fue impuesto en América Latina como producto del ascenso de una burguesía, sino como parte de un proceso de recambio de una elite colonial por otra elite blanco-mestiza, que terminó reproduciendo y prolongando la estructura de subordina-

ción cultural que se originó en la Colonia. Ésta es la razón por la que la construcción de estructuras constitucionales modernas en América Latina, y en especial en Ecuador, pueden ser interpretadas como parte de un proceso de reproducción de sistemas coloniales de dominación.

*Este constitucionalismo fue una emergencia de la sociedad civil en Europa. Pero en las Américas fue impuesto desde arriba; fue una imposición porque, como ustedes saben, aquí, al contrario del continente africano, la independencia no fue conquistada por las poblaciones nativas, sino por los descendientes de los conquistadores [...] Es este constitucionalismo moderno el que asegura la continuidad del colonialismo en los nuevos tiempos de la posindependencia (De Sousa Santos 2007, p. 22)*

La fusión constitucional entre ciudadanía y nacionalidad, Estado y Nación, no sólo se expresó en las normas constitucionales de los países latinoamericanos: se sigue expresando en la praxis y sistema de *habitus* de los operadores de la justicia ordinaria, como hemos visto a lo largo del tema anterior. De acuerdo con esta fusión, el orden de justicia indígena es visto como un rezago de épocas pasadas, como una entidad “no científica”, “antimoderna”.

La actual estructura de la norma constitucional ecuatoriana no supera este modelo; en el fondo ella se sostiene sobre un esquema evolutivo unilineal y monocultural, de acuerdo con el cual la cultura dominante, la portadora de la cultura política, es la blanco-mestiza, o ecuatoriana, y las demás se ordenan de manera subordinada en torno a ella. En el preámbulo, la Constitución Política ecuatoriana proclama:

*El pueblo del Ecuador [...] proclama su voluntad de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas (Constitución Política de la República del Ecuador, 1998, preámbulo).*

La corriente histórica actual es la del reconocimiento de la plurinacionalidad, sobre todo como producto de procesos de emancipación y lucha de los llamados pueblos originarios o etnias, tomando en cuenta que la palabra *etnia* ha sido un mecanismo utilizado desde la antropología colonial del siglo XIX, para designar a grupos humanos, considerados desde las ciencias sociales de los centros hegemónicos como “sociedades

simples”, caracterizadas por un estado de civilización anterior al del Estado-Nación, que es la “sociedad compleja por excelencia”. Por lo tanto la plurinacionalidad, además de representar un proceso histórico producto de las luchas sociales por el reconocimiento, constituye un mecanismo conceptual de deconstrucción del Estado moderno monocultural.

Así mismo, la noción constitucional de *ciudadanía*, al reproducir la fusión *ethnos* (pertenencia cultural) y *civitas* (pertenencia política) reproduce el esquema descrito de subordinación, en este caso de unas identidades (étnicas) alrededor y bajo una identidad nacional blanco-mestiza.

*Art. 6.- [Clases de ciudadanía].- Los ecuatorianos lo son por nacimiento o por naturalización.*

*Todos los ecuatorianos son ciudadanos y, como tales, gozan de los derechos establecidos en esta Constitución (Constitución Política del Ecuador, 1998).*

El término “ecuatorianos” y la mención del mecanismo preferente de acceso a esta condición: el *ius solis* (pertenencia por el lugar de nacimiento), ocultan una realidad de subordinación y sometimiento poscolonial de un conjunto de pueblos originarios, dentro de una estructura jerárquica estatal, que ha devenido en exclusiones de estas sociedades en cuanto al acceso al conjunto de garantías civiles, políticas y sociales, razón de la lucha de estos pueblos por los derechos colectivos. Las resoluciones y prácticas deslegitimadoras de la justicia indígena reflejan este ordenamiento de subordinaciones culturales y políticas, en las que un segmento social (la ciudadanía ecuatoriana) y la estructura política que él controla resultan expresión de un “orden civilizatorio”, “científico”, y la justicia indígena viene a ser “un delirio empírico”. Recordemos la posición deslegitimadora del fiscal con relación a la resolución tomada por un tribunal indígena en el caso del asesinato en la Comunidad de la Cocha de la Provincia de Cotopaxi, tratado en la primera parte del presente artículo, posición que finalmente fue consagrada por el mismo Tribunal Constitucional. Como hemos mencionado, esta situación de anulación de la justicia indígena no corresponde a un solo estudio de caso. Como Raúl Llasag lo demuestra, constituye una práctica recurrente de los operadores de la justicia ordinaria (Llasag 2007, pp. 47-74). Estas prácticas deslegitimadoras, más que criterios jurídicos neutrales, reflejan inveteradas estrategias de conservación del monopolio de juzgar, de un mundo monocultural: el del Estado-Nación.

## Conclusión

Las prácticas de deslegitimación de la justicia indígena, por parte de los operadores de justicia, pueden ser comprendidas a partir de la posición que éstos ocupan en el campo jurídico, es decir, a partir de una situación de hegemonía, que hace de ellos portadores de un discurso y praxis monoculturales dominantes dentro de ese campo. El pluralismo jurídico, concebido como el reconocimiento de la existencia de un campo en el que existen otros órdenes jurídicos, además del estatal, se ve neutralizado a partir de esta realidad estructural de poder. Dentro de este esquema, en el que prima la visión estatal monocultural de la justicia, los emergentes órdenes de justicia indígena ocupan un lugar de subordinación, que se refleja en la continua y sistemática negación de legitimidad que en su contra se emprende desde la justicia ordinaria, y en el constante bloqueo de la capacidad de los pueblos indígenas para decidir sobre su bienestar e integridad territorial, cultural y ambiental.

Este proceso de neutralización ejercido por actores estatales en contra de la lucha de estos pueblos por autodirigir su destino, es decir, por lograr un nivel de autonomía relativo, puede comprenderse en el marco histórico de una construcción de un Estado plurinacional, y la paralela deconstrucción y reforma del Estado-Nación, cuya estructura político-constitucional ha funcionado como extensión de estructuras coloniales. En los actuales momentos, la corriente se dirige al reconocimiento de la plurinacionalidad, condición indispensable para una realización plena del pluralismo jurídico, sobre todo en lo que se refiere a la legitimación y reconocimiento de las formas de vida y los órdenes de justicia indígenas. Un paso clave que debe tomarse en esa dirección es el mencionado por Boaventura de Sousa Santos: la necesidad de implementar cortes constitucionales plurinacionales como parte de una reforma estructural de los Estados latinoamericanos, que permita una apropiada inclusión de “los otros” internos, de las llamadas etnias, pueblos o naciones sin Estado.

*En este sentido hay una pieza de la Constitución que puede ser muy difícil de desarrollar, pero que es clave. Se trata de una nueva Corte Constitucional Plurinacional que maneje las transformaciones de este país. Ustedes tienen un ejemplo cercano de una corte tal, que es la Corte Constitucional de Colombia, que funciona ya por un período de más de diez 10 años y que es un ejemplo de*

*una Corte creada, nueva, para dar esta posibilidad* (De Sousa Santos 2007, p. 26).

Por supuesto, esta reforma política del Estado incluye también la reforma de su núcleo rector, la ciudadanía, mecanismo destinado a regular los procesos de inclusión y exclusión social, que lleva codificada la fusión de dos tipos de procesos y conceptos: el Estado y la Nación, la Nacionalidad y la Ciudadanía. Esta codificación y fusión, que ha originado una lógica de tipo monocultural, no permite una apropiada integración de los llamados grupos minoritarios, naciones sin Estado o pueblos originarios, ni ha permitido relaciones de carácter igualitario entre las diferentes culturas que han habitado los territorios de los Estados modernos. Esta realidad exige una reingeniería política del Estado, que permita separación de las instituciones de ciudadanía y nacionalidad, Estado y Nación, a partir de la cual se propugne un nuevo sistema de pertenencia política no fundamentado en origen étnico o nacional (*ethnos*), sino en una dinámica cívica, participativa y comunicacional.

En este sentido, el presente estudio está dirigido a subrayar la dimensión que la mayoría de estudios de teoría política dejan de tener en cuenta en relación con la institución de la ciudadanía en Occidente: la cultural y comunicacional. Por lo tanto, la ciudadanía no sólo constituye una estructura de tipo jurídico que contiene principios civiles, políticos y sociales; ella también constituye un mecanismo sociocultural, de cohesión social, que regula los procesos de exclusión e inclusión. Si los movimientos sociales quieren potenciar su poder inclusivo, como Habermas ([1996]1999) y Kymlicka ([1995]1996) nos sugieren, es necesario deconstruir y dismantelar sus mecanismos socioculturales de exclusión, es decir su lógica de pertenencia monocultural.

Por lo tanto, además de una reforma en la estructura política y en su núcleo, reforma ésta que constituya la ciudadanía con separación radical del sistema de pertenencia identitaria (nacionalidad) y del sistema de pertenencia política (ciudadanía), un objetivo estratégico de los movimientos sociales implicados en la lucha de las llamadas minorías, naciones sin Estado, o pueblos originarios, debería ser el legitimar y concretar un derecho y una cultura comunicacional que permitan intercambios igualitarios, horizontales e interculturales entre grupos e individuos, como núcleo de una nueva dinámica de inclusión social,

de una nueva forma y estructura de ciudadanía, en la cual un acceso eficaz a la justicia constituye un elemento clave.

Por otro lado, este rediseño de los mecanismos político-jurídicos de acceso a los derechos de la ciudadanía, y de forma especial al de la justicia, implica una difusión y reeducación, entre los operadores de la justicia ordinaria y los operadores de la justicia indígena, de una visión intercultural que les permita encontrar e implementar formas de equilibrio y armonización de las dos formas de hacer justicia, tomando como referente y límite a los derechos humanos, con miras a una inclusión de poblaciones y ciudadanos que secularmente han estado excluidos de los mecanismos que garantizan la justicia.

## Bibliografía

- Bourdieu, Pierre (2000). *Poder, derecho y clases sociales*, Editorial Desclée de Brouwer, S.A., Bilbao.
- Bourdieu, Pierre (1991). *El sentido práctico*, Taurus Ediciones Madrid.
- Chávez V., Gina (2004). *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO - Sede Ecuador / Petroecuador, Quito.
- De Sousa Santos, Boaventura (2007), *La reinención del Estado y el Estado plurinacional*, Alianza interinstitucional CENDA - CEJIS - CEDIB, Santa Cruz de la Sierra.
- De Sousa Santos, Boaventura y Mauricio García Villegas (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Colciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra (Centro de Estudios Sociales, CES), Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- Engle Merry, Sally; John Griffiths; Brian Z. Tamanaha (2007). *Pluralismo jurídico*, Siglo del Hombre Editores / Universidad de los Andes / Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.

- FLACSO Sede Ecuador, Oxfam América (2007). “Los pueblos indígenas del Ecuador: Derechos y bienestar”, en *Informe alternativo sobre el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT*, Quito.
- Habermas, Jürgen ([1996]1999). *La inclusión del otro*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona.
- Kymlicka, Will ([1995]1996). *Ciudadanía multicultural*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona.
- Llasag Fernández, Raúl (2007). “Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdicción estatal”, Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, en proceso de edición y publicación.



# CRITERIOS PARA UN MODELO DE REGULACIÓN PLURAL EN EL PERÚ

José Regalado\*

La interlegalidad es la contraparte fenomenológica del pluralismo legal.  
BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

## Introducción

Al reflexionar sobre los diversos criterios que se deben tomar en cuenta para una reforma constitucional que regule el pluralismo existente en el Perú y las formas de coordinación o relación entre la justicia estatal y comunal, me surgen más dudas e incertidumbres que certezas y confirmaciones.

Las primeras dudas son si debemos “regular”, hasta dónde “regular”<sup>1</sup> y qué “regular” en este proceso y los impactos que ello podría tener. ¿No sería mejor dejar que los sistemas avancen de manera paralela con sus tensiones y conflictos? ¿No sería afectar la identidad, autonomía y derecho a la diversidad de la justicia comunal? ¿Cuáles serían esos presupuestos regulatorios? ¿No se esconde detrás de nuestras buenas intenciones la lógica del centralismo legal, de modo que uno termine adaptándose al otro sistema y de esta manera se “normalice/uniforme” las prácticas de la justicia comunal con la justicia estatal? En todo caso, hay que admitir que el tema involucra complejidad, ambigüedad y límites.

La segunda duda es si, aceptando que es necesario regular estos procesos, hay que hacerlo, necesariamente, mediante la vía constitucional. ¿Son los canales constitucionales los que otorgan mejores condiciones

---

\* Director de PROJUR.

1 Autores como Faundez o Donna Lee Van Cott han expresado sus preocupaciones sobre estas regulaciones: “Aunque el reconocimiento formal parece necesario para evitar conflictos jurisdiccionales, también parece necesario que los sistemas no estatales retengan buena parte de su informalidad. Es la informalidad de estos sistemas la que constituye su autonomía y genera su autoridad”. (Van Cott 2006).

para regular este proceso de la justicia plural? ¿No sería mejor una legislación especial? ¿No legitima la Constitución más bien el modelo imperante de soberanía y sistema único de justicia? Finalmente, los cambios que se puedan incorporar al artículo 149.º del texto constitucional ¿no estarán siempre limitados en sus posibilidades de institucionalización por la concepción que prevalece en el conjunto del texto constitucional?

Sin embargo, también pienso que estas dudas se despejan en la práctica cuando se constata la realidad, y que cualquier política, reforma o propuesta legal señalada debe partir de entender y responder a esta compleja realidad. Por lo tanto, me arriesgaré y superaré mis dudas, por lo menos en el papel y la reflexión. Lo haré partiendo de algunas ideas preliminares, a manera de antecedentes o marco conceptual, que servirán como parte del aparato crítico que debemos tener en cuenta para analizar los criterios y propuestas. Luego revisaré de manera general los rasgos y características centrales de una dinámica de justicia local, y finalmente me centraré en una propuesta, que no pretende ser “la gran propuesta” sino sólo un aporte de algunas ideas para contribuir a la discusión colectiva.

## Algunos enfoques para tener en cuenta

Algunos autores, como Boaventura de Sousa Santos, Farías y Arnaud han dado cuenta de los nuevos procesos y tendencias que han ocurrido en los sistemas de justicia en las últimas décadas y que requieren ser revisados cuando formulamos cualquier análisis o política de reforma sobre la justicia en América Latina. Ellos advierten que el Estado tiende a concentrarse en aquellos temas y conflictos directamente relacionados con las necesidades de acumulación capitalista, que varían de un país a otro, mientras se dirige a tolerar, promover o reconocer mecanismos de justicia no estatal, a los cuales les asigna valor jurídico ante el derecho estatal, en asuntos que considera periféricos para la acumulación capitalista. El Estado, en tales casos, se limita a controlar que esos mecanismos no desborden el orden político:

*En la nueva época, el sistema judicial parece tender a cambiar de modelo [...]. Ahora estamos en una etapa en la que parecieran converger dos necesidades contrapuestas, la globalización y la recuperación de lo local. En medio de la tensión derivada, la*

*judicatura tiende a ser desplazada como agente monopolíco, o al menos privilegiado, en las tareas de producción de la verdad jurídica, por otras instancias del propio aparato estatal, como el sector administrativo o las autoridades policiales. Pero también se da un proceso de desplazamiento de las entidades comunitarias, que ahora han encontrado formas de engranarse con el aparato estatal. Más allá de una reforma en el ámbito de las competencias, el Estado está replanteando su declarado monopolio en la administración de justicia y parece conformarse con una reducida centralidad, dejando que otros actores intervengan en el manejo de la conflictividad [...] Este repliegue corresponde a dinámicas tanto de carácter externo como de índole interna, lo que lleva a que se den de manera simultánea tres tipos de tendencias en cuanto al papel del Estado: 1) El Estado cede importantes porciones de soberanía a poderes transnacionales, como ocurre con organizaciones multilaterales (OMC, BM, FMI) o con otros Estados o empresas multinacionales. 2) Otorga reconocimiento jurídico a la actuación de mecanismos de justicia no estatales dentro de su territorio, en dinámicas que se conocen como de informalización, descentralización y alternatividad judicial. 3) El aparato judicial estatal se concentra en el manejo de ciertos tipos de conflictos, en los cuales despliega con la mayor eficacia el potencial de su discurso jurídico, su poderosa capacidad operativa y la fuerza coercitiva de que dispone<sup>2</sup>.*

También señalan De Sousa, Farías y Arnaud que el momento actual está marcado por una profunda transformación de la espacialidad política y jurídica de la sociedad. Los nuevos escenarios se caracterizan por una tendencia hacia la reducción de la capacidad del Estado para actuar de manera efectiva sobre una creciente área de la conflictividad. Las dinámicas sociales son cada vez menos articuladas en el espacio nacional, y como contrapartida se da un desplazamiento del poder y de la producción del derecho, hacia un nivel planetario, por un lado, y hacia los espacios locales, por el otro. Podemos entonces decir que los cambios en la espacialidad se resumen en dos tendencias: la globalización y la localización. El espacio nacional de regulación se retrae de cara a dinámicas en las que entran a primar factores mundiales y

---

<sup>2</sup> Boaventura de Sousa Santos (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá.

locales de producción del poder<sup>3</sup>. En resumen, estamos ante nuevos escenarios de globalización y localización que impactan sobre los diversos modelos de justicia y que plantean además reestructuraciones y reacomodos en sus características básicas.

El otro enfoque que necesitamos tener en cuenta para formular nuestra propuesta tiene que ver con la situación rural y los enfoques actuales sobre el mundo rural o la sociedad rural en el Perú. En estos albores del siglo XXI, la sociedad peruana en su conjunto, pero especialmente la sociedad industrial y urbana, tiene una elevada deuda social con las comunidades y habitantes de las zonas rurales del país: no se han compensado los niveles de pobreza y de exclusión que soporta el medio rural como producto del sesgo urbano que el modelo de desarrollo exige diseñar y aplicar<sup>4</sup>. Además de la crítica situación económico-productiva que se vive en estas zonas, hay también una precaria institucionalidad (de la cual hacen parte los servicios de justicia estatal) que impide o limita una adecuada protección de los derechos de las personas y las comunidades. Esto requiere de políticas que reevalúen el papel de la sociedad rural en las actuales circunstancias económicas, sociales y políticas del Perú y que demandan –como lo expresan diversos autores– políticas diferenciadas<sup>5</sup> y conceptos clave para articular su desarrollo. Sin una clara voluntad política de transformar las condiciones de vida del poblador rural, seguiremos manteniendo esta situación de exclusión.

Tenemos entonces procesos globales y locales que se reestructuran en estos espacios rurales y que permiten nuevas miradas sociales, políticas y jurídicas.

Ahora bien, estos enfoques son necesarios para ubicar el marco conceptual de lo que será nuestro planteamiento, que rescata los procesos y

---

3 Édgar Ardila Amaya (2005).

4 Orlando Plaza (1998), p. 64: “En síntesis, no solamente existe una desvinculación teórica entre el desarrollo rural y nacional, sino también desde el punto de vista de la formulación y ejecución de políticas (macro, sectoriales o programas), e inclusive se carece de un adecuado aparato institucional para llevarlas a cabo”.

5 Se definen como políticas diferenciadas para el desarrollo rural aquellas que parten del reconocimiento de las características específicas de la economía campesina y de los pequeños productores, de la sociedad rural en que se desenvuelven y de su vinculación con la sociedad y economía global. A partir de ese reconocimiento, tales políticas buscan modificar alguna o algunas de las características indicadas, particularmente las que se vinculan con su inserción asimétrica en el resto de la sociedad, tratando de generar un proceso de desarrollo rural de carácter global. En síntesis, las políticas diferenciadas para el desarrollo rural deben partir de las dinámicas sociales y políticas; de una elaboración específica que fusione conocimientos y estrategias; de instrumentos para alcanzar los objetivos y de una propuesta global (Plaza, p. 154).

din3micas locales de justicia para ser considerados en las propuestas de reformas sobre la justicia, que no debe perder de vista las dimensiones y enfoques se1alados.

## La cuesti3n del pluralismo en el Per3

Hasta la fecha siguen vigentes los esquemas b3sicos del Estado-Naci3n: la exclusi3n de los pueblos ind3genas y un reconocimiento d3bil del pluralismo jur3dico-legal en el pa3s. El texto constitucional que aborda este proceso sigue siendo ambiguo, limitado, asistem3tico y poco esclarecedor. En todo caso, tal y como est3 elaborado no contribuye en absoluto a una sistematizaci3n de la realidad plural<sup>6</sup>.

El pluralismo legal en nuestro pa3s no ha sido asimilado a3n por la clase pol3tica y los legisladores, y sigue siendo un tema por desarrollar. Se sigue partiendo de premisas como “la soberan3a del Estado” y, por ende, se legitima al 3nico sistema de justicia oficial que fortalece esa soberan3a. Si uno revisa todos los proyectos actuales sobre reforma constitucional en los temas de justicia, puede darse cuenta de que aun los nacionalistas m3s radicales no incluyen perspectivas constitucionales diferentes sobre el modelo imperante, e inclusive en los 3ltimos proyectos presentados a la Comisi3n de Justicia se reduce la jurisdicci3n ind3gena. A pesar de esto, algunos, como Yrigoyen, tienen una posici3n m3s optimista respecto de este horizonte plural:

*El constitucionalismo emergente en Latinoam3rica [...] permite vislumbrar un horizonte pluralista, no obstante que algunos cambios son ambiguos e incompletos [...] Postula que ante la coexistencia de una perspectiva favorable a los pueblos ind3genas y otra restrictiva, debemos leer las reformas desde una perspectiva progresiva que haga efectivos los derechos de los pueblos ind3genas, bajo primac3a de las disposiciones que les otorgan m3s derechos y ventajas, sobre aquellas que les reducen [...] y postula por una hermen3utica pluralista, esto es una interpretaci3n teleol3gica y sistem3tica que tenga como mirada final la construcci3n de un*

---

6 Vicente Cabedo se1ala que reconocer el pluralismo jur3dico no significa 3nicamente reconocer el derecho ind3gena. Refiere adem3s que para hablar de un verdadero pluralismo jur3dico debe reconocerse el derecho consuetudinario ind3gena, y el ejercicio de las funciones jurisdiccionales –sobre la base de este derecho– por las propias autoridades ind3genas. Si esto no se da, Cabedo afirma que entonces no existe un aut3ntico pluralismo jur3dico (Vicente Cabedo Pe1a 2002. *Constituciones, derecho y justicia ind3gena*).

*Estado pluricultural, el reconocimiento de pueblos indígenas y la igual dignidad de culturas*<sup>7</sup>.

Sin embargo nos preguntamos, con otros autores, si esto no es seguir reproduciendo los esquemas del centralismo legal. Considero por el contrario, en la línea de Boaventura, Sally Merry y otros que conciben el mundo legal policéntrico, que el pluralismo legal es el concepto clave de una visión posmoderna del derecho. El derecho es más que un ordenamiento normativo; las legalidades no son sólo formas institucionalizadas de control social: también son teorías sociales constituidas, cultural e históricamente. Por eso, a la par del nuevo pluralismo creemos que el derecho debe entenderse, al decir de Sally Merry, como

*... la expresión de legalidades que se encuentran en competencia y que circulan al interior de la trama social. En ese contexto, la hegemonía legal no está estructuralmente definida sino que se logra y debe ser analizada en cada contexto social específico [...] El pluralismo debe enfocarse en la interacción entre ordenamientos normativos que pueden tener diferentes estructuras conceptuales subyacentes, enfatizar la naturaleza histórica del derecho consuetudinario y analizar la relación dialéctica entre los múltiples ordenamientos normativos*<sup>8</sup>.

En nuestro entender, el modelo pluralista en el Perú no debe afirmarse a partir del ordenamiento legal sino a través de los procesos locales y realidades diversas que se desarrollan en nuestras sociedades.

Creemos que los espacios plurales que se desarrollan en nuestro país se dan principalmente en contextos específicos, determinados por el territorio, la cultura y las dinámicas locales. Esta dinámica plural presente en los espacios locales, en mi modesto entender, nos ayudará a comprender qué es lo que necesitamos regular en el marco legal de acceso a la justicia.

Sin embargo, antes quisiera desarrollar algunas características y rasgos de la justicia en su dimensión local. Efectivamente, en estos

---

7 Raquel Irigoyen (2006). *Vislumbrando un horizonte pluralista. Rupturas y retos epistemológicos y políticos*.

8 Sally Merry (1998) distingue dos versiones en torno del pluralismo jurídico: a) El pluralismo jurídico clásico, referido a la situación histórica producto del colonialismo; y, b) el nuevo pluralismo legal, relativo a toda forma de regulación vigente en cualquier sociedad.

espacios se identifican prácticas, experiencias, procesos, dinámicas, operadores, autoridades, instituciones y mecanismos de justicia, contruidos desde las mismas comunidades y organizaciones comunales, que interactúan con operadores estatales para resolver disputas, conflictos, demandas y necesidades de justicia de la población rural. Todo esto configura un modelo de justicia con características locales.

Esta justicia local podría ser considerada como una dimensión de la justicia nacional que se desarrolla en espacios locales concretos, donde se producen relaciones de justicia y de resolución de conflictos basadas en el derecho estatal y consuetudinario, que tiene rasgos particulares, propios de los modos de producción económica, social y cultural que los reproduce.

Estas expresiones locales de justicia han sido reconocidas en diferentes contextos sociales. Se trata de aquellos espacios sociales semiautónomos descritos por los antropólogos, o de los campos jurídicos a que se refiere Bourdieu en la teoría social. En efecto, desde Pospisil, que introdujo los conceptos de los múltiples niveles jurídicos en las sociedades, hasta Sally Falk Moore (1973), con su concepción de “espacio social semiautónomo”, se muestra que los sistemas sociales generan su propia regulación por medio de reglas, costumbres y símbolos, pero que sin embargo resultan vulnerables a otras fuerzas que provienen del mundo social en el cual se encuentran inmersos. En este sentido, los campos sociales poseen una relativa autonomía.

Ahora bien: esta justicia local tiene orígenes diversos y prácticas singulares, y depende de muchos factores externos y dinámicas locales que recrean, actualizan e impulsan esta justicia. En el Perú hemos identificado esta justicia como autónoma, comunitaria, basada en el derecho consuetudinario y, por ende, vinculada a los valores indígenas y ancestrales<sup>9</sup>. Con esta apreciación hemos terminado por anclar a la justicia rural, campesina, local, en un pasado simbólico, mítico, y hemos opuesto esta justicia a las otras, especialmente a la justicia impartida por el Estado. Sin embargo, lo que muestra la realidad es que hay diversos subsistemas operando y que los niveles de interacción obedecen a diversos factores.

---

9 Deborah Poole (2006) considera que en la formulación de los códigos legales a favor de los indígenas lo que prevaleció fue la imagen de la comunidad o ayllu andino, que se caracterizaba por la armonía, el consenso y su relación espiritual con la naturaleza y el paisaje; sin embargo, se enfrentaron al problema de cómo plasmar esta visión bastante idealizada del mundo indígena en un proyecto legislativo.

Es verdad que el Estado implantó un modelo único, importado, ajeno a las realidades nacionales y locales, que no tuvo en cuenta las dimensiones culturales ni sociales. Es cierto también que este modelo central se ha mantenido a lo largo de la historia republicana como el regulador oficial del control social, y ha configurado una justicia única, sustentada en normas, mecanismos, instituciones y procesos que no han resuelto en lo fundamental los conflictos locales, y que siempre han quedado alienados de la vida y los bienes materiales de las personas y las colectividades rurales.

No obstante, en las realidades locales han sobrevivido prácticas de justicia, normas y actores comunales que han seguido regulando los conflictos conforme a sus propios principios legitimados, pero también haciendo uso de normas, recursos e instituciones que el modelo estatal ha implantado, lo que ha producido una coexistencia de diversos órdenes legales y diversos operadores que interactúan.

Hay que reconocer que los pueblos indígenas y las organizaciones campesinas rurales, los hombres y las mujeres con una perspectiva colectiva, han creado y desarrollado esta dimensión local de la justicia. Históricamente, ellos han demostrado una particular capacidad de autocomposición o resolución de sus propios conflictos, en forma complementaria e incluso contraria a la dispuesta por las autoridades u órganos judiciales formales<sup>10</sup>.

Esta coexistencia de diversas instancias de justicia estatal y comunal ha producido verdaderos espacios interlegales, o espacios híbridos, mixtos, plurales, que reproducen relaciones de apropiación, recreación, intercambio, subordinaciones, pero también tensiones y confrontaciones, cuando se niega la existencia de unos hacia los otros, o cuando se desconocen y no se les atribuyen capacidades jurisdiccionales o de producción de derecho, lo que redundará en una incertidumbre, inseguridad y limitada protección de los derechos de los pueblos ubicados en estos espacios rurales.

Una expresión simbólica de estos espacios híbridos es la justicia de paz, institución y actor fundamental en lo local, arraigada en la conciencia local, aunque no sea propiamente una figura que reproduzca

---

10 Así lo sostienen autores como Ardito, Peña y Jumpa refiriéndose a la experiencia de la justicia comunal aimara

todo el sistema de justicia estatal y oficial que representa. Los diversos estudios dan cuenta de que la justicia de paz sólo encuentra razón en la medida en que reproduce los valores y principios de una justicia local, comunal<sup>11</sup>, y por eso se entiende tan bien con otros actores como las comunidades campesinas, las rondas, las defensorías comunitarias. Sin embargo, la relación con el sistema central es extraña, compleja, de resistencia. Los mismos jueces de paz hallan su situación difícil de entender, porque comparten con los demás ciudadanos los valores de la comunidad, arraigados en los usos y costumbres adquiridos, pero al mismo tiempo deben actuar legitimando el sistema, el derecho oficial, las leyes de la Nación.

Toda esta situación es compleja, en algunos casos anómica, y produce espacios distintos en una realidad geográfica determinada. Hay algunos de estos espacios, por ejemplo las capitales de provincia, donde el derecho oficial se aplica, donde el sistema jurídico se impone, y que paradójicamente siguen siendo ajenos a la realidad local, pues esta dimensión de la provincia es a la vez la suma de realidades más locales, como los distritos y centros poblados donde las prácticas de justicia se diversifican.

Por otro lado, esta justicia local responde a las demandas locales de justicia; está emparentada o arraigada en el contexto local, pero también con sus actores; de ahí que exista satisfacción con las demandas de justicia y las respuestas obtenidas.

Los usuarios de esta justicia local son la población rural, especialmente mujeres y campesinos pobres que acceden a estos mecanismos de justicia comunal y participan en algunos aspectos de las decisiones judiciales. Es una justicia inclusiva, participativa y, por supuesto, democrática.

La problemática de acceso a la justicia, identificada en muchos diagnósticos, es pues canalizada y atendida por estos modelos de justicia local, por supuesto, no siempre con las garantías, principios y estándares que subyacen en el sistema judicial oficial.

---

11 Poole señala: "Dada su trascendencia en el quehacer diario como representantes del Estado en la vida local, resulta curioso el estatus del cual gozan los jueces de paz, pues son los únicos representantes del Estado exentos de la obligación de juzgar y actuar dentro del orden legal establecido. Ellos deben juzgar basados en su leal saber y entender y en su sentido común". En todo caso, lo que deduce la profesora Poole es que la costumbre siempre está condicionada por su relación con la ley del Estado. Todo esto hace que describa estos espacios como espacios de ilegitimidad.

Finalmente, esta justicia no tiene un marco de regulación, de control y de adaptación; por eso es percibida como informal y poco sistemática, y es víctima de desconocimiento permanente, hecho que genera tensiones que derivan algunas veces en confrontaciones mayores.

¿Cuál es la tesis principal que sostenemos aquí? Estamos afirmando que se trata de sistemas o subsistemas distintos pero que operan de manera conjunta en espacios locales concretos para responder a determinadas demandas locales de la población. Hay una interacción permanente, que en algunos casos es de resistencia, apropiación, recreación; hay reinterpretaciones de sus normas, especialmente con el Estado y sus instituciones. Hay realidades, como las comunidades campesinas y nativas, que operan con mayores niveles de autonomía, pero siempre interactúan, a veces delegando al sistema estatal, intercambiando con las instituciones de justicia, pero nunca renunciando a sus facultades de hacer justicia de acuerdo con sus propios valores comunales. Como acertadamente lo describe Orellana y bien podríamos parafrasear nosotros:

*En el desarrollo de la justicia local se evidencia una permanente interacción de la justicia estatal con la justicia comunal. En la justicia comunal hay complejas dinámicas de mutación que han tenido y siguen teniendo una suerte de interacciones tensas con el Estado, procurando en algunos casos ciertas fronteras para manejar las interacciones y conservar ciertos márgenes de autonomía.*

Este panorama nos sugiere entonces que los procesos de interacción con el Estado implicaron e implican dinámicas comunales de autoinvención permanente, ante medidas estatales que introducían cambios en los órdenes jurídicos comunales.

Ha existido y existe un protagonismo inteligente de las comunidades en la construcción de estructuras, usando materiales del Estado y jugando discursivamente con el lenguaje policial, judicial y jurídico del derecho positivo, para recubrir de legalidad sus actos culturales de resolución de conflictos.

El orden jurídico local es, en consecuencia, tanto en su dimensión institucional como discursiva, un constructor interlegal, en la medida en que diferentes fuentes de derecho (precoloniales, coloniales, republicanas, globales, de esta última época), entre ellas las de las propias

comunidades, han interactuado para configurar formas jurídicas y judiciales particulares.

La justicia comunal es producto del proceso de dinámicas interlegales, en las que los encuentros y desencuentros de normas, valores, procedimientos e instituciones, transportadas discursivamente, generan cruces y superposiciones, préstamos y adquisiciones, impregnaciones, mezclas, combinaciones y mixturas, con las cuales organizaciones, como las rondas campesinas, construyen proyectos autonómicos.

Todo esto es el resultado permanente de un proceso dialéctico de construcción contra y con el Estado, pero nunca sin él<sup>12</sup>.

¿Cuál es la conclusión, entonces? Que hay que fortalecer estos espacios locales, sus actores de justicia, sus normas y procedimientos; descentralizar la justicia estatal, adecuarla a las dimensiones locales, desarrollar sistemas de coordinación. Se requiere entonces un nuevo diseño de los sistemas de justicia, que no parta sólo de la visión oficial y de un solo derecho; tenemos que partir de una visión plural, pero sobre todo que surja de las realidades locales. Tenemos que trabajar en construir una justicia inclusiva, local, contextual y próxima.

## **Hacia una propuesta de un sistema de justicia local**

Lo que se plantea entonces de manera específica es que propiciemos una reforma que otorgue un marco legal coherente a esta justicia local.

Se propone diseñar un sistema de justicia local a partir de las dinámicas y procesos locales ya existentes.

Debe partir de un reconocimiento pleno de los operadores de justicia que actúan en este nivel local: comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas, defensorías comunitarias; su naturaleza, autoridades, procedimientos, el derecho que los rige y las competencias asumidas por cada uno.

Deben señalarse claramente los ámbitos de intervención de esta justicia local en el nivel territorial y las demandas a las cuales responderá.

---

12 René Orellana (2005). *Derecho indígena-campesino. Producto y proceso de reinversiones interlegales*, p. 123.

Debe diseñarse un sistema de justicia local que defina quiénes juzgan, cómo juzgan y qué niveles de coordinación hay entre estos actores y sistemas.

Un diseño de esta justicia local podría darse a partir de lo que establece la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial para la justicia de paz. Que se institucionalicen los sistemas de justicia local en los que interactúan mecanismos estatales y no estatales de justicia<sup>13</sup>.

Estos procesos locales son sistemas plurales de justicia; usan las costumbres y el derecho consuetudinario en diálogo con las normas oficiales. Cada actor/operador tiene su propia naturaleza legal, pero forma parte de la dinámica de la justicia local.

Estos sistemas locales de justicia deben establecer la ley y los sistemas normativos que se aplicarán, las autoridades e instancias comunales que ejecutarán estas normas, la jurisdicción y las competencias que asumen (materiales, personales y territoriales), los procedimientos de impartición de justicia o resolución de conflictos que se establezcan, y los niveles de coordinación.

## Crterios y propuestas

- Incorporar en la Constitución actual un capítulo que elabore de manera sistemática el desarrollo de la pluralidad jurídica en el país. En él deben quedar claros cuál es la naturaleza de esta pluralidad, sin ambages ni falsas dicotomías, sus rasgos y características principales, sus límites y los niveles de coordinación nacional y local.
- Respecto de las jurisdicciones especiales, se deben especificar sus respectivas competencias materiales, sus ámbitos de aplicación, así como los criterios de la coordinación entre los diversos sistemas; los niveles de compatibilidad y convalidación de sus decisiones con el sistema judicial estatal.
- Reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial y la del Ministerio Público, para regular una mayor y más efectiva descentralización y desconcentración del Poder Judicial y el Ministerio Público. Los órganos de gobierno del Poder Judicial deben desconcentrarse

---

13 Hay varias experiencias de reforma legal que se han elaborado en los estados mexicanos, que bien podrían servir para este proceso de diseño de la justicia local.

y democratizarse. Las instancias judiciales en el nivel de Corte Superior y juzgados deberán integrarse a las demandas locales.

- Mayores facultades y autonomía administrativa y presupuestaria a los distritos judiciales y a las cortes superiores de justicia.
- Diseñar un sistema de justicia local que responda a las dinámicas locales de justicia y a las demandas y necesidades de la población rural. Este sistema debe incorporarse en una nueva Ley Orgánica de Justicia.

Creo que si ampliamos las competencias y fortalecemos las jurisdicciones locales más allá de un derecho tradicional y comunal subordinado al derecho moderno, para avanzar en un pluralismo efectivo y coherente con las realidades locales, podremos avanzar en la refundación de la justicia.

Finalmente, si contribuimos a la construcción de un sistema de justicia local que responda a las demandas y necesidades de las poblaciones rurales, habremos dado un paso significativo en este proceso de construir los horizontes plurales en el país y atender la problemática de acceso a la justicia en el mundo rural.

## Bibliografía

- Ardila Amaya, Édgar (2005). *La justicia comunitaria como ruta para la democracia*, Bogotá.
- Cabedo Peña, Vicente (2002). *Constituciones, derecho y justicia indígena*, PUCP, Lima.
- De Sousa Santos, Boaventura (1988). "Law: a map of misreading. Towards a postmodern conception of law", en *Journal of Law and Society*, Vol. 14, núm. 3, pp. 279 a 302.
- De Sousa Santos, Boaventura (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá.
- Donna Lee Van Cott (2006). "Pluralismo legal y administración de justicia comunitaria informal en América Latina", en *Antología de grandes temas de la antropología jurídica. V Congreso RELAJU*, México.

- Poole, Deborah (2006). “Los usos de la costumbre. Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal”, en *Revista Alteridades*, Año 16, Núm. 31, enero-julio, Universidad Autónoma Metropolitana.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (2006). “Vislumbrando un horizonte pluralista. Rupturas y retos epistemológicos y políticos”, en *Antología de grandes temas de la antropología jurídica. V Congreso RELAJU*, México.

## **SECCIÓN SEGUNDA**

La justicia comunitaria.

Normas, instituciones y procedimientos  
en las sociedades indígenas contemporáneas





# LA CONCILIACIÓN: ¿UN MEDIO O UN FIN EN LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS?

Dra. Akuavi Adonon Viveros

UAM - Cuajimalpa

Laboratorio de Antropología Jurídica de París

*Muy pronto nos dimos cuenta de que los sueños de la época moderna no eran más que ilusiones. El tiempo reveló las imperfecciones del derecho “moderno”; mostró en qué medida el universalismo era un señuelo y que el reino supremo de la ley no lo regulaba todo. La observación de la realidad jurídica cotidiana llevó a un gran número de juristas que se interesaban en el problema de los fundamentos del derecho, a reconocer que todo derecho es relativo, que existe un pluralismo de fuentes del derecho, y que se impone un retorno al pragmatismo<sup>1</sup>.*

Estos comentarios de André-Jean Arnaud, teórico del derecho y fundador del Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñate, nos parecen adecuados para iniciar la reflexión. El autor nos invita a replantear los postulados universalistas del derecho occidental y a regresar al pragmatismo, con el fin de dar cuenta del pluralismo de las fuentes del derecho. El análisis de diferentes fuentes del derecho nos interroga igualmente sobre los universos culturales, universos éstos de significación que sustentan y les dan sentido a las prácticas jurídicas.

Tomaremos el ejemplo de la conciliación, que consideramos altamente significativo, para hacer este ejercicio de puesta en perspectiva de diferentes concepciones de la justicia: una concepción propia del derecho de Estado, y una diferente de las comunidades indígenas, especí-

---

1 André-Jean Arnaud (1990). “Repenser un droit pour l’époque post-moderne”, *Le Courrier du CNRS*, n° 75, Paris, p. 82.

ficamente de comunidades tzotziles de los Altos de Chiapas. El que la concepción de la justicia sea diferente no quiere decir que sus ámbitos se excluyan; por el contrario, convergen en la instancia del Juzgado de Paz y Conciliación Indígena, que será, en este caso, el espacio privilegiado de la observación. Llamamos sin embargo la atención del lector sobre el hecho de que la existencia de puntos de encuentro entre el derecho estatal y el derecho de las comunidades indígenas no implica que fenómenos como el de la conciliación sean percibidos por ambos derechos de la misma manera. En este texto se intenta hacer una suerte de traducción del término *conciliación* apelando a sus diferentes universos de significación.

Antes de entrar en materia, haremos una breve presentación de la instancia del Juzgado de Paz y Conciliación Indígena, que es el escenario donde se desarrolla la audiencia conciliatoria que constituye el marco de nuestro estudio.

### ***Juzgados de Paz y Conciliación Indígena: del "pecado original" a su apropiación por la comunidad***

Dentro del contexto de los movimientos de reivindicación de derechos de los pueblos indígenas en México y de los Acuerdos de San Andrés Larraínzar, el gobierno del Estado de Chiapas creó, por decreto del 12 de marzo de 1998, unos juzgados especiales, sin que la población implicada hubiera sido previamente consultada. Aunque formaran parte del sistema judicial del derecho de Estado, estos juzgados debían traducir el espíritu conciliatorio de la justicia indígena. Todos los municipios con población mayoritariamente indígena serían dotados, según esa norma, de un Juzgado de Paz y Conciliación Indígena. El objetivo anunciado era el reconocimiento del derecho indígena por el gobierno del Estado de Chiapas, pero se traslucía el aspecto autoritario y de control de dicha medida, al grado que tanto el funcionamiento como la viabilidad de los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena fueron vistos con mucho escepticismo, debido al carácter arbitrario y unilateral de su creación<sup>2</sup>.

---

2 Varias de las entrevistas realizadas en el verano de 2001 en San Cristóbal de las Casas destacaron ese aspecto: Dr. Raymundo Sánchez Barraza, ex integrante de la CONAI, en entrevista realizada el 9 de agosto de 2001; Lic. Francisco Gómez Mayorga, entonces jefe de la Defensoría de Oficio Indígena de San Cristóbal de las Casas, en entrevista llevada a cabo el 1º de agosto de 2001.

Desde un punto de vista meramente funcional y más allá de lo que se podría denominar como el “pecado original” de su creación, la abogada Rosa Díaz recordaba que los juzgados siempre han existido en las comunidades<sup>3</sup>:

*Los habitantes solían elegir a sus jueces en una elección popular denominada plebiscito, como lo hacen ahora. El actual juzgado finalmente cubre la misma función que el anterior; la diferencia consiste en que ahora los jueces y el personal, como oficinistas y secretarios de acuerdos, reciben un salario del poder judicial del Estado de Chiapas, mismo que se les otorga mensualmente en la coordinación indígena situada en la ciudad de San Cristóbal de Las Casas. Se puede decir que en el fondo la administración de justicia no cambió con los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena; de hecho, ciertos delitos como la violación, se siguen arreglando por medio de una compensación monetaria, sin aplicar las normas y el procedimiento establecido en la legislación penal.*

Lo que resulta interesante en el caso de los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena es que más allá de las consideraciones políticas e incluso teóricas en cuanto a la oposición dialéctica entre el derecho de Estado y el derecho propio de los pueblos indígenas, estos juzgados funcionan y, de manera cotidiana, parejas, vecinos, familias etcétera, acuden a ellos para resolver los conflictos que se les presentan<sup>4</sup>.

---

3 Entrevista realizada el 8 de agosto de 2001 a la abogada Rosa Díaz, litigante especializada en asuntos indígenas.

4 Cabe mencionar que los juzgados cumplen un papel diferente según la comunidad de que se trate. En Zinacantán, la solución de conflictos se concentra en el juzgado, mientras que en San Juan Chamula, el juzgado es una instancia de solución de conflictos entre otras. De hecho, la mayoría de los conflictos se ventilan en la presidencia, o el domingo de 8 de la mañana a 12 del día en la plaza frente a las autoridades tradicionales y constitucionales. Se acude al juzgado principalmente cuando se trata de un asunto penal o cuando por alguna razón las autoridades no están dando audiencia. El juez Salvador Gómez, en entrevista del 26 de octubre de 2002, señalaba que el caso de Chamula es muy particular porque las personas están acostumbradas a dirigirse a la presidencia para ventilar los conflictos de orden familiar o civil, y que no es más del 10% ó 15% de los asuntos los que se presentan en el Juzgado. Dice que las personas escogen indistintamente la instancia –ya sea el juzgado o la presidencia– en la que quieren ventilar sus controversias. Sin embargo, nuestra observación arrojó que por lo regular la gente asocia la solución de asuntos familiares, civiles, mercantiles con la presidencia y con un procedimiento más apegado a sus costumbres, mientras que los conflictos de orden penal se relacionan más con el Juzgado de Paz y Conciliación Indígena y con un procedimiento exógeno, “más jurídico”, retomando la expresión utilizada por el propio juez Salvador Gómez. La función más importante del Juzgado de Paz y Conciliación Indígena de San Juan Chamula no es la resolución de conflictos por la vía conciliatoria. Este juzgado se ocupa más bien de la ratificación o la formalización de algún acuerdo anterior llevado a cabo en la presidencia con las autoridades tradicionales. De la observación en el funcionamiento de los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena de Zinacantán y de San Juan Chamula se puede desprender que la diferencia no se reduce a simples formalidades en la redacción de las actas conciliatorias. Se podría decir en cambio que su función es muy diferente en cuanto al papel que cumple cada juzgado en la regulación social del municipio: mientras el juzgado de Zinacantán

Todos los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena deben entregar a la Coordinación Indígena un informe de actividades, llamado “Informe Mensual de Actividades de los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena”. Ese registro presenta sólo las controversias seguidas en la cabecera de cada municipio en las que se elaboró el acta de conciliación; por lo tanto, estas cifras no representan, ni para Zinacantán ni para San Juan Chamula, el número real de asuntos tratados. El poder judicial del Estado, por medio de la Coordinación Indígena, ejerce cada vez más presión sobre los funcionarios del juzgado para que las actas sean redactadas sistemáticamente al final de cada audiencia. Cabe hacer notar que parte de los casos tratados en los que no se escribe el acta se refieren a casos de brujería o de arreglos que se prefiere omitir para evitar la posible responsabilidad jurídica por no cumplir con ciertos principios o requisitos establecidos en el ordenamiento legal.

Los juzgados funcionan con un juez titular y un suplente, con un secretario de acuerdos, un abogado de formación y una mecanógrafa. Cuentan también con el apoyo de comandantes y *mayoles* (suerte de policías tradicionales); estos últimos no reciben sueldo del poder judicial del Estado de Chiapas: ellos se encuentran vinculados directamente al sistema de cargos de la comunidad. El procedimiento de solución de conflictos se lleva a cabo en una audiencia conciliatoria en la que, junto con el juez, se encuentran otras autoridades, como regidores plurinominales en el caso de Zinacantán, y comandantes en el caso de San Juan Chamula. En un inicio, el recinto del juzgado impresionaba a las personas<sup>5</sup> pero en la actualidad no hay elemento alguno en el desarrollo de la audiencia que incomode a las partes por sentirlo extraño.

Una vez presentada la instancia que nos ocupa, el primer apartado estará dedicado al enfoque antropológico, que nos permitirá adentrarnos a la práctica jurídica de la solución de conflictos en las comunidades indígenas, y el segundo versará sobre la lectura que se le da desde el derecho de Estado.

---

centraliza la solución de las controversias, el juzgado de Chamula se ocupa principalmente de conflictos penales y cuestiones administrativas. Si bien dichas diferencias en la reapropiación de la institución jurisdiccional no forman parte del desarrollo del presente trabajo, cabe destacar que se explican por la propia historia y características de cada municipio.

5 Cfr. Jane Collier. “Dos modelos de justicia indígena en Chiapas: una comparación de las visiones zinacanteca y del Estado”, en *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, León Pasquel Lourdes de (coord.), México, CIESAS - Miguel Ángel Porrúa, pp. 189-200.

## I. La audiencia conciliatoria: un enfoque antropológico

*Imaginemos por un instante a un espectador asistiendo por primera vez a una audiencia. ¿Qué le sorprendería más? ¿El derecho, el procedimiento o los atuendos, el decorado de la sala de audiencias, el lenguaje empleado? Estará más sorprendido por el extraño espectáculo que se desarrolla frente a él que por la discusión jurídica misma. Cuando los antropólogos estudian una ceremonia de iniciación o una danza ritual, se concentran en la vestimenta o en los cantos, más que en sus efectos concretos en la cosecha o en la fecundidad de las mujeres<sup>6</sup>.*

Al empezar así su ensayo sobre el ritual judicial, Antoine Garapon<sup>7</sup> nos sugiere aplicar el mismo método antropológico en la observación de los juicios, a fin de adentrarnos en el simbolismo de la vida jurídica. Si bien Garapon se refiere al ritual judicial llevado frente a los tribunales estatales, y concretamente a los tribunales franceses, su reflexión antropológica nos permite crear puentes, acercamientos, comparaciones con lo que hemos podido identificar como el “ritual judicial” llevado a cabo en algunas comunidades tzotziles de los Altos de Chiapas, y a partir de allí, despejar todo un universo de significados.

Antoine Garapon define el espacio judicial como el resultado de una superposición de diferentes ámbitos que encierran, cada uno de ellos, una noción de orden; como un espacio delimitado y obligatorio para los que en él interactúan; un espacio organizado y jerarquizado en el que, por un instante, se suspenden las diferencias habituales de rango social para ser sustituidas por otras. El espacio judicial encarna el orden, lo crea, aspira a una perfección temporal y limitada dentro de la imperfección del mundo, de la corrupción de la vida. En este espacio nada es azaroso. Al reorganizar el mundo, como se hace en la sala de audiencias, los seres humanos repiten el acto inaugural de la cultura. Reorganizan el caos dándole una estructura, formas y normas. Esta relación entre la forma y la norma es esencial en la experiencia de la justicia. Al organizar el espacio judicial, el grupo social plantea un acto

6 Antoine Garapon (1997). *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, París, Editions Odile Jacob, p. 17.

7 Jurista francés. Fue secretario general y director del Instituto de Altos Estudios sobre la Justicia, juez en materia familiar (*Juge des enfants*) y forma parte del comité editorial de la revista *Esprit*.

de insubordinación frente a la fatalidad del caos. Esta sacralización del orden –continúa el autor– se funda en la infracción que justifica el juicio, ya que mediante el juicio se pretende exorcizar la vulnerabilidad del grupo social puesta en evidencia con la infracción o el conflicto. Lo que busca la sociedad con la sacralización del espacio judicial es la conquista del orden. Para Antoine Garapon, esta suerte de cosmogonía del espacio judicial traduce la preeminencia del orden sobre la trasgresión, la subordinación del individuo a lo social<sup>8</sup>. Este sugerente enfoque nos permite adentrarnos en el significado social profundo de la audiencia conciliatoria en tanto hecho social total. Después de presentar la recreación de una audiencia conciliatoria a partir de una observación que podríamos definir como de primer grado, haremos un ejercicio de contextualización de algunos elementos identificados<sup>9</sup>.

### A. Perdonar es actuar de manera honorable<sup>10</sup>

El Juzgado de Paz y Conciliación Indígena de Zinacantán es un edificio cuyo estilo arquitectónico colonial, evidente en los arcos de la fachada, los materiales y los colores, contrasta con el resto de las construcciones de la cabecera municipal. Es un edificio que combina los colores crema y terracota y tiene grandes puertas de madera. La pieza principal es la sala de audiencias, un espacio grande con muros blancos y el techo alto. La loseta café del piso refleja las bancas de madera. Hay entre siete y ocho hileras de bancas separadas por un espacio que permite la circulación y el acceso a los escritorios destinados a las autoridades tradicionales y al Juez de Paz. Otras dos salas mucho más pequeñas albergan, una, la secretaría y los archivos; la otra las oficinas del juez titular y el juez suplente.

Es medio día. La audiencia conciliatoria está presidida por el juez titular y un regidor plurinominal del ayuntamiento. El comandante<sup>11</sup>, el

---

8 Antoine Garapon (1997), *Bien juger...*, op. cit., pp. 43-45.

9 Los diferendos objeto de las audiencias conciliatorias presentadas en este trabajo son conflictos familiares. Este tipo de conflictos son muy frecuentes y se encuentran, además, cargados de elementos rituales. El objetivo de la descripción de la audiencia conciliatoria no es el de presentar el conflicto como tal y su solución; se pretende restituir, en la medida de lo posible, el ambiente general de la audiencia, el movimiento de personas en la sala de audiencias, los gestos, etcétera. Nos basamos para este efecto en notas de campo.

10 Z20. 6 de agosto de 2001, RSV vs. PSP, controversia familiar.

11 En Zinacantán, los comandantes no son militares ligados al Ejército, pues forman parte del sistema de autoridades de la comunidad. Se encargan de garantizar el orden y sus funciones están estrechamente ligadas al funcionamiento del Juzgado de Paz y Conciliación Indígena.

secretario de acuerdos y un *mayol* están sentados en un escritorio, originalmente destinado para las “Autoridades Tradicionales”<sup>12</sup> y situado de manera perpendicular al escritorio ocupado por el juez y el regidor. Siete hombres, seis mujeres, un niño de 6 años y dos bebés se encuentran repartidos en las primeras hileras de bancas, aunque algunas personas están de pie.

Un joven –*el marido infractor*– coloca tres botellas de Coca-Cola frente al juez y al regidor que presiden ese día la audiencia. Se dirige en seguida hacia una joven –*la esposa ofendida*– y le habla en voz baja; al hablarle inclina la cabeza hacia abajo. *Le está pidiendo perdón*<sup>13</sup>. La joven mujer está sentada y le replica en voz más alta. *Ella no quiere perdonarlo*. El juez toma la palabra y enseguida lo hacen las demás personas presentes en la sala. Los varones en su mayoría están fumando y se dirigen a las dos autoridades que presiden la audiencia. Entre tanto, el joven sigue hablándole a la joven mujer en voz baja y con la cabeza hacia el piso. La joven no lo voltea a ver en ningún momento. *Ella no lo quiere perdonar porque él le pega*. Varias personas entran y salen del juzgado sin que eso genere interrupción de la audiencia. Después de pasados varios minutos en la misma situación, el joven se arrodilla frente a la mujer y le sigue hablando de la misma forma. El juez toma la palabra en varias ocasiones. *Insiste en decir que hay que vivir en armonía, afirma que el joven marido debe tomar en cuenta todo lo que se le está diciendo y que si llegara a reincidir se tomarían medidas mucho más firmes*. Los asistentes parecen aprobar, con gestos de asentimiento, las palabras del juez. El juez le habla a la joven y sólo en ese momento el esposo, que seguía hablando en voz baja, guarda silencio. *El juez le pide considerar que su marido se está humillando frente a todo el mundo y le pide no ser tan orgullosa*. La joven mujer le responde al juez de manera firme y con la frente en alto. Otra mujer mayor toma la palabra y se dirige al juez. *Es la madre de la joven, que dice que cada vez que se da un pequeño problema en la pareja, el marido de su hija no la deja dormir en la cama*. Al mismo tiempo, el joven se acerca a un hombre mayor y le habla en la misma

12 En la audiencia conciliatoria, los zinacantecos no hacen distinción alguna entre las funciones de los jueces (titular y suplente) y las del resto de las autoridades presentes. Así, el espacio destinado a los jueces por los diseñadores y arquitectos del juzgado, es igualmente utilizado por el resto de las autoridades que participan en la audiencia.

13 La información referida en cursivas no se desprende de la observación, dado nuestro insuficiente manejo de la lengua tzotzil, sino de los comentarios de nuestros informantes y de entrevistas efectuadas al término de las audiencias.

actitud, en voz baja y con la cabeza inclinada. *Es su suegro y también le pide perdón.* La joven mujer sigue firme. *Ella quiere separarse de su marido y ocuparse sola de sus hijos.* El joven se había levantado y se volvió a acercarse a la joven mujer; de nuevo estaba arrodillado. En el fondo de la sala se escuchan los ronquidos de un señor que se quedó dormido en la última fila. La discusión parece subir de tono, todo mundo se agita y habla al mismo tiempo. El joven acusado parece muy cansado, como si le costara trabajo mantenerse de pie. El escritorio del juez le sirve de apoyo. Son las 2:30 de la tarde y se deja sentir una relativa calma en la sala. De pronto una decena de hombres irrumpen en la sala y se dirigen hacia el juez y el regidor. Son hombres de edad avanzada, que tocan la cabeza del juez y del regidor con el dorso de la mano, hablan un momento con ellos y se retiran enseguida (hay un incendio y solicitan la presencia de algún funcionario del juzgado en el lugar de los hechos). Después de la interrupción, la audiencia retoma su curso y el juez se vuelve a dirigir a la joven mujer. *Le dice que en la familia la mujer se encarga de los hijos y el hombre va a trabajar; insiste en que ella no podrá hacer todo eso sola, que es mucho trabajo y que no debe tomar una decisión precipitada de la que cuatro días más tarde se arrepienta.* El juez y posteriormente algunos de los asistentes a la audiencia se dirigen al padre de la joven. *Le dicen que trate de hacer entrar en razón a su hija, que le haga ver que es mejor aceptar las disculpas de su marido.* El padre les responde. *Dice que son sólo ellos y el juez los que deben decidir.* Las discusiones continúan...

El juez tomó notas desde el principio de la audiencia y ahora las toma con mayor frecuencia. El padre de la joven mujer se levanta, se acerca al juez y le entrega algunas facturas. El juez hace la suma de las cantidades. Enseguida, el padre de la joven mujer toma dos botellas de Coca-Cola que estaban en el piso, al lado de su hija, y las coloca al lado de las otras tres botellas que el muchacho había puesto frente al juez y al regidor al principio de la audiencia. *Ésta es una señal incontestable de la solución del conflicto; en efecto, la joven mujer había perdonado a su marido.* El juez entrega sus notas al secretario de acuerdos, quien se retira a la oficina contigua para elaborar el acta conciliatoria. Un *mayol* destapa las botellas de Coca-Cola y las reparte entre todos los asistentes a la audiencia. Algunos beben el contenido, otros lo vierten en una botella vacía que llevaban para el efecto. Una vez que las botellas están vacías, los envases son depositados frente al juez y al regidor que presidían la audiencia. El joven marido recoge las botellas vacías y

en ese momento todo el mundo se levanta de sus lugares. La mayoría se va y otros se quedan en la sala. *Esperan a que el acta conciliatoria les sea leída y entregada a las partes.*

Desde un punto de vista antropológico la audiencia conciliatoria es un ritual. Un ritual ligado a concepciones sobre el rol del ser humano sobre la tierra, y un ritual compuesto de fragmentos que tienen una función particular en la orquestación general. Estos dos aspectos serán abordados a continuación.

Cosmogonía, ritual y derecho forman un conjunto de significados. Con el fin de esclarecer este aspecto abordaremos, en un primer momento, la relación entre la cosmogonía y el ritual, para pasar, en un segundo tiempo, al ritual jurídico.

### ***B. De la cosmogonía al ritual jurídico***

Toda tentativa de aproximarse a la alteridad conlleva una serie de riesgos. Para Mondher Kilani,

*... [en] la tarea de decodificación del otro que resulta de la comunicación entre dos sistemas culturales diferentes, cada uno de ellos [...] ajusta la mirada sobre las nuevas realidades a partir de su cultura propia<sup>14</sup>.*

El observador ajeno al contexto cultural tiende a errar en la interpretación de la verdadera naturaleza de lo que observa, puesto que hace la interpretación a través de los lentes de su propia “verdad”. El acercamiento al fenómeno observado se hace a través de un sistema de valores propio. Esta situación, más cercana al malentendido, de acuerdo con Jean-François Baré es característica de todas las situaciones de contacto. El malentendido es una etapa necesaria de la comunicación entre culturas; incluso el autor nos dice que el malentendido es provechoso en la medida en que les confiere sentido a las cosas<sup>15</sup>. En efecto, el camino hacia la decodificación de un fenómeno observado, en tanto ajeno al contexto en el que dicho fenómeno se produce, no es un camino

14 Mondher Kilani (2000), *L'invention de l'autre. Essais sur le discours anthropologique*, Dijon-Quetigny, Ediciones Payot-Lausanne, p. 123.

15 Jean-François Baré (1985), *Le malentendu pacifique. Des premières rencontres entre polynésiens et anglais et de ce qui s'ensuivit avec les Français jusqu'à nos jours*, Paris, Hachette, p. 8.

sencillo, dado que hay que profundizar en la reflexión y trascender el malentendido de inicio.

Considerar a la cosmogonía como una teoría particular de cada pueblo en lo que concierne a la explicación de la formación del universo, nos permite tratar de abordar en cierta medida la complejidad de las creencias, en este caso el de la solución de conflictos de los pueblos indígenas estudiados. Johanna Broda define la cosmogonía como la visión estructurada en la que se combinan de manera coherente nociones sobre el medio natural y el cosmos en el que se sitúa la vida del ser humano<sup>16</sup>. La cosmogonía es concebida desde una perspectiva holística, en el sentido de que se manifiestan las creencias más profundas de los pueblos y estas creencias se concretan, de alguna manera, en los diferentes aspectos de la vida social. Así, el ritual resulta, en primera instancia, el elemento más concreto y visible para el observador. Además, contrariamente a las narraciones mitológicas, que no son necesariamente conocidas por los miembros de la comunidad, el ritual se caracteriza por una activa participación social. La cosmogonía y las creencias se ven reflejadas en el ritual, que tiene la característica de encontrarse entre la afirmación de las creencias y la acción. El ritual convoca directamente a los participantes en acciones; de esta manera, ellos orientan el complejo proceso de la reproducción social. Las transformaciones que presenta un sistema ritual pueden ser reconstruidas por el análisis de estructuras simbólicas y por la lógica interna de los rituales. De igual forma, pueden identificarse las diversas adaptaciones y los elementos relativamente constantes a través de las épocas. El ritual no debe ser concebido como una estructura estática; de hecho, las cosmogonías o creencias que subyacen al ritual tampoco son conformaciones monolíticas. Pasemos ahora a la relación que se puede establecer entre cosmogonía y derecho, precisamente por medio del ritual.

Étienne Le Roy, por mucho tiempo director del Laboratorio de Antropología Jurídica de París (LAJP) nos dice al respecto:

*[Los] rituales no son monopolio de las religiones. Aun cuando éstas los multiplican [...] sus modelos se encuentran presentes más allá de la práctica religiosa. [...] Los rituales son prácticas regu-*

---

16 Johanna Broda (2001), "La etnografía de la fiesta de la Santa Cruz: una perspectiva histórica", en *Cosmovisión, ritual e identidad de los pueblos indígenas de México*, Felix Báez-Jorge (coord.), México, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, Fondo de Cultura Económica, p. 166.

*ladas que tienen una función y una virtud ‘performatrice’, entendiéndose por ello que dichas prácticas tienen por objeto la obtención o la realización de algo específico. Frecuentemente se retiene del ritual la forma convenida y estrictamente determinada del acto o del comportamiento. Se soslaya la parte de fluidez, ductilidad, indeterminación, por lo menos parcial, de toda situación social de la que, por cierto, hablaba Pierre Bourdieu refiriéndose al habitus y que se aplica a la solución de conflictos como a toda otra actividad. [...] Los rituales acompañan toda la fase procesal, desde la apertura de la audiencia con la instalación del juez y sus auxiliares, hasta la aparición del acusado, la distribución de la palabra, la presentación de los testimonios [etcétera]<sup>17</sup>.*

Si el ritual es abordado como un conjunto de prácticas con carácter sagrado o simbólico, que constituyen una manera habitual de hacer las cosas, el proceso judicial de la audiencia conciliatoria puede ser analizado como un ritual. El ritual de la audiencia conciliatoria constituye una integralidad compuesta de un gran número de elementos que traducen el “ser” comunitario. Antoine Garapon lo aborda en los términos siguientes:

*El ritual judicial es al mismo tiempo una puesta en escena de la finitud del mundo sensible en el que los intereses son antinómicos y los seres humanos están divididos, y una anticipación de la perfección. Le restituye a un pueblo sus valores, su pasado y su derecho. Les recuerda a todos –jueces y partes– la armonía por alcanzar. Sin la ayuda del símbolo y del ritual, el derecho no sería más que una idea irreal o ilusoria: requiere del símbolo para ser transformado en experiencia concreta. Lo que el ritual expresa es el ‘todo’ del derecho, es el estado del derecho antes de que se disperse en una multitud de normas [...] Cada cultura podrá articular de manera diferente estos elementos; poco importa. Lo esencial no está en la articulación sino en el esfuerzo de organización de lo real<sup>18</sup>.*

Este texto no tiene por objeto hacer un análisis profundo y exhaustivo del ritual en las audiencias conciliatorias. Se trata simplemente de

---

17 Étienne Le Roy (2004). *Les Africains et l’institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, París, Dalloz, pp. 38-39.

18 Antoine Garapon (1997). *Bien juger...*, op. cit., pp. 69-70.

poner de manifiesto la particularidad de ciertas prácticas, que serán estudiadas en la medida en que nos permiten acceder a un nivel de decodificación de las audiencias conciliatorias que nos ocupan.

### *C. Elementos y momentos del ritual de la audiencia conciliatoria*

Para el desarrollo de este tema nos inspiramos en el libro de Étienne Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice* (Los africanos y la institución de la justicia), principalmente en el primer capítulo. Esta lectura nos conduce a distinguir algunos elementos que una primera aproximación a la audiencia no hacía evidentes. Estos aspectos pueden ser recontextualizados en un conjunto de significación más amplio.

#### *1. El comportamiento verbal*

Entre las reglas que determinan el ritual al momento de la audiencia conciliatoria se encuentran las reglas del comportamiento verbal. Incluso la relación entre justicia y palabra es consustancial, si tomamos en cuenta algunos léxicos de términos jurídicos en los que impartir justicia consiste en “*decir lo que es justo*”<sup>19</sup>.

El antropólogo Gary Gossen, que analizó la cosmogonía, el simbolismo y el comportamiento verbal de los tzotziles de San Juan Chamula, distingue tres tipos de palabras<sup>20</sup>: las palabras del *lenguaje común*, que no están sujetas a ninguna restricción de estilo, forma o estructura; las palabras *puras*, que corresponden al lenguaje ritual y cuya utilización obedece a restricciones contextuales y formales. Son palabras destinadas a ser formuladas en momentos bien determinados, cantos, plegarias, leyendas, etcétera. Finalmente, Gary Gossen se refiere a las palabras *marginales* o *intermediarias*, que forman parte de la categoría del “lenguaje para las personas cuyos corazones están excitados o acalorados”<sup>21</sup>. Estas palabras traducen la exaltación del que habla; no son ni completamente abiertas como las pertenecientes al lenguaje común, ni completamente cerradas como las palabras puras del lenguaje ritual. Las palabras marginales implican una actitud de excitación, de emoción por parte de quien las pronuncia. Es pues la exaltación, el “co-

19 Antoine Garapon (1997). *Bien juger...*, *op. cit.*, p. 131.

20 Gary Gossen (1990). *Los Chamulas en el mundo del sol*, México, Dirección General de Publicaciones del Consejo General para la Cultura y las Artes – Instituto Nacional Indigenista, p. 73.

21 *Ibid*, pp. 73-76.

razón acalorado”<sup>22</sup> el que distingue estas palabras de las del lenguaje común. La categoría de las palabras marginales se caracteriza por las redundancias; los tzotziles las asocian al aumento de calor espiritual. Se trata de una repetición de palabras, de frases, que finalmente se encuentran en la base de las palabras puras pero que, contrariamente a estas últimas, no pueden ser anticipadas.

La cosmogonía de los pueblos tzotziles en general y de los tzotziles de San Juan Chamula en particular, se basa en la primacía del calor. Antes del orden reinaba la frialdad, la feminidad, la bajeza; después vinieron el calor, la masculinidad y la altura. El sol masculino, nacido del vientre de la luna, femenina, fue asesinado por las fuerzas del mal y de la oscuridad. De ahí se elevó hasta el cielo como fuente de vida y de orden. El sol simboliza la fuente de calor de la tierra. Los días, los intervalos entre días festivos, las estaciones y los años se miden por ciclos crecientes y decrecientes de calor<sup>23</sup>; lo que se opone al orden se encuentra simbolizado por la fría oscuridad, reino de los demonios. El ciclo vital es concebido como un ciclo de aumento del calor a partir del frío inicial.

De la misma manera, el lenguaje y los aspectos rituales tienen una calidad metafórica de calor. El estilo poético, reiterativo, de las frases, los cantos, las fórmulas rituales expresan el calor del corazón. El tabaco, el aguardiente, el incienso, las velas y los fuegos artificiales se consideran como productores de calor. Para los chamulas lo que está caliente, de manera general, es potente, maduro, creador de vida, pero este calor creador puede igualmente tornarse en altamente peligroso cuando es excesivo o no está controlado. El ejemplo más frecuente es el cómo se califica el comportamiento agresivo e incontrolado de quien se encuentra en estado de ebriedad<sup>24</sup>.

Volviendo a la categoría de las palabras utilizadas en las audiencias conciliatorias, Gary Gossen postula que las expresiones verbales relativas al orden social siguen un esquema cíclico caracterizado por la reiteración de frases, metáforas, palabras e ideas. Así, el orden social estaría asegurado por la repetición de la referencia a modelos de comportamiento, asegurando la transmisión y cabal comprensión median-

---

22 *Ibid.*, p. 76.

23 *Ibid.*, pp. 59-60.

24 *Idem.*

te dicha repetición. La repetición constituye entonces un rasgo característico de los géneros marginales<sup>25</sup>. Esta categoría impone una serie de restricciones al comportamiento verbal en cuanto al contenido, la forma y el lugar. Dichos géneros marginales se utilizan en contextos de aprendizaje, de agravio al orden social o de su rectificación. De esta manera, Gary Gossen incluye en esta categoría al lenguaje utilizado en el juzgado. En el juzgado, la narrativa discursiva es formal, emotiva y llena de redundancias para intensificar el mensaje. Esa narrativa está estructurada para denigrar públicamente a los que enturbian el orden. Gossen considera que el aspecto más importante de la sanción viene de la humillación verbal y pública<sup>26</sup>. Los *ires* y *venires* efectuados por el joven marido a lo largo de la audiencia ilustran este aspecto. Él les pide perdón a su compañera y a los padres de la misma, y parece dirigirse a ellos por medio de cortas plegarias o recitaciones. Las repeticiones que hacen las autoridades y las partes en conflicto llegan a resultar sorprendentes para un observador ajeno.

## 2. Las interacciones

En nuestro trabajo de campo identificamos tres diferentes tipos de interacciones. Se trata de interacciones entre el público y las partes, entre las diferentes autoridades, y finalmente entre el público y las autoridades.

### a. Interacciones entre el público y las partes en conflicto

Étienne Le Roy establece que “en todo juzgado existen jerarquías, roles y estatus que se manifiestan”<sup>27</sup>. En el caso de los tzotziles, no se trata de individuos aislados que comparecen sino de miembros de colectivos sociales. En las audiencias conciliatorias observadas, las mujeres comparecen acompañadas de sus hermanos y parientes. Por lo general, los padres y hermanos de las partes, cuando asisten, cumplen un papel fundamental en el desarrollo de la audiencia. Además de la familia, las partes en conflicto comparecen acompañadas de amigos que, de igual forma, intervienen en el desarrollo de la audiencia. Ésta es una manifestación de la solidaridad con familiares y amigos pero, sobre todo, es una manifestación que refleja la implicación colectiva en el conflicto,

25 *Ibidem*, pp. 97-98.

26 Gary Gossen (1990). *Los Chamulas en el mundo del sol*, op. cit., pp.59-60.

27 Étienne Le Roy (2004). *Les Africains et l'Institution de la justice...*, op. cit., p. 36.

la regulación comunitaria de la sociedad. Se trata de un apoyo moral y afectivo pero se trata igualmente de un apoyo que, por el tipo de intervención, de argumentación y de testimonios, puede ser decisivo en la solución adoptada. Como parte en conflicto, presentarse solo en una jurisdicción como el Juzgado de Paz y Conciliación Indígena puede resultar sin duda una gran desventaja.

### *b. Interacciones entre autoridades que presiden la audiencia*

De acuerdo con lo que pudimos observar, entre dos y seis autoridades presiden las audiencias: jueces, regidores, comandantes, etcétera. En principio, la función principal corresponde a aquel que ha sido designado juez, pero las demás autoridades intervienen sin limitación alguna; dan su opinión, aconsejan a las partes, insisten sobre algún punto, hacen preguntas, dan ejemplos, introducen en la discusión elementos de interpretación que orientan o cambian el desarrollo de la audiencia. De *facto*, el juzgado funciona de manera colegiada.

En Zinacantán, las autoridades que con más frecuencia presiden las audiencias en el Juzgado de Paz y Conciliación Indígena son el juez titular y el juez suplente, algunos regidores plurinominales y el agente municipal del paraje de donde son originarias las partes en conflicto. En San Juan Chamula, las autoridades presentes son el juez titular y el suplente, así como los comandantes, titular y suplente. Por lo general, tanto en el caso de Zinacantán como en el caso de San Juan Chamula, antes de presentarse al Juzgado de Paz y Conciliación Indígena, las partes en conflicto ya estuvieron con anterioridad frente al agente municipal de su paraje, quien conoce bien a las personas que se encuentran “bajo su jurisdicción”. El agente del paraje siempre aporta información y testimonios importantes para el juez. Teóricamente es el juez titular quien lleva las riendas de la audiencia y el que orienta la decisión; en ausencia del juez titular será el juez suplente el que tome la dirección de la audiencia. Sin embargo, la observación demuestra que la personalidad de las autoridades influye mucho. Frente a un juez suplente reservado, un regidor más extrovertido dirigía la audiencia. En Zinacantán, durante el período observado, era el juez suplente el que tomaba las notas para la posterior redacción del acta conciliatoria. En San Juan Chamula, era el juez quien daba verbalmente las indicaciones al Secretario de acuerdos o a la mecanógrafa para que elaborasen el acta conciliatoria.

### *c. Interacciones entre el público y las autoridades*

Los vecinos, la familia y los conocidos de las partes que asisten a la audiencia garantizan en cierta medida la veracidad de los hechos que son expuestos: asisten de igual modo como terceros con algún interés. El público en general es muy activo en la aportación de testimonios, en la interpretación de los hechos y, después de la audiencia, en vigilar que se respeten y cumplan los acuerdos logrados.

Esta triple serie de interacciones caracteriza el funcionamiento de esta justicia, principalmente porque pone en evidencia la catarsis social, la “sanación” del colectivo y la manera como se trasciende el conflicto.

### *3. Gestos y ritos dentro del ritual conciliatorio*

La audiencia conciliatoria puede ser calificada, desde nuestro punto de vista, como un ritual conciliatorio. En el desarrollo de la audiencia pueden ser identificados algunos elementos que representan ritos, algunas veces independientes unos de otros. Asociados a la solución de conflictos, estos ritos se desarrollan a lo largo de toda la audiencia conciliatoria y se orientan hacia un objetivo común que es el restablecimiento del orden. Arrodillarse para pedir perdón, disponer las botellas frente a las autoridades y beberlas al final de la audiencia, leer el acta conciliatoria, son gestos que estructuran los ritos observados a lo largo de las audiencias.

#### *a. La petición de perdón*

La audiencia se desarrolla frecuentemente en torno a la petición de perdón. En tanto que reconciliación ritual, esta secuencia puede ser claramente identificada en el desarrollo mismo de la audiencia. Si una de las partes reconoce ser culpable, la reconciliación pasa por la ceremonia de petición de perdón<sup>28</sup>. La parte ofensora, por lo regular el hombre en los conflictos conyugales observados, ofrece a la parte ofendida una botella de aguardiente o de refresco y le ruega olvidar la ofensa. Su comportamiento se caracteriza por una actitud de sumisión: recita repetidamente frases rituales y permanece con la cabeza inclinada hacia el piso. El ofensor acepta pasivamente los insultos y recriminaciones, particularmente de la parte ofendida, y frecuentemente se arrodilla frente a ella. La parte ofendida, cuando haya obtenido promesa de

---

28 “La solicitud formal de perdón” es un aspecto abordado por Jane F. Collier (1995). *El derecho Zinacanteco. Procesos de disputar en un pueblo indígena de Chiapas*, México, CIESAS-UNICACH, pp. 49-51.

buen comportamiento futuro, deberá “enfriar su corazón” poco a poco y aceptar las disculpas, so pena de ser considerada soberbia o altanera y propiciar que se invierta la relación ofensor-ofendido<sup>29</sup>.

El ofensor se encuentra aparentemente en una posición de debilidad en la audiencia. Sin embargo, si toma la iniciativa de solucionar el conflicto, obliga a la parte ofendida a discutir sobre las posibles vías de solución y a aceptar alguna de ellas. La persona ofendida difícilmente puede, sin ser calificada de rencorosa, rechazar una vía de solución considerada pertinente por el resto de los asistentes a la audiencia. Rechazar sistemáticamente una posible solución al conflicto parece ser más grave incluso que los actos cometidos por la parte ofensora, dado que en el fondo lo que está en juego es el restablecimiento de la cordialidad. Cuando la parte ofendida acepta la o las botellas de aguardiente o de refresco, por lo regular depositándolas a su vez frente a las autoridades, manifiesta con ese hecho su voluntad de olvidar el incidente y perdonar la ofensa sin guardar, en principio, rencor alguno. La aceptación de la botella marca la reconciliación de las partes en conflicto y el restablecimiento real o simbólico de las relaciones entre las partes<sup>30</sup>.

La solicitud de perdón es una forma de ponerle fin a cualquier tipo de conflicto o disputa entre personas cercanas. Supone que la persona que solicita el perdón admite haber cometido la ofensa que originó el conflicto. Por tal motivo toma la iniciativa de buscar una solución. De esta manera, adopta voluntariamente un estatus particular, el de la parte ofensora, y le atribuye a su contraparte el estatus de parte ofendida. Jane Collier nos dice que la solicitud de perdón coloca a la persona ofendida bajo el signo de la irreprochabilidad. La dimensión de la ofensa motivo del conflicto determina el que el ofensor se comprometa a tener simplemente un comportamiento mejor, o a respetar y cumplir derechos y obligaciones futuros muy específicos.

Cuando la botella, originalmente de aguardiente y en la actualidad de refresco, es aceptada, eso quiere decir que la parte ofendida concede el perdón a su ofensor. Después de esto se pasa a la repartición de la bebida, también como un elemento importante del ritual.

---

29 *Ídem.*

30 *Ídem.*

### *b. El ritual de la bebida*

Cualquiera que solicite de manera formal el perdón, un préstamo, un servicio, etcétera, de alguien, debe ofrecer una botella de aguardiente a la persona a quien se lo solicita. Aceptar la botella implica que la persona se compromete en el sentido de la solicitud; el reparto que se hace de la bebida indica la aceptación generalizada y que el acuerdo está logrado.

El ritual de la bebida solía estar muy reglamentado. El hombre más joven de la reunión debía servir la bebida en un vaso pequeño y ofrecerlo a cada uno de los asistentes, empezando por el hombre más viejo y terminando por la mujer más joven. Cada persona toma el vaso y bebe el contenido de un solo jalón. El joven lo vuelve a llenar y lo ofrece a la persona siguiente y así hasta el final<sup>31</sup>. Este ritual es una práctica muy frecuente en Zinacantán, en el Juzgado y en diferentes tipos de ceremonias tanto públicas como privadas. Sin embargo, no parece ser tan común en el ámbito del Juzgado de Paz y Conciliación Indígena de San Juan Chamula.

Gary Gossen evoca ciertos aspectos simbólicos de dicho ritual. El principio de igualdad, por ejemplo, se manifiesta en el hecho de que cada participante recibe la misma cantidad de bebida. El principio de jerarquía se manifiesta doblemente –por sexo y por edad– dado que la bebida es distribuida empezando por los hombres de edad más avanzada o los que tienen un estatus superior y terminando por las mujeres más jóvenes. El alcohol evoca igualmente el calor, que es un elemento propicio para la interacción de los seres humanos, entre ellos y con las divinidades. Finalmente, nos dice el autor, la ceremonia representa la solidaridad, ya que la bebida fue ofrecida y aceptada por los miembros del grupo, que tienen un objetivo o interés común<sup>32</sup>.

Todo asunto tratado con las autoridades de Zinacantán debe ser precedido por el ofrecimiento de una botella de aguardiente o de sus sustitutos, los refrescos. La solución de los conflictos no es la excepción y por ello las partes disponen botellas de aguardiente o refresco frente a las Autoridades, antes de empezar la audiencia. Ese gesto supone que

---

31 Jane F. Collier (1995), *El derecho Zinacanteco...*, op. cit., p. 48.

32 Gary Gossen (1990). *Los Chamulas en el mundo del sol*, op. cit., pp. 224-225.

las partes, implícitamente, piden a las autoridades que escuchen sus problemas y les den consejos para llegar a una solución. La posterior repartición de la bebida simboliza la reconciliación de las partes, el fin del conflicto y la gratitud de las partes hacia las autoridades. Una vez que las botellas vacías son colocadas frente a las autoridades, la audiencia está formalmente concluida y el asunto arreglado.

Es importante señalar que los elementos rituales no necesariamente están ligados sólo a lo que se pudiera calificar de prácticas tradicionales. De hecho, notamos que aspectos como la lectura del acta conciliatoria participan igualmente de un simbolismo ritual.

### *c. La lectura del acta conciliatoria*

Aun cuando la elaboración de un acta conciliatoria al final de la audiencia no se dé de manera sistemática, el momento de su lectura a las partes parece ya integrar ciertos elementos rituales. En el caso de Zinacantán, alguna de las Autoridades, por lo regular el juez suplente, empieza a tomar notas cuando siente que las partes tienden hacia un acuerdo. La mecanógrafa o el secretario de acuerdos mecanografían el documento en una oficina adjunta a la sala de audiencias. Durante ese tiempo, otra audiencia pudo haber empezado y estar en curso. Una vez lista el acta conciliatoria, será leída en voz alta en la oficina adjunta o en la sala de audiencias, interrumpiendo en su caso la audiencia en curso. Las partes, los testigos y las autoridades firman el acta y puede ocurrir que se les den los últimos consejos a las partes. Así, el acta conciliatoria comienza a ser integrada en el ritual de la audiencia. Más allá del aspecto ritual asociado a la lectura del acta conciliatoria, este documento es rico en informaciones relativas a las audiencias. Ese documento refleja por un lado y de manera muy concreta, una visión singular de la justicia, y por el otro, la influencia del derecho de Estado. Pero no podemos terminar este apartado sin mencionar que la audiencia conciliatoria rebasa las particularidades del asunto tratado: el conflicto entre las partes se transforma en una oportunidad de socialización, en una experiencia colectiva.

El acta conciliatoria es un elemento que distinguimos del resto de la audiencia. Aun cuando empieza a tomar cierta importancia y a formar parte de alguna manera del ritual jurídico, sigue siendo un elemento secundario, dado que la elaboración del acta no se hace sistemática-

mente: su elaboración depende de la voluntad de las partes. Se puede también decir que es un elemento secundario porque resulta de una obligación impuesta por el poder judicial del Estado y responde a una cultura de lo escrito, que no necesariamente prevalece en las comunidades indígenas estudiadas.

## **II. La audiencia conciliatoria y el acta: una lectura desde el derecho de Estado**

El objetivo de este apartado es mostrar el espíritu profundamente civilista que prevalece en las disposiciones procesales previstas para su aplicación en los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena. De manera formal, el procedimiento previsto encaja con ciertos principios del desarrollo de las audiencias conciliatorias; sin embargo, una visión diferente de la justicia los separa. Principios como la imparcialidad, la neutralidad, la igualdad de condiciones, la detención justificada, los principios de legalidad y de audiencia, parecen muy alejados de la visión indígena de la justicia y, sin embargo, se trata de principios que fundan las disposiciones previstas para la solución de conflictos en las comunidades indígenas. Detrás de las disposiciones, en principio adaptadas al medio y a las tradiciones indígenas, los principios de una justicia de Estado y de un universo jurídico distinto al de los pueblos indígenas subyacen y buscan imponerse, en detrimento de otras manifestaciones de la juridicidad.

### ***A. Los principios que fundan el procedimiento***

Las normas del procedimiento civil son consideradas normas de orden público: el derecho procesal civil no admite convenio que implique la modificación o renuncia a las normas establecidas. Entre las garantías constitucionales existen disposiciones que se refieren expresamente a los principios de procedimiento que todo juicio debe seguir. Los artículos 14 y 16 constitucionales se refieren a principios fundamentales del procedimiento en general:

*Artículo 14: [...] Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho [...].*

*Artículo 16: Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento [...].*

Estos fragmentos se refieren a los principios de igualdad y de legalidad. El principio de igualdad no es mencionado de manera concreta, pero existe un amplio consenso en la doctrina y en la jurisprudencia en virtud del cual se considera que el artículo 14 constituye el fundamento jurídico del principio *Audiatur et altera pars*, que, estrechamente relacionado con el principio de audiencia, establece que todo individuo tiene el derecho fundamental a ser oído y vencido en juicio. Existen muchos otros principios constitucionales que fundan la legislación en materia de procedimiento, como el principio de no retroactividad de la ley, el principio de gratuidad de la justicia, el principio de que no se aplicará pena privativa de la libertad por causa de deudas civiles, etcétera. Éstos se consideran principios básicos del procedimiento.

El Código de Procedimientos Civiles (CPC) del Estado de Chiapas prevé un capítulo específico para el procedimiento que se debe llevar a cabo en los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena. Las disposiciones aplicables a la justicia indígena establecen la oralidad, conciliación, inmediatez, sencillez, pronta resolución y publicidad como principios rectores de los procedimientos llevados ante los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena<sup>33</sup>.

El *principio de oralidad* consiste en la formulación verbal de las manifestaciones y declaraciones hechas al tribunal. Ciertamente no se puede decir que los principios de oralidad o de escritura sean absolutos, pero se define de una o de otra manera al procedimiento según la preeminencia de alguna de estas dos manifestaciones. El *principio de conciliación* debe privilegiar una solución tomando en cuenta la amigable composición. La conciliación entre las partes deberá ser intentada antes del inicio del juicio. Después de haber oído a las partes, el juez

---

33 “Capítulo II. De las disposiciones aplicables a la justicia indígena.

Artículo 972: En los municipios con población mayoritariamente indígena, el trámite y resolución de los conflictos que surjan entre personas de esos pueblos indígenas, será conforme a sus usos, costumbres, tradiciones y valores culturales, debiendo salvaguardarse la garantía de audiencia y el respeto a los derechos humanos de las partes, pudiéndose aplicar las disposiciones relativas al procedimiento establecidas en el capítulo I de este título.

Artículo 973: El procedimiento se regirá por los principios de oralidad, conciliación, inmediatez, sencillez y pronta resolución”.

deberá proponerles alternativas de solución, pero si las partes no se llegaren a conciliar, el desarrollo del juicio deberá proseguir. El *principio de inmediatez* supone una comunicación directa entre las partes en conflicto y el juez, en las diferentes etapas del procedimiento, tales como los interrogatorios, la recepción de pruebas y los alegatos. El *principio de sencillez* se refiere a la falta de formalidades expresas; la única exigencia es la redacción clara y sencilla de un acta que señale los detalles del conflicto, las opiniones emitidas y las resoluciones adoptadas. El *principio de pronta resolución* contrasta con la lentitud característica de los procedimientos ordinarios seguidos ante los tribunales. El *principio de publicidad*, igualmente establecido por el CPC<sup>34</sup> ofrece la posibilidad, para el público en general, de seguir el desarrollo de la audiencia. Este principio de publicidad es concebido en el derecho civil como una garantía del derecho a la defensa y como un medio de control de la forma en que se imparte la justicia.

Podemos decir que, de manera general, estos principios concuerdan con el procedimiento de solución de conflictos que se lleva a cabo en las comunidades indígenas que hemos mencionado. Sin embargo, el procedimiento de solución de conflictos en dichas comunidades responde a un espíritu muy distinto al civilista que impregna las disposiciones y principios establecidos por el CPC del Estado de Chiapas. El significado que tiene la conciliación en las comunidades indígenas trasciende el ámbito de una amigable composición. El principio de oralidad al que alude el Código palidece frente a un contexto cultural de tradición oral. La publicidad de la audiencia y la participación del público poco tienen que ver, en el ámbito de la justicia indígena, con el control de posibles abusos de los funcionarios del poder judicial. Se relacionan más con la dimensión colectiva que traduce cada conflicto. Pero el desfase entre los principios de procedimiento y la práctica en materia de solución de conflictos en las comunidades indígenas se aprecia con mayor claridad en lo que concierne a la audiencia.

## ***B. La audiencia, una etapa del procedimiento***

La audiencia está íntimamente ligada a los principios de oralidad y de publicidad del procedimiento civil. Del verbo latín *audire*, la audiencia hace referencia al momento del procedimiento en el que el juez oye

---

34 "Artículo 976: Las audiencias para llevar a cabo el juzgamiento serán públicas y podrán asistir a ellas indígenas pertenecientes al pueblo de que se trate".

a las partes. El carácter eminentemente escrito del derecho procesal mexicano explica que la audiencia no concierna más que a la recepción de las pruebas y los alegatos, o a la audiencia previa y de conciliación, particularmente en materia familiar. Uno de los objetivos de la audiencia previa y de conciliación es la de evitar el juicio. El inicio del juicio es precedido por una tentativa de conciliación, que tiene lugar en la oficina del juez y que, como su nombre lo indica, tiene por objeto conciliar a las partes para que lleguen a un acuerdo<sup>35</sup>.

El CPC del Estado de Chiapas prevé en el título XVIII (*De los juicios ante los Juzgados de Paz y Conciliación y los Juzgados Municipales*) las normas relativas al desarrollo de la audiencia de conciliación (artículos 957 a 958)<sup>36</sup>. Insistimos en que todos los litigios que se presenten en los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena se resuelven en la

35 José Ovalle Favela, 1991, *Derecho procesal civil*, México, Harla, p. 116.

36 Artículo 957: Concurriendo los interesados, se abrirá la audiencia y en ella se observarán las siguientes prevenciones:

I. Se dará inicio a la etapa conciliatoria; en ella los interesados no podrán hacerse representar por apoderado. El juez expondrá las pretensiones escuchando a los comparecientes; enseguida deberá exhortarlos para que resuelvan la controversia, proponiéndoles alternativas de solución que considere justas, las que podrán o no ser aceptadas por las partes. En caso de llegar a un arreglo conciliatorio, se hará constar en el acta, la que aprobada por el juez tendrá fuerza ejecutiva y se dará por terminada la controversia;

II. De no lograrse la conciliación, se continuará con el desarrollo de la audiencia; el demandado formulará su contestación en los mismos términos prevenidos para la demanda, si hasta ese momento no lo hubiere hecho. Si plantea reconvencción, lo hará precisamente al contestar la demanda y nunca después, de la que se correrá traslado al actor en el mismo acto para que la conteste de inmediato, o bien, a solicitud del mismo, el juez acordará la suspensión por una sola vez, señalando para su continuación una fecha que no excederá de tres días. Sólo se admitirá reconvencción hasta por el máximo de su competencia. En caso de que la reconvencción rebase su competencia por cuantía, procederá en términos del artículo 944 de este código;

III. Queda a cargo de las partes la obligación de probar sus acciones y excepciones, impulsando para ello su preparación y desahogo en la misma audiencia, salvo los casos previstos en este capítulo, exhibiendo para tal efecto los documentos u objetos que estimen conducentes a sus intereses, y presentando a los testigos y peritos que pretendan sean oídos;

IV. El Juez de Paz y Conciliación procurará la igualdad procesal entre las partes y que todas las pruebas se desahoguen en la audiencia respectiva, salvo que alguna de ellas, por su naturaleza, requiera mayor tiempo para su desahogo;

V. Ninguna excepción suspenderá el procedimiento; sin embargo, si resultare demostrada la procedencia de una dilatoria, el juez lo declarará así desde luego y dará por terminada la audiencia;

VI. Las partes pueden hacerse mutuamente las preguntas que deseen, interrogar a los testigos y peritos y, en general, presentar todas las pruebas que se puedan desahogar en la audiencia;

VII. El juez podrá hacer libremente las preguntas que juzgue oportunas, tanto a las partes como a las personas que estuvieren presentes en la audiencia, y tengan conocimiento de los hechos controvertidos, examinar documentos, objetos o lugares y hacerlos analizar por peritos;

VIII. Las partes estarán obligadas a declarar personalmente, bajo protesta de decir verdad, cuando así lo exigiere la contraria, siempre que lo haya solicitado en la demanda, o contestación en su caso, observándose al respecto las reglas que en el presente Código rigen la prueba confesional;

IX. El juez oírás las alegaciones de las partes, concediendo hasta treinta minutos a cada una, y enseguida pronunciará su fallo en presencia de ellas, salvo lo previsto en el artículo siguiente. Cuando la estimación de las pruebas amerite un estudio más detenido, citará a las partes para oír sentencia, la que deberá pronunciarse dentro del término de cinco días.

Artículo 958: En cualquier estado del juicio y antes de pronunciar el fallo, el juez podrá exhortar a las partes a una amigable composición y si se lograre la conciliación se dará por terminado el juicio.

práctica de manera conciliatoria; por consiguiente, las disposiciones aplicables en caso de no conciliación son letra muerta.

Las disposiciones previstas por la ley para el funcionamiento de los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena son, sin duda, el resultado de un esfuerzo legislativo tendiente a adecuar la legislación a los principios que rigen la solución de conflictos en las comunidades indígenas. Sin embargo no terminan por acercarse a la realidad de un universo jurídico cuyo funcionamiento y principios están lejos de compartir el paradigma civilista de las disposiciones del Código.

### *C. El acta conciliatoria*

Los artículos 957 y 974 del CPC del Estado de Chiapas hacen referencia a la necesidad de redactar un acta conciliatoria al final de la audiencia<sup>37</sup>. Aunque el Código especifique que no existen formalidades particulares que se deban seguir para la redacción del acta, los funcionarios del poder judicial de la ciudad de San Cristóbal de Las Casas, sin tomar muy en cuenta las disposiciones del Código, ejercen una presión sobre los funcionarios de los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena para que las actas cumplan ciertas formalidades. Desde el poder judicial del Estado se organizan cursos de capacitación y se distribuyen formularios para que jueces y secretarios de acuerdos de los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena los respeten. El acta conciliatoria es el único documento que prueba que se llevó a cabo un juicio en dichos juzgados. El registro de los asuntos y su clasificación por parte del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Chiapas se hace a partir de las actas. De allí viene la insistencia por parte de los funcionarios del poder judicial estatal para que esas actas sean sistemáticamente redactadas a fin de dar cuenta de cada asunto. Otro interés que presenta el acta desde un punto de vista jurídico es el de establecer claramente los términos de los acuerdos, permitir recurrir a la fuerza pública para hacer efectivos los puntos de acuerdo no respetados, o servir como documento probatorio en caso de presentar una demanda

---

37 “Artículo 957: Concurriendo los interesados, se abrirá la audiencia y en ella se observarán las siguientes prevenciones:

I: [...] En caso de llegar a un arreglo conciliatorio, se hará constar en el acta, la que aprobada por el juez tendrá fuerza ejecutiva y se dará por terminada la controversia [...].

Artículo 974: Las diligencias que se practiquen no requerirán formalidades de ninguna especie; bastará que en cada caso se levante un acta donde se asienten los pormenores del conflicto, las opiniones emitidas y la resolución pronunciada, de manera clara y sencilla”.

en los Juzgados de primera instancia. En la práctica, ni la fuerza ejecutoria ni la fuerza probatoria del acta conciliatoria se hacen efectivas frente a los Juzgados ordinarios en los que, en completa violación al artículo 957 del CPC del Estado de Chiapas, rara vez se toman en cuenta dichos documentos.

Los artículos 960 y 961 del CPC del Estado de Chiapas establecen los requisitos con los que debe cumplir la sentencia. Una vez más se aprecia el desfase con la práctica, ya que en los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena no existe una sentencia como tal, en la medida en que no es el juez el que impone una decisión: la solución del conflicto resulta de una decisión colectiva. Por lo que se refiere al recurso de apelación previsto en el artículo 961, también parece ser inoperante. Si una de las partes no quiere conciliarse, se ve sometida a una serie de presiones: se expone incluso a ser encerrada por algunas horas a fin de que “reflexione” y esté más dispuesta al diálogo. La conciliación no representa un medio para solucionar un conflicto o una simple etapa del procedimiento: la conciliación es el objetivo buscado, el único medio para solucionar el conflicto.

En la práctica vemos cómo el acta conciliatoria es un documento redactado en español. Al serle leído a las partes, algunos pasajes son traducidos al tzotzil para que partes y asistentes puedan entender el contenido. Las partes, los testigos y las Autoridades deben firmar el documento, aunque numerosos son los casos en los que las huellas digitales sustituyen las firmas. Detrás de un formato determinado, de sellos, de formulaciones propias de los documentos del poder judicial del Estado, las actas conciliatorias que nos ocupan reflejan una verdadera reapropiación de la práctica jurídica de las comunidades. El análisis de las actas conciliatorias consultadas en los archivos de los Juzgados de Paz y Conciliación Indígena de San Juan Chamula y Zinacantán puso en evidencia diferencias en cuanto a la relación con el documento mismo en los dos municipios. Durante el tiempo que estuvimos realizando nuestro trabajo de campo en San Juan Chamula, el documento era elaborado por el secretario de acuerdos –abogado de formación– y el documento cumplía con una serie de formalismos propios del procedimiento judicial<sup>38</sup>. Se trataba de verdaderos pequeños

---

38 Cabe señalar que no se pueden establecer parámetros estáticos o invariables: basta con el cambio de algún funcionario, del juez o del secretario de acuerdos para que las prácticas se vean transformadas.

expedientes. La carátula indicaba el número de expediente, el nombre de las partes, su domicilio, el tipo de asunto (controversia del orden familiar, por ejemplo). Sólo cuando se llega a la lectura de la explicación del caso, o de los acuerdos establecidos, el lector descubre el desfase entre la forma oficial del documento y un contenido que lo aleja de principios tutelados por el derecho de Estado. Este tipo de documentos consigna por ejemplo situaciones de bigamia, la renuncia al ejercicio de la patria potestad, la renuncia al derecho de recibir alimentos, por citar algunos ejemplos.

En Zinacantán la situación es un tanto diferente, dado que durante la audiencia el juez toma notas para la posterior redacción del acta, la mecanógrafa elabora el acta con las indicaciones del juez, y tanto el juez como la mecanógrafa son originarios de Zinacantán. Los tres secretarios de acuerdos que estuvieron en funciones durante el tiempo del trabajo de campo eran consultados por los jueces para cuestiones muy precisas en materia jurídica, pero no tenían una incidencia mayor en la elaboración del documento.

De manera general, la forma del acta conciliatoria se ve modificada, con relación al formulario distribuido en los cursos de capacitación organizados por el poder judicial del Estado de Chiapas, de acuerdo con las personas directamente involucradas en su redacción.

## Conclusión

No es posible comparar la conciliación tal como es concebida y practicada por los pueblos indígenas, con la conciliación judicial. En el ámbito de la justicia de Estado, la conciliación es una etapa prevista, que tiene por objeto evitar el juicio. La fase conciliatoria debe estar a cargo de un “profesional de la justicia”. La conciliación es una etapa preliminar de ciertos juicios. En dicha etapa el juez trata de llevar a las partes a una solución de amigable composición. En los juicios que se siguen a petición de parte, el juez puede tratar de conciliar a las partes en todo momento del procedimiento. Un enfoque de la conciliación en términos de “solución alternativa de conflictos” parece igualmente restrictivo, dado que, de esta manera, la conciliación es valorada únicamente por su eficacia en la solución de conflictos y esto en relación con el modelo judicial. La conciliación observada en nuestro trabajo de campo, como “método” de solución de conflictos, reviste un carácter eminentemente

oral. Este carácter oral le da al *espacio de la conciliación* una serie de simbolismos y códigos; sin embargo, no restringe el espacio conciliatorio al simple espacio del juzgado. La profusión de *foros conciliatorios* dentro y, sobre todo, fuera de la comunidad indígena ilustra bien esta situación<sup>39</sup>. El espacio de la conciliación responde a la exigencia y a la flexibilidad de la oralidad<sup>40</sup>; así, un lugar ordinario se erige en un espacio de significación<sup>41</sup>. El procedimiento conciliatorio, tal y como se presenta en las comunidades indígenas estudiadas, nos remite a la palabre africana en los términos descritos por Jean-Godefroy Bidima:

*¿Qué es la palabre? No sólo un intercambio de palabras: es un drama social, un procedimiento e interacciones humanas. La palabre es puesta en escena, puesta en orden, puesta en palabras*<sup>42</sup>.

La conciliación ES la solución de cualquier tipo de conflicto. Refiriéndonos nuevamente a un ejemplo del contexto africano que en este sentido consideramos esclarecedor, diremos que en el medio indígena la noción de justicia trasciende el campo de lo estrictamente jurídico con el que se le relaciona comúnmente:

*Lo importante no es ser indemnizado o ser sancionado: se trata de restablecer la relación. La palabre se sirve de la verdad para llegar a la paz. La verdad es frecuentemente sacrificada por la paz y de este modo se encubren ciertas verdades para preservar la armonía social. En la palabre, la ratio cognoscendi es una servidora de la razón práctica. Se considera que el orden social fue quebrantado incluso por el inocente, por el que tiene la razón [...] Lo que está en juego no es la justicia que se debe aplicar en favor de un individuo, sino la armonía que debe ser instaurada en el seno de una comunidad [...] Asegura una justicia que va más allá de lo jurídico, de la letra del derecho*<sup>43</sup>.

39 En la ciudad de San Cristóbal de Las Casas, las oficinas de la Subprocuraduría de Justicia Indígena, las de los defensores de oficio y el departamento jurídico de la CDI, entre otros, se vuelven foros conciliatorios a los que acuden espontáneamente indígenas de la región para que los responsables de dichos servicios medien entre las partes en conflicto.

40 Para el tema de la oralidad jurídica consultar también: Étienne Le Roy (1974). "Justice africaine et oralité juridique. Une réinterprétation de l'organisation judiciaire 'traditionnelle' à la lumière d'une théorie générale du droit oral d'Afrique Noire", *Bulletin de l'IFAN*, serie B, n° 3, T. XXXVI, pp. 559-591.

41 Jean-Godefroy Bidima (1997), *La palabre. Une juridiction de la parole*, París, Ediciones Michalon, p. 11.

42 *Ídem*.

43 *Ibid.*, pp. 19-20.

El perdón, como momento ritual importante de la audiencia, ilustra de igual modo la forma en la que se trasciende la esfera interindividual del conflicto:

*El culpable es el que pide perdón, pero para no resultar humillado, su contraparte 'levanta a su hermano caído' [...] El perdón no está destinado a rebajar al que lo pide sino a reinsertarlo en la relación con el otro. El perdón no implica el repliegue de una conciencia culpabilizada que se remite a su fuero interno para reconciliarse con una trascendencia abstracta por medio del remordimiento; implica lo que se abre al otro, lo que exterioriza y restablece el lazo con la inmanencia<sup>44</sup>.*

Los elementos antropológicos abordados aquí para situar la audiencia conciliatoria, incluso dentro del espacio del Juzgado de Paz y Conciliación Indígena, nos permiten diferenciarla de la visión civilista de la justicia estatal. Podemos concluir que la conciliación indígena va más allá de cuestiones de procedimiento y no constituye un medio entre otros para llegar a la solución del conflicto. La conciliación es la finalidad misma; la solución del conflicto no puede ser concebida sin conciliación. El hecho de que la conciliación sea percibida como un medio en la solución de conflictos o que sea percibida como una finalidad, no hace sino interrogarnos sobre las diferentes concepciones de la justicia que cada una de estas visiones vehiculan.

## Bibliografía

- Arnaud, André-Jean (1990). "Repenser un droit pour l'époque post-moderne", *Le Courrier du CNRS*, n° 75, Paris, pp. 81-82.
- Bare, Jean-François (1985). *Le malentendu pacifique. Des premières rencontres entre polynésiens et anglais et de ce qui s'ensuivit avec les français jusqu'à nos jours*, Hachette, París.
- Bidima, Jean-Godefroy (1997). *La palabre. Une juridiction de la parole*, Éditions Michalon, Colección Le bien commun, París.

---

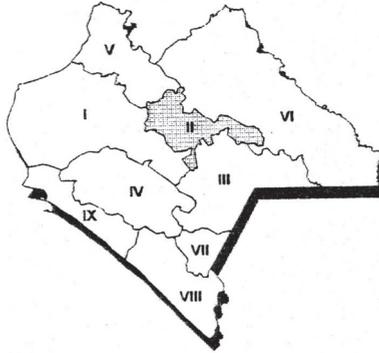
<sup>44</sup> Jean-Godefroy Bidima (1997), *La palabre. Une juridiction de la parole*, Paris, Ediciones Michalon, pp. 20-21

- Broda, Johanna (2001). “La etnografía de la fiesta de la Santa Cruz: una perspectiva histórica”, en *Cosmovisión, ritual e identidad de los pueblos indígenas de México*, Felix Báez-Jorge (coord.), Consejo Nacional para la Cultura y las Artes - Fondo de Cultura Económica, Serie Historia y Antropología, México.
- Collier, Jane F. (1995). *El derecho zinacanteco. Procesos de disputar en un pueblo indígena de Chiapas*, CIESAS - Universidad de Ciencias y Artes del Estado de Chiapas, México.
- Collier, Jane F. (2001). “Dos modelos de justicia indígena en Chiapas. México: una comparación de las visiones Zinacanteca y del Estado”, en *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, León Pasquel Lourdes de (coord.), CIESAS - Miguel Ángel Porrúa, pp. 189-200, México.
- Collier, Jane F. (2004). “Cambio y continuidad en los procedimientos legales zinacantecos”, en *Haciendo justicia. Interlegalidad, derecho y género en regiones indígenas*, M<sup>a</sup> Teresa Sierra (ed.), CIESAS - Miguel Ángel Porrúa, pp. 57-113, México.
- Garapon, Antoine (1997). *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Éditions Odile Jacob, Colección Opus, París.
- Gossen, Gary (1990). *Los Chamulas en el mundo del sol*, Dirección General de Publicaciones del Consejo Nacional para la Cultura y las Artes - Instituto Nacional Indigenista, Colección Presencias, México.
- Kilani, Mondher (2000). *L'invention de l'autre. Essais sur le discours anthropologique*, Dijon-Quetigny, Éditions Payot, Lausanne.
- Le Roy, Étienne (2004). *Les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Dalloz, Serie Regards sur la justice, París.
- Le Roy, Étienne (1974). “Justice africaine et oralité juridique. Une réinterprétation de l'organisation judiciaire ‘traditionnelle’ à la lumière d'une théorie générale du droit oral d'Afrique Noire”, *Bulletin de l'IFAN*, serie B, n° 3, t. XXXVI, pp. 559-591.

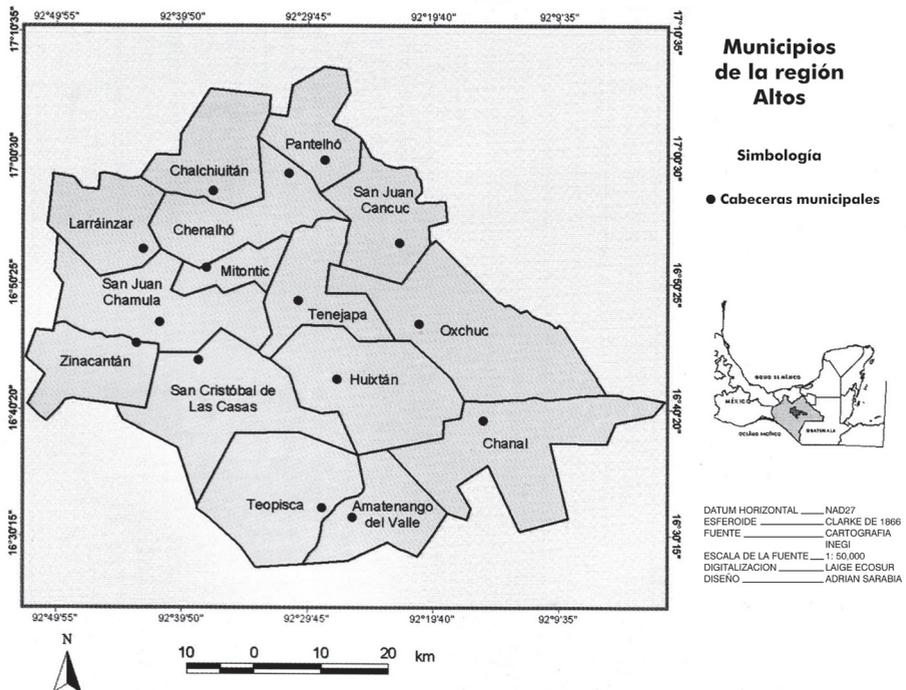
- Ovalle Favela, José (1991). *Derecho procesal civil*, México, Harla, Colección Textos Jurídicos Universitarios.
- Sierra, M<sup>a</sup> Teresa (1988). «Las conciliaciones indígenas», *México indígena*, n° 25, año IV, 2<sup>a</sup> época, México, Instituto Nacional Indigenista, pp. 47-51.



## Regiones del Estado de Chiapas y Región los Altos



## Municipios de la Región Altos de Chiapas



Fuente: Araceli Burguete Cal y Mayor, 2000, *Agua que nace y muere. Sistemas normativos indígenas y disputas por el agua en Chamula y Zinacantán, México*, PROIMMSE – UNAM, p. 55.



# PRINCIPIOS BÁSICOS Y FORMAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA JUSTICIA QUE SE IMPARTE ENTRE LOS PAECES Y LOS WAYÚ COMO FORMA CULTURAL ADECUADA, LEGÍTIMA Y VIABLE PARA RESOLVER CONFLICTOS Y COACCIONAR A SUS SOCIEDADES PARTICULARES

Esther Sánchez Botero<sup>1</sup>

Al recibir la invitación para escribir este artículo, por supuesto llegaron a mi mente muchas ideas, producto de casi 30 años de trabajo continuo en procesos de investigación y desarrollo del proyecto que impulso, denominado “Construcción de entendimiento intercultural”. Para sentarme a escribir se hacía necesario entonces definir qué sería lo que un lector quisiera conocer, o tal vez lo que yo quisiera afirmar. Opté por desarrollar, a través de tres casos, el asunto que me fue solicitado, mostrando cómo se conectan estas resoluciones con la sociedad mayoritaria, no indígena, a través de la jurisdicción ordinaria.

Para iniciar esta reflexión, a partir de algunos ejemplos que tipifican bien los derechos propios y, dentro de éstos, algunas formas de funcionamiento de la justicia que se imparte, es importante recalcar que cada pueblo indígena tiene un derecho propio y con éste, principios y procedimientos que se expresan de modo particular para arreglar asuntos que cada comunidad define como antijurídicos.

---

<sup>1</sup> Colombiana. Antropóloga de la Universidad de los Andes. Ph.D. Facultad de Derecho, Universidad de Ámsterdam. Impulsora del proyecto “Construcción de entendimiento intercultural”. Perito en la Corte Constitucional de Colombia y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Ha publicado numerosos libros sobre el tema con apoyo de la Procuraduría General de la Nación; del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; de la Universidad Nacional. Ha sido profesora de numerosas universidades nacionales e internacionales.

Cuando los *nasa*, que conforman el pueblo indígena llamado *paez* por los blancos, establecieron que un comunitario estaba implicado en el asesinato de su alcalde, que el comunitario se negó a aceptar otro defensor que no fuera un abogado externo al pueblo, y que por ser encontrado responsable de ese asesinato debía ser *futeado*, estaban aplicando los principios y los procedimientos de su derecho propio.

Cuando se reúnen los miembros de un cabildo *paez* para resolver la demanda del pago de prestaciones sociales de un comunitario que trabajaba como conductor de esa institución, definen no aceptar la solicitud para que un abogado defensor externo asista al demandante y también el no pago de prestaciones y horas extras, están aplicando las normas y procedimientos de su derecho propio.

La empresa de explotación de carbón más grande de Colombia, que opera al norte del país, recibe notificación de la Defensora de Familia para que acepte como legal y en el marco del derecho propio wayú, la solicitud que hace en nombre de su clan el hermano de un trabajador muerto, para recibir las prestaciones sociales y el monto del seguro de vida que le corresponden. La Defensora expresa que el hermano del fallecido, en calidad de miembro del pueblo wayú, con cultura distinta y por ende con un derecho propio distinto, está en lo correcto al reclamar ese dinero para su clan.

Cada una de estas actuaciones resulta apropiada para mostrar asuntos conflictivos, y sus soluciones, en una sociedad particular indígena. En cada una están aplicando las normas culturales definidas como adecuadas, legítimas y viables para resolver conflictos y para coaccionar a sus miembros.

## El impacto de la Constitución del 91

Colombia no solamente reconoció la existencia de culturas distintas y, con éstas, del pluralismo jurídico, sino que las valoró al punto de convertir estas expresiones diversas en constitucionales, legales y oficiales<sup>2</sup>. En los dos primeros casos (paeces), se está ante la presencia de

---

<sup>2</sup> Dispuesto en el artículo 7° de la Constitución colombiana, que reconoce la diversidad étnica y cultural de la

comunitarios que demandan asuntos no contemplados en su derecho propio ante la jurisdicción ordinaria. El tercer caso, el wayú, muestra lo que es el derecho propio de un pueblo indígena particular y la coherencia con otros patrones de organización social. Si bien es entendible que no se conozcan estos derechos propios más allá de sus propios pueblos, ellos tienen significado para 102 comunidades distintas, y por ello es necesario detectar los aspectos que reflejen diferencias de visión cultural, como medio para realizar el pluralismo jurídico legal.

Es interesante examinar las normas y procedimientos distintos que se reflejan en el análisis de los casos bajo diferentes aspectos: primero, como legales; segundo, por la posibilidad de que sean aplicados por autoridades con competencia jurisdiccional; y tercero, como normas y procedimientos que no son inmutables, gracias a que demandas internas o apropiaciones o imposiciones externas han logrado su modificación.

Los antropólogos jurídicos parten de la importancia de preservar las expresiones diversas como riqueza cultural. Se defiende este planteamiento no para que se mire a estas expresiones como exotismos de la “cultura”, que se manifiesta de modos distintos en las diferentes sociedades. No. Se resguardan los derechos propios como productos culturales, ya que son el resultado de ideas que surgieron gracias a la existencia de cerebros y lenguajes humanos idóneos para comunicarlas, de modo que se volvieran exitosas y al pasar de un individuo a otro, fueran capaces de convertirse en “epidemias” que trascendieran socialmente y se convirtieran en cultura. Son justamente esos referentes cognitivos diferentes pero compartidos socialmente los que le dan carácter distinto a una sociedad.

Frente a los casos que se van a exponer, es importante entonces mostrar los referentes culturales que revelan el modo como ordenan la vida los paeces y los wayú en las tres situaciones concretas: las sanciones a un sujeto implicado en la muerte de una persona; los servicios y colaboraciones que un comunitario debe prestar a la institucionalidad gubernamental del cabildo; y la sucesión de bienes ante la muerte de un hombre que tenía esposa e hijos pequeños y pertenecía a un clan matrilineal. También es primordial advertir las dificultades que entraña entender esas distintas maneras de ordenar la vida en socie-

---

Nación, y en el Artículo 246, que dispone una jurisdicción especial indígena, plena y en todas las materias, para ejercicio de las autoridades de los pueblos indígenas.

dades distintas, más cuando las personas han sido educadas bajo la idea que el tipo dominante de sociedad es el mejor o el único referente para todas las sociedades, y que aquellos que son distintos pueden ser catalogados como “inferiores”, “atrasados”, “subdesarrollados” “inhumanos” y “en contra de los derechos humanos”.

Es importante resaltar también otros dos asuntos: primero, que por ser colombianos los indígenas tienen derecho a protección en la jurisdicción ordinaria, toda vez que sienten que internamente les ha sido vulnerado un derecho. En estos casos, los indígenas que sacan sus denuncias a la jurisdicción ordinaria corren el riesgo, ellos y sus sociedades, de ser valorados de manera contraria a la política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, por desconocimiento de las claves culturales que se deben reconocer y valorar. El segundo asunto se refiere a que es muy valioso que el dependiente administrativo de una empresa, ante la evidencia de una situación “anormal”, “distinta”, acuda a la jurisdicción ordinaria a fin de recibir apoyo, porque se da cuenta de que la diferencia de comportamiento cultural podría ser, o bien la indelicadeza de una persona indígena, o quizás la manera adecuada de definir asuntos en una sociedad distinta.

### **Forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares**

Nuestro aporte para esta publicación estaría terminado con algunas reflexiones descriptivas que muestren las normas y procedimientos internos que caracterizan estas formas culturales para arreglar conflictos. Sin embargo, hemos considerado importante también mostrar cómo estos casos que salen a la jurisdicción ordinaria, ya que no encuentran respuesta interna satisfactoria, son examinados por los jueces precisamente en función de comprender: a) si las actuaciones de las autoridades son culturales, es decir si se rigen por el derecho propio; b) si se están vulnerando los principios y los procedimientos ajustados a lo establecido internamente; y, c) si infringen los mínimos jurídicos establecidos como inviolables por la jurisprudencia constitucional para todos los nacionales.

Los tres casos son grandes ejemplos de la forma como opera la justicia en estos pueblos, pensada como adecuada, legítima y eficaz para resolver conflictos y coaccionar a sus miembros, bajo el amparo de su cultura.

## Primer caso (paez)

El 19 de agosto de 1996 fue asesinado el alcalde de Jambaló, un municipio indígena situado en el departamento del Cauca, al suroccidente de Colombia. Los gobernadores indígenas de distintos cabildos, convocados por el de Jambaló, lugar donde sucedieron los hechos, acordaron crear una comisión para “investigar y sancionar a los responsables de este asesinato” (Folio 56). Primero ordenaron aprehender a Francisco Gembuel y a cinco personas más, a quienes se les acusaba de haber propiciado la muerte del alcalde, por haberlo señalado ante la guerrilla como paramilitar y por haber sostenido públicamente que él estaba conformando una cooperativa rural de seguridad y había malversado fondos públicos. En segundo lugar se acordó que los acusados serían trasladados a Toribío, para evitar posibles venganzas contra ellos (Folios 57 y 58).

La comisión recibió el testimonio de Francisco Gembuel (Folio 59) y la ampliación de su indagatoria (Folios 87 y ss.) y recogió los testimonios de varios miembros de la comunidad. Gembuel, por su parte, no quiso controvertir a los testigos y simplemente manifestó que había interpuesto una acción de tutela para proteger su derecho de defensa, y que tan sólo acataría lo que se dispusiera en ese proceso (Folio 145).

La comisión citó a Asamblea Comunitaria, que decidió que el sindicado era culpable y dio lectura a los castigos: 60 fuetazos (2 por cada cabildo), expulsión y pérdida del derecho a elegir y ser elegido para cargos públicos y comunitarios (Folio 157). En el momento de proceder a la ejecución de la pena del fute, los familiares de Gembuel y algunos miembros del casco urbano iniciaron un gran desorden, circunstancia que llevó al Gobernador a suspender la ejecución de la sanción y posponerla.

A su turno, el juzgado de primera instancia de la justicia ordinaria concedió la tutela al actor con base en los siguientes argumentos:

*... el derecho de defensa había sido violado, en el sentido de no permitirle al demandante ser defendido por un abogado; se ha-*

*bía violado la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8, literales b, c, d, e y f), así como el art. 29, inciso 4 de la Constitución. Este derecho no puede ser tenido en cuenta sólo en la jurisdicción ordinaria, sino que también se exige su cumplimiento en las jurisdicciones especiales. El demandante no tuvo la oportunidad de conocer al acervo probatorio, ni de controvertir las acusaciones contra él...*

*[...]*

*La pena que le impuso la comunidad a Gembuel constituye una práctica de tortura, porque se trata de un “acto que causa a otro dolor y sufrimiento grave, física y mentalmente, el que se da en razón de un castigo”. La tortura, de acuerdo con la Sentencia T-349 de 1996, proferida por la Corte Constitucional, constituye uno de los límites a la autonomía de las comunidades indígenas.*

Según Gembuel en las declaraciones (Expediente, p. 198), “ésas no son formas tradicionales, o no son de la tradición”, “no se hizo en el despacho del Cabildo, como es costumbre” y “esos castigos no existían”.

## **Segundo caso (paez)**

Vitelio Velasco, comunero de un cabildo, que trabajó como conductor del camión de la comunidad entre agosto de 1998 y diciembre de 2001, instauró demanda laboral ante el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao, en el departamento del Cauca. Por la calidad del demandante, tesorero del cabildo indígena, se propuso colisión de competencia por conflicto de jurisdicciones, para que el asunto fuera remitido a la jurisdicción especial indígena, petición que el juzgado negó y ordenó continuar con el trámite del proceso. El 16 de junio de 2006 se dictó sentencia en la que se condenó al cabildo indígena al pago de sumas de dinero por acreencias laborales, como cesantías, primas, indemnización moratoria, etc. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de la ciudad de Popayán, capital del departamento, al resolver el recurso de apelación propuesto, confirmó el fallo del Juzgado.

Seleccionada para revisión de la Corte Constitucional<sup>3</sup>, el magistrado ponente, Manuel José Cepeda, pregunta sobre los principios y procedimientos “laborales” en el marco de la cultura paez, Cabildo de La Laguna.

### **Tercer caso (wayú)**

El jefe de asuntos laborales de la empresa de explotación de carbón más grande de Colombia, que tiene su zona de operación al norte del país, fue visitado por el hermano de un hombre muerto, que trabajaba para dicha empresa, con el objeto de reclamar los recursos económicos heredables.

El hermano del muerto adujo su condición de indígena wayú. Dado que el jefe era mestizo, pero sabía que efectivamente el muerto era un hombre wayú, casado y con hijos pequeños, antes de actuar optó por solicitar información a la Defensora de Familia, para que le informara sobre los derechos de sucesión dentro del derecho propio wayú<sup>4</sup>.

### **Normas y procedimientos aplicados en el primer caso (paez)**

Es importante conocer, según el pueblo y el caso, los asuntos específicos que manifiestan la etnicidad y la cultura en la administración de justicia:

- Si el implicado es un indígena.
- Si es reconocido como miembro del pueblo paez y de la parcialidad de Jambaló.
- Si la Comisión para investigar es propia y culturalmente compartida dentro de este pueblo.
- Cómo se ejerce en este pueblo el derecho de defensa.
- Si las actuaciones de las autoridades, al conformar una Comisión para la investigación, irrespetaron los principios y procedimientos establecidos y si hay arbitrariedad por parte de ellas.
- Si al sacar a los implicados del territorio donde habitan, para juzgarlos en otro territorio, se vulnera el debido proceso.

---

3 Referencia Oficio OPT-A 150/2006, Expediente T1.360.386, Acción de Tutela instaurada por el señor Ángel Peña contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao.

4 Estudio de caso. Taller para la Construcción de Entendimiento Intercultural, Riohacha, 2000.

- Si no aceptar la defensa de un abogado externo vulnera el debido proceso.
- Si pedir la presencia de una comitiva de la Defensoría del Pueblo que vigilara los derechos humanos vulnera el debido proceso.
- Las ritualidades propias de los procesos penales al interior de las comunidades del pueblo paez.
- El tipo de sanciones que se imponen y en qué proporciones operan las mismas.
- Si los procedimientos aplicados por la Comisión y las sanciones definidas por la Asamblea como juez comunitario, en cabeza de las autoridades indígenas, que dan un fallo y concretan decisiones, sobrepasaron los límites en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

## **El caso de servicios y colaboraciones entre los paezes**

- ¿Cómo entienden los indígenas de los cabildos indígenas paezes de la Laguna Liberia o los cabildos Ukawsx Nasacxab de Caldon, los servicios o colaboraciones de un miembro de la comunidad para la misma y qué sentido tienen esas prácticas?
- ¿Cómo se rigen las colaboraciones o servicios de un comunero a su comunidad en el pueblo indígena paez?
- ¿Tienen los paezes algún tipo de contraprestaciones en su ordenamiento económico y social, según sus usos y costumbres?

En el evento de que surja algún conflicto del orden anterior entre un comunero y el cabildo indígena de la comunidad paez, ¿cuál es el mecanismo o procedimiento de resolución del mismo de acuerdo con su tradición y costumbres?

## **El caso de la herencia entre los wayú**

- ¿Cómo ordena el derecho wayú la organización social y el sistema de parentesco?
- ¿Cómo establece el derecho propio wayú la sucesión de bienes de padres a hijos?
- ¿Qué autoridades tienen competencia jurisdiccional para actuar en caso de presentarse conflictos o situaciones antijurídicas?

## Elementos culturales del derecho propio paez vinculados con el primero y segundo casos

El largo recorrido de las generaciones de los paeces en las transformaciones de los últimos años no se podría entender si no se hace referencia a la recuperación de su cultura y su etnicidad. La cultura paez debe ser estudiada como parte de un “tejido históricamente configurado”. No obstante haber sido sometidos a los procesos de dominación y aculturación, la lucha de varios de sus miembros por mantener la unidad y la preservación de su cosmovisión evitó que la asimilación de realidades externas borrara su identidad cultural. En especial, cabe destacar el papel de *los mayores*, que conservaron en la memoria las tradiciones de sus antepasados y que mediante su palabra, supieron transmitir a las nuevas generaciones su cultura y superar la prohibición que se les impuso a sangre y fuego, y que los obligó a hacer uso de otra cultura e intentar eliminar la propia.

Este proceso fue posible entonces porque los paeces, además de gozar de elementos culturales característicos, se ven a sí mismos como parte de una comunidad diferente, que debe ser conservada como tal. Esa conciencia que los miembros tienen de su condición de pueblo distinto ha sido el motor que los ha impulsado a fortalecer y mantener vivas sus instituciones sociales, políticas y jurídicas que, no obstante haber sido influidas por la sociedad mayoritaria, no han dejado de ser auténticas<sup>5</sup>. Un ejemplo de ello es su ordenamiento jurídico, claramente impregnado de símbolos y procedimientos propios que, para los casos, deben ser estudiados.

### El sujeto colectivo, clave cultural en el derecho propio paez

El “sujeto distinto” tiene un carácter especial entre los paeces y es el de ser un sujeto colectivo. Esto quiere decir que la sociedad, el todo, es el sujeto de derecho. El pueblo paez tiene derecho a la vida, a un nombre, a una personalidad distinta. En términos de derechos humanos indígenas, tiene derecho a la distintividad y a lo propio. Éste es

---

<sup>5</sup> Los paeces utilizan el derecho estatal para arreglar ciertos asuntos y cuando lo hacen no piensan ni que es foráneo ni que es “tradicional”. Es algo semejante a lo que ocurre con un juez colombiano de la jurisdicción ordinaria, que no establece diferencia de origen con el derecho romano, español o francés, que efectivamente han influido en el derecho de esta nación.

el fundamento básico que explica muchos de los comportamientos y que también permite comprender las nuevas tensiones que traen las demandas individuales de “libertad” de algunos individuos. Las autoridades indígenas elegidas actualmente tienen el compromiso de salvaguardar esa integridad étnica y cultural.

Los miembros de este pueblo saben y sienten que la presencia de un sujeto transgresor en sus comunidades es la manifestación de que el todo social está mal. No se trata solamente de un problema que afecta a unos, pues todos lo padecen. Frente a la transgresión, que evidencia la ruptura de un orden, su portador debe ser señalado y separado temporalmente de la comunidad<sup>6</sup>, para que ingrese “otro presente” que garantice un futuro distinto para todos. Ese *otro presente* en todas las personas es la directriz general que debe proteger la autoridad.

## Los hechos que rompen el equilibrio y los procesos para su restablecimiento

La comunidad entre los paeces es efectivamente la manifestación internalizada de cuerpo, de unidad, de sujeto colectivo. *!Anchi!* es de todos y allí se encuentra claramente establecido el sentido de pueblo. La comunidad participa, en calidad de todo social, dondequiera que se vislumbra un acontecimiento *oscuro*, uno que no debe prolongarse. Esta idea de lo *oscuro que debe aclararse* hace parte de una concepción cultural que está íntimamente relacionada con el primer caso, como veremos más adelante.

Para los paeces existe un principio de vida, relacionado con el grupo, con el nosotros: no hay nada por encima de la comunidad o nada que ella no sepa o deba saber. El procedimiento, que se origina en el “*yacs-ka te eindate tengea mecue*” o “rastros que dejan los mayores”, pretende indagar, a través de la palabra de sus miembros, sobre los hechos que rompieron el equilibrio. Para que pueda iniciarse, los familiares o el segmento social al que pertenece el afectado deben solicitar al Cabildo que realice la investigación y sancione a los culpables. El Cabildo, a su vez, deberá nombrar una Comisión Investigadora, integrada por personas de prestigio en la comunidad, que se encargará de determinar las faltas y “encontrar la mentira en la palabra de los acusados”<sup>7</sup>.

6 En el juzgamiento, la comunidad se separa del infractor y lo juzga para definir el castigo si fuera este el caso.

7 Es claro para la Corte Constitucional que existen diferencias en los procedimientos y sanciones que uti-

Lo primero que deberá hacer esta comisión es citar a los presuntos autores para que rindan su versión. Si ellos aceptan la responsabilidad, no habrá lugar a nada más. Si la niegan, continúa la investigación recogiendo los testimonios de las personas que dicen haber visto o escuchado algo relacionado con el caso, y realizando visitas a los lugares donde presuntamente ocurrieron los hechos.

Cumplidos estos procedimientos, el siguiente paso será entonces la valoración que hace el Cabildo del informe presentado por la Comisión Investigadora. Si se encontró la mentira, se cita a una Asamblea General, que como máxima autoridad deberá fallar y, si es el caso, imponer las sanciones. En la Asamblea Comunitaria se dan a conocer las pruebas, se solicita la confesión pública del acusado y se realizan los careos, es decir, se hace la confrontación de la palabra del sindicado con la de las personas que rindieron testimonios en su contra. Según sus miembros, la Asamblea Comunitaria es infalible y acertada, porque sus decisiones están basadas en el “*us yacni*” que es una especie de descubrimiento de lo oculto. Lo infalible se encuentra a través de un ejercicio colectivo que permite *revelar*, pero ante todo hacerlo públicamente, el suceso *oscuro*. Es de anotar que cuando los miembros de la comunidad llegan a la Asamblea dispuestos a participar, ya se ha llevado a cabo un previsto proceso social de diálogo y comentarios entre personas, familias y miembros de las patrilocalidades sobre el caso, de tal modo que, al llegar a la Asamblea, ellos ya han obtenido, en privado, un concepto que luego ponen en común para ser discutido, afirmado o desvirtuado en el encuentro con los otros<sup>8</sup>. No está contemplada la segunda instancia. Es evidente para los miembros de esa comunidad que estos *sucesos oscuros* no sólo son aquellos que produjeron directamente el daño a una persona, sino también los que de alguna manera han permitido o propiciado la alteración de la armonía social del colectivo.

La sanción, por su parte, será la única que podrá restaurar este equilibrio roto. Al ser aplicada públicamente, cumple una labor ejemplarizante y preventiva, que busca disuadir a los demás miembros de la comunidad de cometer faltas en el futuro, y al acusado, de reincidir.

---

liza cada cabildo paez. Aquí se hará referencia a las notas comunes y al procedimiento que se utiliza en Jambaló, teniendo en cuenta la información suministrada por los intervinientes en este proceso.

8 Conversación personal con el abogado Rosembert Ariza Santamaría, marzo de 2008.

Aunque la imputación de la sanción es personal, existen casos en que se extiende a la familia por no haber contribuido a detener la infracción. Tal situación se explica porque, en la tradición paez, una de las responsabilidades principales del núcleo familiar es conocer o controlar lo que hace cada uno de sus miembros<sup>9</sup>.

## Las manifestaciones del debido proceso en el caso Gembuel

Como se recordará, lo primero que hicieron las autoridades indígenas fue trasladar al acusado de Jambaló a Toribío. Esta medida, denominada *reclusión reservada*, es un procedimiento del derecho propio paez. Es muy poco frecuente y sólo se utiliza como medida de protección para aquellos que corren el riesgo de ser eliminados físicamente, porque se les acusa de cargos muy graves. Esta disposición escrita muestra también que los paezes han creado derecho para responder a las nuevas problemáticas, como la presencia de los grupos insurgentes que actúan como autoridad y ejercen justicia ilegal, del narcotráfico, de las nuevas religiones y del individualismo, pero también deja ver la determinación de aceptar la obligación de respetar los mínimos jurídicos impuestos a todos los colombianos, sin distinción de etnia, raza o cultura, decisión que ordenó eliminar la pena de muerte utilizada anteriormente para individuos a quienes los paezes consideraban con capacidad de hacer mal, como los brujos, los ladrones o los asesinos<sup>10</sup>.

## El sujeto es un indígena y sus actuaciones ocurrieron dentro del territorio

Al sacar el caso a la jurisdicción ordinaria, los jueces definieron en primer lugar conocer si se trata o no de un indígena, a fin de determinar cuál era el juez competente. La respuesta la emite el propio indígena Gembuel, que expresa en una primera declaración:

*Sí, [soy] de Jambaló. Yo soy nacido allá. Claro que en alguna época estuvimos andando con la familia, pero hace más o menos 25 años que estoy radicado allí, pero yo he sido nacido allí, tengo*

9 Peritaje Esther Sánchez Botero.

10 Esther B. Sánchez e Isabel Cristina Jaramillo S. (2000), *La jurisdicción especial indígena en Colombia*, 2ª edición, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional, Bogotá.

*posiciones y derechos allí en el resguardo. El resguardo es el territorio donde funciona toda la comunidad indígena y yo soy parte de esa comunidad. Por eso soy miembro y además estoy dentro del censo que anualmente hace el cabildo* (Folio 45. Testimonio rendido el 20 de diciembre de 1996).

Sin embargo, algunos indígenas inescrupulosamente evaden su condición de indígenas, entre otras razones para desacatar a sus autoridades. En un segundo interrogatorio y al preguntársele si se consideraba miembro activo de la comunidad paez, respondió:

*En la actualidad no, y antes sí. O sea... más de un año, por la razón que yo tenía unas posesiones en terrenos del resguardo. Entonces yo probaba esa calidad de ser miembro activo porque el cabildo elabora un censo y yo aparezco en el censo, pero en el momento considero que no tengo interés dentro del resguardo... Sólo tengo mi vivienda que en la actualidad habito* (Folio 196. Testimonio rendido el 7 de enero de 1997)<sup>11</sup>.

Al igual que lo sugiere la antropóloga que interviene en este proceso, la Corte dice que la capacidad de metamorfosis del actor es evidente: sabe jugar como indio para la sociedad blanca, pero internamente dice ser blanco en la sociedad indígena<sup>12</sup>. Estas declaraciones contradictorias muestran descaro frente a la autoridad natural y su deseo de acceder a otro sistema de derecho, con otros principios, procedimientos y formas de sanción<sup>13</sup>.

A Gembuel se le incrimina el haber cometido el delito dentro del resguardo. El Artículo 246 de la Constitución define el factor territorial como regla para que las autoridades indígenas puedan actuar<sup>14</sup>.

11 Juzgado Primero Penal Municipal de Santander de Quilichao.

12 Esther Sánchez. Peritaje rendido a solicitud del magistrado ponente, Manuel José Cepeda.

13 Claro está que estas apreciaciones, que responden exclusivamente a las circunstancias particulares del caso, no excluyen la posibilidad de que cualquier indígena, en tanto ciudadano libre, pueda decidir su permanencia como miembro de una comunidad específica. Lo que no es aceptable es que se pretenda renunciar a ella en un determinado momento, para evadir la responsabilidad frente a sus autoridades. MP Carlos Gaviria Díaz. ST-523 de 1997.

14 El Art. 246 de la Constitución Política expresa: "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la república. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional".

## El derecho de defensa y ritualidades

El derecho a la defensa es una institución ampliamente configurada dentro del derecho propio paez, que debe realizarse por parte de los mismos paeces. Todos los miembros de este pueblo disponen de varias opciones para ejercer su derecho a la defensa. Este derecho es pensado como: *lyue gue puchsa*<sup>15</sup>, que quiere decir “un derecho que tenemos todos”. Existen dos grandes modalidades de defensa: actuación de la persona implicada en su propia defensa o intervención de otros.

### *La persona acusada se defiende por sí misma*

La primera posibilidad de defensa es que la persona acusada se defienda por sí misma. Esa persona expresa con palabras sus actuaciones a la autoridad competente y ofrece pruebas, si fuera el caso.

### *Un externo, distinto de la persona acusada, ejerce la defensa*

La segunda posibilidad de defensa se centra en el concepto *inausal* que significa que un externo, un “otro” distinto de la persona acusada de cometer un delito, pueda participar en la defensa de una persona inculpada. Existen varias opciones para que distintos de la persona acusada intervengan como defensores. *inausa*<sup>16</sup> es traducido como “ayudador de palabra”. Entre los paeces son reconocidos como “ayudadores de palabra” las siguientes personas o grupos:

### *La fila del maíz*

Esta opción está dada por miembros de la comunidad clasificados como “de la fila del maíz”, a los que la persona acusada solicita su intervención o ellos se ofrecen a apoyarla.

Tradicionalmente, los paeces tienen de manera muy interiorizada la institución del dar y recibir, la cual es enseñada sobre la base de principios comunitarios para su autoidentificación y con ejemplo cotidiano. Así, cada paez monta una especie de organismo con las personas con las que ha interactuado de cerca, con quienes ha compartido particularmente alimentos (las primeras carreras de maíz y las primeras

---

15 Entrevista a Jesús Piñacué, indígena paez y senador de la república, agosto de 2006.

16 Ídem.

crías), el trabajo en *minga* (trabajo rotativo y obligatorio de un grupo) o el trabajo con cambio de mano (yo lo ayudo y usted a mí después) o el trabajo con servicios. Todas estas modalidades son instituciones propias, vitales para funcione que la vida cotidiana, tanto material como espiritualmente. Este organismo, la “fila del maíz”, permite que cada paez, hombre o mujer, cuente, en caso de que sea acusado judicialmente o lo requiera, con la solidaridad de estas personas, con quienes desde tiempo atrás y mutuamente se ha venido auxiliando.

### *El Titán*

Un paez puede también contar para su defensa con una figura de la comunidad, a la que se ha denominado *titán*. Se trata de una persona prominente que puede cumplir esta tarea. El concepto *titán* parece ser una abreviación en mal castellano de “capitán”, y sería una figura introducida en el siglo XVIII

### *Un anciano*

En cuarto lugar, los hombres que llegaron a la ancianidad pueden participar también en la defensa. Ellos se encuentran en un estado clasificado como “permanente” o sea que ya consiguieron “ser” paeces. A esa categoría de ancianos se opone otra, que es la de aquel hombre que se caracteriza por estar en una etapa o fase temporal, por ejemplo el gobernador del Cabildo. La persona acusada puede acudir a un anciano, que representa precisamente la intemporalidad; éste escucha al implicado y puede constituirse o no en su defensor.

### *Consejo de Ancianos*

El prestigio de los mayores es muy elevado en este pueblo. Por ello, en quinto lugar, se puede buscar a un *mayor* del Consejo de Ancianos, que, siendo aliado de la Asamblea pueda actuar como defensor. En algunos casos actúa el Consejo de Ancianos en conjunto.

### *Comisión de Investigaciones*

Dado el reconocimiento constitucional de la jurisdicción especial indígena y el fortalecimiento del derecho propio, se creó la figura de la Comisión de Investigaciones. Esta Comisión se apoya en el médico tra-

dicional, o *the'wala*, que busca, mediante la lectura de ciertas señas en el sujeto transgresor, el concepto de verdad. Se busca demostrar la verdad que favorezca al sujeto, pero en caso de que resulte responsable, el *the'wala* se convierte en aliado de la Asamblea.

### *La Asamblea*

Los casos graves son presentados a la Asamblea Comunitaria, la cual representa los más altos intereses de toda la comunidad y tiene capacidad de fallar y determinar sanciones. La Asamblea actúa como receptora de las pruebas, como evaluadora de las mismas y como ordenadora de sanciones. Es posible también que pueda asumir el rol de defensora del acusado frente a la autoridad indígena<sup>17</sup>.

### *Intervención de otro Cabildo*

Un acusado puede pedir el apoyo de algún miembro o de varios de otro cabildo paez para que lo asistan en su defensa.

### *Otro comunitario*

Finalmente, un acusado puede pedir a otro comunitario que lo defienda. Este comunitario debe hablar la lengua paez. Gembuel rechazó todas las posibilidades y solamente aceptó la posibilidad de un abogado externo.

## **Tipos de sanciones que se imponen y proporciones en que operan las mismas**

Los paezes mantienen vivos usos y costumbres, llamados por ellos y por los extraños “tradicionales”. El derecho propio paez manifiesta normas y procedimientos “tradicionales”, muchos de ellos resultado de apropiaciones e imposiciones provenientes de otras sociedades<sup>18</sup>, ya que los paezes hacen uso del derecho llamado de autodisposición, que les ha permitido crear normas jurídicas e implementarlas, pero también emplear otras impuestas pero que a fuerza del uso se internalizaron y se volvieron culturales.

---

17 Ver nota 7.

18 Como el cepo, el fueite fue introducido durante la Colonia por los españoles.

Según el delito y las circunstancias, las autoridades o la instancia comunitaria definen los mecanismos para que “el tiempo presente bueno” ingrese en la vida de un paez. Estos dispositivos se expresan en las diferentes formas de sanción y en las proporciones que se definen de acuerdo con las circunstancias. Las autoridades también pueden enviar a miembros de su comunidad a la cárcel y el sistema carcelario habrá de acatar esa decisión. Es de anotar, sin embargo, que la cárcel para los paezes no es percibida como buena para el sujeto, porque aprende delitos distintos y porque el impacto económico se revierte negativamente sobre los miembros más cercanos, que deben sustentar, en una sola vía y sin recibir nada a cambio, a los familiares del sujeto encarcelado.

El fuate y el destierro son utilizados para casos muy graves. El fuate, como medio para escarmentar, les fue impuesto a los paezes en el siglo XVIII por los españoles. Para fijarlo y reglarlo en su cosmovisión, lo relacionaron con el rayo, que es pensado por los paezes como el elemento que al tocar a un sujeto transgresor, aquel que se encuentra en estado de *oscuridad*, pasa a un estado de *claridad*. Éste es un elemento catártico que logra transformar al sujeto. La expulsión es el castigo más grave, y sólo se aplica a quienes reinciden en la falta y a los que no aceptan la autoridad del cabildo.

La expulsión tiene como fundamento el “desconocimiento”. Ésta es la sanción legal para dejar de actuar frente a un paez como miembro y elimina la responsabilidad del colectivo frente a él. Este castigo significa “olvidarlo”; “repudiarlo”, “no tenerlo presente para que viva sus derechos”, incluida la posibilidad de un terreno dentro del territorio que es */anchi/*, que es patrimonio colectivo de todos. Sacar a una persona o a una familia del territorio es, además de una drástica sanción material y espiritual, una forma de evitar desquites y represalias.

## La obligación del colectivo de evitar la violencia

Los paezes tienen claramente asentado en sus referentes culturales que es necesario descartar las fuentes de recordación de un hecho que puedan generar venganza<sup>19</sup>. Los conceptos */bacashtepa/* (hasta nun-

---

19 Peritaje a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de Germán Escue, Esther Sánchez Botero, 2007. Contenidos culturales expuestos en entrevista personal a Jesús Piñacué, senador indígena paez.

ca) y */usyajktia/* (espíritu de recordar) expresan las cualidades, la naturaleza de la evocación y la recordación entre los miembros de este pueblo. La palabra */meju/* señala que él o ella está llamándonos a recordar. Recordar supone unirnos con ese espíritu. Cuando eso se hace, es decir, cuando se acude al llamado de quien ya no está presente, se está limpiamente unido para traerlo a la memoria. No está en la memoria si no hay espíritu de recordar y ese espíritu es colectivo.

*/Bakashepa/ /pechh cana/ /menpkaw/* significa “lo que jamás olvidamos” y si no se olvida es porque está en la memoria colectiva. Está allí porque se sabe y se ha decidido no olvidarlo; entonces se busca con bríos recordar. La memoria es de todos y todos tienen derecho a esa memoria.

Existe entre los paeces un conjunto de *daños* tan graves que las orientaciones culturales definen que no es bueno recordar. “Lo que no es bueno recordar” indica que ha ocurrido *daño extremo*, causado por seres de la sociedad que no pueden dejar de ser violentos. Si se recuerda el daño grave que causaron, se produce entonces el ánimo de sembrar la muerte del otro mediante la venganza. Está establecido, como valor cultural, que la violencia no ayuda a aclimatar el dolor, que la violencia no es algo valioso para los dolidos por la acción violenta hacia un familiar o miembro de la comunidad.

Ayudar a aclimatar el dolor a quienes lo padecen es generar la idea de que es posible volver a creer que los seres humanos renunciarán a hacer daño. El mecanismo entre los paeces es restaurar la confianza en los dolidos, creando condiciones para que, efectivamente, se pueda abandonar el deseo y sentimiento de hacerle deliberadamente daño a otro. Para ello se trae la presencia del espíritu ausente */meju/* para generarle bienestar al dolido y se exalta que él está llamando a recordar pero sin venganza, porque para estar unidos con él se tiene que estar *bruñido*, es decir, transformado por un proceso que lo hace un ser limpio, como único medio para poderlo traer a la memoria.

Adicionalmente, existe entre los paeces el concepto */yaktshinujsubnem/*. Señala este concepto que se puede traer a la memoria con seguridad. Se dice, se sabe y se actúa según la idea de: “Traiga a la memoria que no habrá daño”. “No lo piense” (en el sentido de “No lo dude”), traiga al pensamiento, traiga al sentimiento que no habrá daño.

## Pluralismo jurídico de tipo igualitario

Puede afirmarse que en Colombia se ha venido configurando como tendencia un pluralismo jurídico de tipo igualitario, porque de acuerdo con su definición (Hoekema 2002, p. 71),

*... el derecho oficial, en esta perspectiva del pluralismo jurídico, reconoce además de la validez de normas en los diversos sistemas de derecho, su fuente y su comunidad especial que, como tal, conforman una parte diferenciada pero constitutiva de la sociedad entera y por tanto, con capacidad para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional [...] El pluralismo jurídico de tipo unitario mantiene una relación de subordinación entre el Estado, con su derecho nacional, y el de otros sistemas de derecho, por lo que la coexistencia de dos o más sistemas de derecho en su sentido social y en el marco de los procesos de interacción entre jurisdicciones ha sido reconocida por el derecho estatal, e incluso en la misma Constitución, pero el derecho oficial se ha reservado la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de aplicación de los demás sistemas de derecho reconocidos.*

Esta definición la contrasta Hoekema con el pluralismo jurídico formal de tipo igualitario, que

*... reconoce la existencia de comunidades distintas de índole étnica dentro de la sociedad nacional que, como tales, tienen el derecho de desarrollar su propio sistema de instituciones, entre otros su derecho propio, como una parte diferente pero de igual valor al orden político-legal del país<sup>20</sup>.*

Todo lo expuesto anteriormente significa que frente a los casos que salen de la jurisdicción especial indígena, es posible medir o evaluar si el pluralismo jurídico en Colombia, oficial y legal es de tipo igualitario o de tipo unitario, lo que se puede apreciar examinando si las autoridades de la jurisdicción ordinaria reconocen y valoran los principios y procedimientos que portan las sociedades indígenas y que sus autoridades tienen en consideración para realizar las actuaciones de su competencia.

---

20 Hoekema (2002), p. 76.

El derecho al debido proceso constituye un límite a la jurisdicción especial, porque requiere el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acercan a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social. En el caso analizado, la Corte Constitucional, después de confrontar las pruebas que obran en el expediente con la información suministrada por los intervinientes en este proceso, concluye que el debido proceso se cumplió:

*Después del asesinato del alcalde de Jambaló, Marden Betancur, los familiares del difunto pidieron al cabildo indígena que asumiera la investigación para determinar si Francisco Gembuel, Diego Aníbal Yule, Jorge Eliécer Quiguanás, Marcos Vitónico y Alirio Pito habían sido los autores intelectuales. Contrario a lo que afirma el demandante, esta investigación desde sus inicios se dirigió a comprobar si los sindicados eran personas que injustamente habían acusado al alcalde, pues era claro que el ELN lo había asesinado. Así lo señala la comisión investigadora en el Acta N.º 2 de 1996 (Folio 57), al ordenar “asegurar inmediatamente a las personas que acusaron y calumniaron al ex gobernador y alcalde de Jambaló, Marden Arnulfo Betancur Conda.*

*El gobernador de Jambaló, dada la gravedad del caso y el peligro que representaba el autor material, conocido como el “Frente Cacique Calarcá” del ELN, solicitó la colaboración de los demás cabildos de la zona norte para realizar la investigación, actuación que no es contraria al procedimiento paez, que contempla como principios la unidad y la colaboración de los demás cabildos en situaciones conflictivas. Pero además, el hecho de que la Asociación de Cabildos del Norte del Cauca, y no simplemente el Cabildo de Jambaló, haya sido la encargada de investigar al actor, era previsible, puesto que en 1984 los paezes habían realizado un convenio de cooperación para enfrentar los casos en los que estuvieran involucrados grupos armados, denominado “Acuerdo de Vitoco”.*

*La orden de trasladar a los acusados a Toribío para escuchar sus declaraciones tampoco podría considerarse como violatoria del debido proceso porque, aunque no es usual, ella se adoptó para proteger los derechos a la vida y a la integridad personal de los acusados, que se encontraban amenazados por la presencia del*

*grupo insurgente en las intermediaciones de Jambaló. Por su parte, las demás actuaciones de la Comisión Investigadora, es decir, la recepción de testimonios de los comuneros y la inspección ocular del lugar donde presuntamente Gembuel habló con la guerrilla, se realizaron siguiendo el curso normal de una investigación.*

*Ahora bien, en cuanto al derecho de defensa, que según el actor fue violado con la negativa de la comunidad de ser asistido por un abogado, es preciso aclarar que, en contra de lo establecido por los jueces de tutela, los medios para ejercer este derecho en los casos que adelantan las autoridades indígenas no tienen que ser aquellos contemplados por las normas nacionales o los tratados internacionales, sino los que han sido propios dentro del sistema normativo de la comunidad.*

*En el evento estudiado, a Gembuel no se le violó el derecho de defensa, en primer lugar, porque se le permitió ser asistido por un defensor, siempre y cuando éste fuera miembro activo de la comunidad, y en segundo lugar porque se le brindó la oportunidad de rendir sus descargos durante la Asamblea, posibilidad que el mismo demandante declinó.*

*Por otra parte, la Corte encuentra plenamente justificada la respuesta de la comunidad, que bien puede oponerse a la práctica de instituciones y figuras extrañas, como un mecanismo para preservar su cultura. La actitud de los jueces de tutela, al pretender imponer el uso de un abogado en este proceso es, por lo tanto, contraria al principio de diversidad étnica y cultural, pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza<sup>21</sup>.*

Es de resaltar que los paeces han registrado notorios y significativos cambios que muestran la capacidad, como en toda sociedad, de generar modificaciones. Una pieza magistral del derecho de autodisposición es el trascendental paso registrado para no asesinar a los brujos, al susti-

---

21 ST-523 de 1997, MP Carlos Gaviria Díaz.

tuir la pena de muerte por otros castigos y al enfatizar que solamente las autoridades con competencia jurisdiccional definen cómo castigar a quien esté haciendo uso indebido de su poder malévolo de brujear<sup>22</sup>.

## Segundo caso (paez)

Este aparte busca registrar otras normas y procedimientos del derecho propio paez respecto de los llamados “servicios o colaboraciones”. Estas actividades, que tienen calidad de ayudas, son algo significativo y muy propio de los miembros de esta sociedad y por ello se pueden interpretar como actuaciones contrarias a lo obligatorio<sup>23</sup>.

Como toda sociedad, los paezes comparten sistemas clasificatorios que entrañan categorías muy distintas de tiempo, espacio, colores, ubicación de seres vivos y muertos, de seres espirituales, formas, texturas, etc., entre infinidad de realidades. Disponen ellos de categorías, clases, condiciones, cualidades, calidades, ampliamente interiorizadas como referentes cognitivos; ellas constituyen conocimientos socializados que se reconocen y orientan determinadas acciones a sus miembros, y hacen parte del acervo cultural porque, como interiorizadas y compartidas, permiten comunicarse y generar sentido. Otros pueblos indígenas, o los mestizos y afrodescendientes que viven en la región, muchas veces no comparten el sistema clasificatorio de este pueblo.

## Por estima a lo más grande, ven a darme una ayuda

La traducción de */nyus cha peica'cha puehia nen yu/* significa “demandar servicios o colaboraciones”. Este entendimiento, esta entidad cognitiva que se expresa con palabras frente a ciertas situaciones y de manera institucional, es cultural porque existe como representación social en un grupo específico, fue socializada a sus miembros, permite intercomunicación entre personas, mueve sentimientos y porque, finalmente, siempre que se demanda */nyus cha peica'cha puehia nen*

---

22 Ésta es una creencia muy extendida en el mundo indígena y no indígena, que atribuye capacidades a ciertos hombres para hacer daño. Representa una creencia muy real para aquellos que han sido influidos por estas ideas en determinadas sociedades.

23 Expediente Tl.360.386 Acción de Tutela instaurada por el señor Ángel Peña contra la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán y el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santander de Quilichao, 2006.

*yu/* se espera la correspondiente respuesta positiva de recibir la ayuda solicitada. Representa un marco institucional de un determinado tipo, diferente a otros cercanos a él como institución.

Clasificatoriamente, *inyus cha peica'cha puehia nen yu/* representa el contenido cognitivo de la institución del dar y recibir más trascendental, ya que encarna “la solidaridad, que es el referente que mueve al individuo, por aprecio a lo divino, a adherirse al otro”<sup>24</sup>. Aquí lo divino es “lo poderoso”, “lo que no cambia”, “lo esencial”, esto es, “lo que sostiene el carácter de lo colectivo”<sup>25</sup>, en el sentido de pueblo. Pueblo paez es una representación cultural de unidad de grupo, que trasciende la sumatoria de los individuos. El respaldo, el apoyo, la ayuda y la protección al que necesita están íntimamente ligados a ese sentido de grupo y a los deberes trascendentales.

Las palabras *inyus cha peica'cha puehia nen yu/*, como sostén de la solidaridad entre los paezes, permanentemente son recreadas para hacer frente a nuevas situaciones. Por ello se dan adaptaciones para sostenerlas como la base de la más especial forma de ser comunidad. De allí que no hacer acciones de dar, por parte de individuos, en los términos dispuestos, indica que no se comparten los principios solidarios que fundamentan al colectivo. Por lo enunciado, si alguien no actúa como se espera, la situación se considera como signo revelador de disfuncionamiento, de que algo anda mal en la sociedad. Así las cosas, las autoridades reconocen, a través de ciertas acciones, posturas que no contribuyen a fortalecer los principios del colectivo y las definen como una amenaza potencial.

Distintas de la anterior institución son la *minga* y el *cambio de mano*, que involucran aspectos económicos pero también relacionales fundamentales, pues fortalecen la solidaridad como principio rector de este pueblo. A pesar de existir en estas modalidades de intercambio de fuerza de trabajo un sentido de contraprestación que se expresa en el “hoy por ti, mañana por mí”, lo fundamental es que estas instituciones refuerzan la cohesión necesaria para que cada individuo sienta que es miembro de un colectivo y para que el colectivo sea más fuerte por la disposición del sujeto a cumplir su compromiso. Tanto el trabajo como

---

24 Entrevista personal al indígena paez y senador Jesús Piñacué, Bogotá, agosto de 2006.

25 Ídem.

el producto del trabajo tienen un carácter comunitario; la participación en un propósito comunitario no se presenta sólo por la necesidad de aportación recíproca entre individuos y familias, sino ante todo porque es un asunto de afirmación y de pertenencia, básicas para el individuo y para el colectivo.

La organización de la vida social paez en torno al principio de solidaridad, del dar y el recibir, se manifiesta de modo contrario cuando no se tiene en cuenta la autoridad del cabildo o de los *the'walas*, cuando es posible demostrar que alguien toma más de lo que le corresponde, o cuando se tiene más porque no se realizan las prácticas institucionalizadas, como la de compartir las primeras crías de animales o el producto de los primeros surcos de productos agrícolas como el maíz. Cuando es posible demostrar que alguien toma más de lo que le corresponde, es porque no se están manteniendo vivos los principios y las actuaciones correspondientes. De allí se sostiene que la insolidaridad genera desarmonía.

## Los servicios y las colaboraciones como obligaciones

La forma de vida de una sociedad constituye el contexto de situaciones en las que se actúa y se marca el carácter pragmático; es la forma como se vive aquello que permite hablar de un “modo cultural” establecido. Cuando los paeces definen qué van a hacer, su percepción es que no se trata de un acuerdo de opinión, sino de uno más básico que se respeta como deseable para el colectivo. Es un acuerdo del cual emergen pensamiento y acción. Este tipo de acuerdo comunitario se encuentra muy enraizado en la colectividad y en la tradición, porque la gente sabe qué deseaban y aún desean los mayores, y cómo toda desviación de esos propósitos se debe corregir.

Las representaciones mentales y los comportamientos de un individuo no siempre son conscientes ni fáciles de explicar a través de un discurso verbal y sin embargo, ahí están presentes. Por ejemplo, se tiene una representación mental de lo que es la solidaridad, el servicio, la colaboración en la propia cultura, y los códigos y requisitos definidos para que ésta se dé. A partir de la categoría cultural abstracta, cada cual tiene, en su mente, una representación de lo que es y lo que debiera ser esa determinada institución social.

Las normas que un individuo paez debe seguir como obligatorias son un artificio cultural, cristalizado, que restringe y determina la manera como se debe arreglar y realizar una ayuda, una colaboración, de acuerdo con la sociedad paez de la cual hace parte. El concepto de ayuda y colaboración, como elemento de esa cultura en particular, es lo que se piensa y se hace, lo que todos reconocen como tal.

La imagen mental de servicio y colaboración no es objeto de construcción deliberada por parte de los individuos o grupos; ésta se forma desde la infancia mediante la observación participativa y la enseñanza expresa, lo cual constituye un aprendizaje básico especial que viene a estructurar a las personas para la rutina de la vida en colectivo. Las imágenes del servicio y la colaboración no están explícitas en proposiciones que puedan ser calificadas como correctas o no; surgen del hacer, de las maneras de actuar, de las prácticas habituales, de los usos y costumbres, de los métodos, procedimientos y sistemas de reglas, todo lo cual corresponde a la forma de vida. Es de esta forma de vida de donde emerge la red de convicciones.

Este concepto no puede existir sin otro más importante: el de que la sociedad paez no se orienta a producir individuos como sujetos unitarios, dotados de independencia los unos de los otros. Este proceso de individuación es ajeno a los desarrollos intraculturales de los paezes. La sociedad paez se encuentra dotada de una estructura cultural que imprime el carácter de lo colectivo, del ser dependiente del entorno naturaleza, de su sociedad. Ser uno y ser otro construido intersubjetivamente es una expresión concreta de esta realidad, tal como ocurre con un individuo miembro del sujeto colectivo “familia”.

## **Las colaboraciones o servicios como expresión de un don**

Las colaboraciones o servicios se hacen. “No se está obligado a pagar, pero existe tal sentimiento del agradecimiento, que muchas veces éste se traduce en la devolución de ese favor en especie y últimamente algunos lo hacen en dinero”<sup>26</sup>.

---

26 Entrevista personal al indígena paez y senador Jesús Piñacué, Bogotá, agosto de 2006.

Las colaboraciones son definidas por la Asamblea Comunitaria. Se seleccionan jóvenes para que sirvan a las instituciones de la comunidad. Se espera que cada uno cumpla las tareas asignadas, porque es una de las formas de aprender el modelo cultural del dar, pero también de apuntalar y de agradecer al colectivo, que realmente ofrece a los comunitarios todas las garantías para que vivan dignamente como paezes. Cada paez recibe y dispone de un pedazo de tierra; también se le induce social y económicamente para que haga parte de las rondas institucionalizadas de la ayuda mutua, de los recursos en especie, de la mano de obra, y también del *inyus cha peica'cha puehia nen yu*, es decir, de la posibilidad de pedir ayuda y colaboración especial si fuera necesario. Todo paez tiene un tiempo especial que se señala como el de dar, dar, y dar. Entonces, servir y colaborar es algo que todos han hecho y que permite, por eso mismo, que el grupo pueda responder a todos, incluso a los que efectivamente no pueden dar, como ocurre con los enfermos, las viudas y los huérfanos menores de edad.

## **Nadie explota a nadie ni saca ventaja de otros para sí**

El control social comunitario se orienta a vigilar la obligación de dar y de recibir para que exista un máximo de igualdad. No es válido que un comunitario, además de recibir las garantías materiales, el respaldo social y económico en proporciones similares, bajo instituciones que controlan el bienestar para todos, o sea, las necesidades y satisfactores de todos, espere recibir más de lo que es de todos y para todos, como ocurre con los recursos económicos en dinero, pues esa proporción mayor debe estar distribuida entre todos<sup>27</sup>.

En el evento de que surja algún conflicto entre un comunero y el cabildo indígena de la comunidad, el mecanismo que se impone es el de asegurarse de que la cadena de representaciones, que proviene de diferentes flujos de información cultural interna, se reconozca y permita descifrar que las aspiraciones propias chocan con lo propiamente comunitario y establecido. Estas demandas, como nuevas propuestas que entrañan signos y valores distintos, pueden ser aceptadas para convertirse en nuevas representaciones culturales, o pueden ser rechazadas y quedar en meras aspiraciones de un sujeto.

---

27 Entrevista personal, el 18 de agosto de 2006, con la abogada Nina Pacari, indígena ecuatoriana. La abogada Pacari fue canciller del Ecuador.

La presencia de nuevos valores y demandas distintas, por parte de individuos y de acuerdo con lo planteado, deben pasar la prueba de lograr cambiar conceptos establecidos. Estas peticiones se hacen a otros miembros y a las autoridades, que tienen el deber de examinar lo propuesto y “dejar pasar”, “ajustar”, o “reprimir” esas nuevas ideas y demandas, a fin de darles la posibilidad o no de hacer parte integral de la cultura. Una nueva idea que se comunica puede ser exitosa y cristalizarse en la sociedad para permanecer como elemento de cultura.

Los paeces han dispuesto una serie de mecanismos para fortalecer su etnicidad y su cultura, y dentro de este propósito, el derecho propio juega significativamente a su favor. Los nuevos principios y procedimientos para regular las actuaciones que hacen las autoridades indígenas con competencia jurisdiccional, que hacen parte de la rama judicial, son expresión de los baluartes que este pueblo busca fortalecer: 1) el mantenimiento de un orden cultural distinto, (comprensible en su real dimensión básicamente para sus miembros); 2) la idea muy extendida de que los asuntos pueden ser resueltos, de manera legal, internamente; 3) los principios de que dispone el derecho propio, que define lo indeseable, innecesario y atentatorio contra el orden interno.

Si alguna persona pide pago por sus servicios o colaboraciones a la comunidad, pero saca de ella ese conflicto para que sea resuelto afuera, enfrenta dos críticas a su comportamiento: en primer lugar se le considera como un individuo que empieza a regirse por principios distintos, ya que espera más de lo que le corresponde recibir; no está dispuesto a dar con la gratuidad que la institución exige “por lo más grande y poderoso” que es su comunidad; y en segundo término, no confía en sus propias autoridades para que ellas directamente arreglen el asunto.

Los paeces vienen manteniendo por ello gran cuidado en la elección de autoridades cabildantes, y por esa razón, estas autoridades deben encarnar los principios “tradicionales”, como el de dar y recibir. Una autoridad indígena con competencia jurisdiccional y la sociedad misma deben ponderar la magnitud del cambio que puede implicar una decisión a favor de los procesos de individuación, por ejemplo la introducción de la acumulación y la consiguiente diferenciación socioeconómica, para una sociedad que ha buscado proteger los derechos del colectivo y la búsqueda de la igualdad como realidad alcanzable.

## Tercer caso (wayú)

El derecho propio wayú que ordena la vida social establece como modelo de parentesco la matrilinealidad, de tal manera que son parientes los hijos por línea materna. Los hijos biológicos de un hombre wayú no son sus parientes. Los deberes y derechos de este hombre son, por lo tanto, distintos a los de la mujer como madre, al punto que la patria potestad de los hijos recae en un hombre del clan de la madre, el tío materno, pero no en el padre biológico.

Los clanes tribales en que están organizados los wayú definen un tipo de matrimonio endógeno al pueblo y exogámico al clan, lo cual significa que un hombre se casa con una mujer wayú pero de distinto clan al suyo.

Para acceder a una mujer, se establece una relación con los parientes de la muchacha del otro clan. Lo hace una autoridad denominada el *palabrero*, o por medio del tío materno del joven interesado en casarse. El tío materno de la mujer, en representación de su clan, define y negocia una dote para establecer si se lleva a cabo o no el matrimonio. Realizado éste, el recurso de la dote, que es un bien significativo económicamente hablando, se rige por normas y procedimientos específicos.

La dote, que en esta cultura se expresa en chivos, está disponible solamente mientras el hombre de un clan esté viviendo en el clan de la mujer, porque el derecho wayú también define como ordenamiento la matrilocalidad.

Cuando muere el padre biológico, o al romperse el matrimonio, los hijos del padre “de primer grado de consanguinidad” y su “legítima” esposa viuda, no tienen derecho a la sucesión de este bien extraordinario, porque la relación matrimonial no liga a los clanes indefinidamente a no ser que esta alianza matrimonial se renueve con otro matrimonio entre un miembro del clan del cual venía el esposo, lo cual rechazó la mujer del caso que nos atañe. Esta pauta se extiende a una pareja divorciada.

Esta norma es comprensible y regulada como procedimiento adecuado para los miembros de ambos clanes, porque hace parte de su ordenamiento jurídico, lo cual autoriza a los familiares del difunto a reclamar el recurso económico extra que por diferentes razones logró producir el miembro del clan.

## La aplicación ejemplar de los derechos propios

Es importante honrar a los pueblos indígenas que hacen justicia de manera muy rigurosa para resolver distintos conflictos, y con ellos coaccionar a sus sociedades particulares.

### *Forma cultural*

La aplicación de la justicia como expresión del derecho propio se expresa en un escenario concreto, en el cual las autoridades y la comunidad están existencialmente comprometidas con la aplicación y eficacia de la justicia.

### *Adecuada*

Los procedimientos como medios para hacer justicia, y los fines o principios que buscan alcanzarse no están separados, y por ello las actuaciones inciden tanto sobre los principios como sobre los procedimientos mismos. Los fines se especifican en la medida en que se discuten los medios adecuados para dar salida a la situación concreta.

### *Viable para resolver conflictos*

La aplicación de los procedimientos para hacer justicia se concentra en los procesos argumentativos, entre las partes que riñen, por soluciones del conflicto a su favor.

### *Coaccionar a su sociedad particular*

La aplicación de la justicia propia implica una lucha, una disputa por un equilibrio de poder, por la posibilidad de fortalecer y legitimar sus principios y procedimientos haciéndolos creíbles porque son eficaces. La legitimidad de las formas institucionales y los modos de racionalidad se reconocen y se valoran, en ese contexto, en el entendimiento de que promueven y fortalecen la etnicidad y la cultura, es decir, de que tienen la capacidad interna de dar salida a sus problemas y de que constituyen el capital simbólico que puede hacerlo bajo su propio sistema de derecho.

### *Realizar el pluralismo jurídico*

Si el derrotero constitucional fue valorar la existencia de mundos culturales distintos y distribuir las competencias jurisdiccionales ordinarias con los jueces naturales de los pueblos indígenas, es fundamental que esa metamorfosis también ocurra más allá de cada uno de los pueblos indígenas, en los demás ámbitos institucionales de interacción.

### *La interculturalidad como principio*

Los intercambios entre sociedades culturalmente distintas deben centrarse en la disposición a dar y a recibir, para generar equilibrio, porque este principio apunta a la construcción de sujetos socialmente competentes para el respeto y valoración de la diferencia.

La valoración de sí mismos, como pueblos indígenas, prospera dentro de esos pueblos en la medida en que las comunidades y cada uno de los comunitarios miembros se encuentren luchando por aumentar la comunicación, el fortalecimiento y defensa de los propios argumentos, rechazando los mecanismos internos o externos que los acallan.

La fuerza de la justicia entre los pueblos indígenas, para que tenga eficacia, debe estar centrada en el sujeto colectivo de derecho. Los desajustes que se presentan, como ocurre en los casos presentados, indican que se deben generar transformaciones que propicien nuevas formas para su fortalecimiento, ya que si el sistema jurídico se mantiene totalmente abierto o totalmente cerrado, desaparecería. Ello representa una lucha entre dos modelos socioculturales: el del individualismo, asentado en la idea liberal de libertad, y el del comunitarismo, como “sometimiento” del individuo para que sobreviva la sociedad. Debe entenderse también que esa lucha por la aplicación ejemplarizante y constructiva del derecho es simultáneamente la batalla por una sociedad que los vuelva cada día más posibles y maximice su vigencia.

## **Bibliografía**

- Hoekema, André J. (2002). “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, en *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El Otro Derecho 26-27*, ILSA y Dupligráficas, Bogotá.

- Sánchez B., Esther (1992). “El peritaje antropológico, una forma de conocimiento”, en *El Otro Derecho*, No. 12, Vol. 4, ILSA y Dupligráficas, Bogotá, Colombia.
- Sánchez B., Esther (1992). “Melicio Cayapú Dagua está preso, mi sargento. Estado de normas, Estado de rupturas”, en *Antropología jurídica. Normas formales: costumbres legales en Colombia*. Esther Sánchez (editor-compilador), Sociedad Antropológica de Colombia - Comité Internacional para el Desarrollo de los Pueblos, Bogotá.
- Sánchez B., Esther (1998). “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: el caso colombiano”, en *América Indígena*, Volumen LVIII, Número 1-2, enero-junio.
- Sánchez B., Esther (1998). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia, La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Unibiblos, Bogotá.
- Sánchez B., Esther (1999). “The tutela-system as a means of transforming the relations between the State and the indigenous peoples of Colombia”, en *The challenge of diversity: indigenous peoples and reform of the State in Latin America*, Assies, W., G. van der Haar & A. J. Hoekema (eds.), Thela Thesis, Amsterdam.
- Sánchez B., Esther (2001). “Aproximación desde la antropología jurídica a la justicia de los pueblos indígenas” en *Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo II, Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), Editorial Uniandes, Bogotá.
- Sánchez B., Esther (2002). *¿La cultura como clonación? Identidades e identificaciones*, Tomo II, Ed. Quebecor, Bogotá.
- Sánchez B., Esther (2004). *Derechos propios: ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá.
- Sánchez B., Esther (2005). *Los pueblos indígenas en Colombia. Derechos, políticas y desafíos*. Unicef, Editorial Gente Nueva, Bogotá.
- Sánchez B., Esther y Jaramillo S., Isabel Cristina (1999). *La jurisdicción especial indígena*, Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional, Bogotá.



# LA HISTORIA DE CHICO. SUCESOS EN TORNO AL PLURALISMO JURÍDICO EN GUATEMALA, UN PAÍS MAYORITARIAMENTE INDÍGENA

**Guillermo Padilla**

Profesor/investigador huésped del CIESAS, Oaxaca, México  
guipadillar@yahoo.es

El 2 de marzo de 2002 le fue robado un *pick-up*, de marca Toyota, a Juan Yat Chach<sup>1</sup>, quien trabaja como “picoperero”, o fletero, en el parque central de Santa Cruz del Quiche<sup>2</sup>. La fuerza pública realizó un allanamiento en la residencia de Francisco “Chico” Velásquez, donde encontraron partes del vehículo dispersas y medio ocultas en sus alrededores. Más tarde, con base en la información obtenida, las autoridades se dirigieron a la casa de Félix Morales Rojas, una persona con antecedentes penales, quien desde el principio era mencionado como sospechoso de haber participado como autor intelectual en el robo y quien durante el año inmediatamente anterior había sido entregado a las autoridades oficiales por las autoridades indígenas del lugar, pero había salido libre por falta de pruebas, algo que ocurre con frecuencia en Guatemala por la precariedad de la institucionalidad judicial. Para la época, el Ministerio Público (MP) (el órgano judicial que debe investigar y aportar pruebas en los procesos) cubría apenas el 10% del territorio nacional, y los jueces carecían de una formación compatible con la multiculturalidad. Todos los actores en la presente

---

1 Los nombres de los protagonistas, funcionarios y lugares son verdaderos, y se trató de un hecho cierto y público, que alcanzó notoriedad con la sentencia y la película que hicimos. Para la misma obtuvimos el consentimiento de los interesados para divulgar sus nombres e identidades.

2 Santa Cruz del Quiche es la capital del Departamento del Quiche, y está ubicada a cuatro horas de la capital, en el altiplano occidental de Guatemala, corazón de la región indígena. Fue una de las regiones más afectadas por el conflicto armado y es una zona caracterizada por la pobreza y la débil presencia del Estado.

narración son indígenas, hablantes de maya-k'iche' y todos los funcionarios judiciales son *ladinos*, que es el término usado en Guatemala para designar personas, por lo general mestizos, que no se autodefinen como indígenas.

Con la ayuda de otros fleteros, Yat logró traer los restos de su vehículo hasta Santa Cruz, donde el Ministerio Público decidió dejarlos consignados judicialmente. Cuando Yat trató de recuperar lo que quedaba de su vehículo, se encontró con que la Juez de Instancia Penal de Santa Cruz exigía prueba de su calidad de propietario para devolvérselo. Yat mostró la fotocopia de la tarjeta y el mandato especial por medio del cual había efectuado la compraventa del vehículo, pero la juez exigía para su devolución la tarjeta original de circulación, la que se encontraba dentro del vehículo cuando se produjo el robo, el cual fue posteriormente quemado.

Yat se sentía en la obligación de recuperar lo que quedaba de su *pick-up*, pues era todo su capital de trabajo, pero lograrlo significó un largo, costoso y complicado proceso, que incluyó gestiones ante el MP, el Juzgado de Instancia y el Ministerio de Finanzas en la capital. En total tuvo que hacer ocho viajes a la ciudad de Guatemala, con un promedio de costo por viaje de 150 quetzales (Q150,00) (Para la época el cambio de dólar estaba a Q7,50 y el salario mínimo en el campo era de Q25). En el Ministerio de Finanzas le rechazaban la papelería, pues el vehículo figuraba con orden de confiscación emitida por el MP. Yat tuvo que conseguir del MP en Santa Cruz del Quiché los certificados que demostraban que el vehículo se encontraba ya bajo custodia de las instituciones de justicia. Finalmente, casi dos meses más tarde, un abogado local en Santa Cruz le colaboró y por unos honorarios relativamente bajos (Q150,00) consiguió que la juez le retornara lo que quedaba del vehículo.

Desde el día siguiente al robo, Juan Yat había tratado infructuosamente de conseguir que el fiscal del caso, Lic. José López Coronado, impartiera una orden de aprehensión contra Francisco "Chico" Velásquez, el sospechoso con más pruebas en su contra. Velásquez, a pesar de haber cambiado de residencia, era ocasionalmente visto en Santa Cruz. Entre las varias razones esgrimidas por el fiscal y la juez para explicar la demora en librar la orden de aprehensión, señaló la juez que el fiscal tenía que solicitarla formalmente. Yat informa que el fiscal le decía

cada semana que regresara a la semana siguiente; así mismo, la juez exigía que le presentara una certificación sobre la cédula de vecindad de los sospechosos para evitar confusiones con posibles homónimos.

El hecho había sido conocido por las autoridades tradicionales indígenas de Pamesebal y de Panajxit desde el día siguiente a lo sucedido y Yat había recurrido a Defensoría K'iche', una ONG local indígena de Santa Cruz, constituida por líderes indígenas que en el pasado tuvieron algún grado de vinculación con organizaciones guerrilleras y que luego de la firma de la paz se han ocupado de apoyar la reconstitución del tejido social a partir de la capacitación y empoderamiento de autoridades tradicionales. Esta organización ha sido protagonista de importantes avances en materia de coordinación de la justicia indígena con la justicia oficial, y en la lucha contra los linchamientos que han afectado gravemente a la región. Por el grado de reconocimiento que ha logrado frente a funcionarios e instituciones oficiales, autoridades tradicionales y organizaciones indígenas de la región, los servicios de Defensoría K'iche' son solicitados con frecuencia. La organización había logrado establecer contacto con el principal sospechoso, Francisco Velásquez, quien había huido a Ciudad de Guatemala después del allanamiento de su morada.

## Sistema de autoridades mayas y la justicia en Guatemala

La mayoría de la población indígena de origen maya vive en zonas rurales, donde se concentran en pequeñas comunidades. Allí generalmente cuentan con un sistema de autoridad propio. Estas unidades comunitarias reciben diferentes nombres. En el área K'iche' donde se desarrolla el presente caso se les denomina *cantones*. Cada uno de estos cantones generalmente cuenta con una estructura de autoridades que cumplen funciones en la resolución de conflictos de orden espiritual, asistencia en salud y consejería, todo lo cual se articula comúnmente en torno a una alcaldía auxiliar, la cual ha comenzado desde hace algunos años a ser denominada *alcaldía comunitaria*, para eliminar el término *auxiliar*, que la situaba por debajo de la alcaldía municipal. Cada aldea o cantón conforma una estructura de relaciones sociales, económicas, culturales y religiosas, que en algunas regiones del país se articula con estructuras regionales de mayor envergadura, donde conforman asociaciones que incrementan su relevancia y poder en las regiones e incluso

en el orden nacional. Estos espacios comunitarios han permitido también, a lo largo de la historia, la permanencia, adaptación y recreación constante de la cultura maya, en una interacción dinámica y compleja con el resto de la sociedad nacional.

Como resultado de la violencia sufrida por las comunidades indígenas durante el conflicto armado, la creación de las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC), así como otros fenómenos subsidiarios de esta violencia, como la penetración evangélica a nivel comunitario, el desplazamiento y la migración “al norte”, muchos de estos sistemas han sido severamente deteriorados. La carencia de mecanismos que suplan eficientemente el vacío que los sistemas tradicionales de organización han dejado, ha forzado a las comunidades a buscar y crear mecanismos de reconstitución, algunas veces con la ayuda de ONG conformadas por indígenas con algún grado de formación académica o con experiencia en trabajo comunitario, las que con frecuencia reciben financiamiento de agencias de cooperación internacional. Éste es el caso del presente recuento. Defensoría K'iche', la ONG que asesoró a las autoridades tradicionales, dio un paso importante al quedar constituida por aclamación comunitaria como una instancia de autoridad tradicional. Luego de varios años de trabajo de empoderamiento, en un trabajo sistemático en varios cantones de la región de Santa Cruz del Quiche, el conjunto de autoridades locales agrupadas en torno a esa ONG organizó una magna asamblea en la que participaron cerca de 2 mil personas. Esta asamblea se llevó a cabo en un sitio arqueológico del lugar, Kumarkaj, a fines de 2004. Allí se nombró por designación comunitaria, un grupo de *K'amal b'e*, que ha asumido el papel que corresponde aproximadamente, según la memoria colectiva, al que Defensoría K'iche había venido desempeñando.

Lo que está ocurriendo es un lento proceso de consolidación de un sistema de autoridad que suple necesidades comunitarias que el sistema oficial no siempre cumple. Este último sistema, compuesto de funcionarios estatales que ganan salario y hablan en español, tiene un funcionamiento que, además de ineficiente y demorado, es oneroso y difícilmente accesible para los usuarios.

Las autoridades tradicionales más comunes, según el informe de la Comisión de Esclarecimiento Histórico, creada por los Acuerdos de Paz firmados para poner fin al conflicto armado de 36 años, son las siguientes:

*Chuch Qajaw* (Señora, Señor). Autoridad máxima. Es *ajq'ij* (guía espiritual) anciano/anciana, principal. Este cargo es ocupado por quien ha nacido en el día apropiado, según el calendario maya, y además ha demostrado la capacidad y la vocación de servicio adecuadas al desempeñar diferentes cargos comunitarios. Es quien orienta y guía. Este cargo puede ser ocupado por mujeres u hombres.

*K'amal b'e* (Guía). Término genérico para autoridades mayas, ancianos/ancianas o “principales”, personas con experiencia. Los *k'amal b'e* son los que orientan, abren o señalan el camino. Por lo general han servido a la comunidad y por ello tienen experiencia y prestigio. Por la legitimidad que se han ganado, pueden aconsejar, resolver problemas difíciles y guiar a la comunidad.

*Ajq'ij* (Contador de los días). Es quien conoce el calendario maya por haber nacido un día especial. También se le llama *guía espiritual* o *sacerdote/sacerdotisa maya*. Los/las *ajq'ijab* han recibido la “vara”<sup>3</sup> que representa este poder. Conocen secretos de la cultura, la historia y el calendario maya, y celebran ceremonias, matrimonios, etc. Orientan en lo personal y en lo político a los individuos, a las familias y a la comunidad en su conjunto. Son buscadores y recuperadores de la armonía comunitaria y familiar.

*Iyom* (Comadrona). Mujer que ha nacido con el don de servir a la comunidad como partera. También suele ser *ajq'ij*. Orienta a la familia en asuntos de higiene, salud preventiva y curativa, relaciones conyugales y filiales, durante el embarazo y la crianza y en momentos cruciales de la vida. Interviene en conflictos familiares y aconseja a los padres. Por el ascendiente que tiene, puesto que conoce a la persona desde antes de su nacimiento, es una consejera privilegiada, consultada a lo largo de la vida por quienes ayudó a nacer y por sus familias.

*Alcaldes auxiliares* (Aldeas o cantones). Representan el gobierno local. Organizan la vida comunitaria, velan por el desarrollo local, atienden problemas, resuelven conflictos, son interlocutores con otras autoridades. En la actualidad en varias regiones del país, por ejemplo Totonicapán, se ha cambiado su denominación por la de alcaldes comunitarios, como una forma de destacar su independencia y autonomía

---

3 Usualmente se trata de una bolsita con un conjunto de frijoles rojos y negros y algunos otros objetos, como piedras semipreciosas y semillas.

frente a la administración municipal dirigida por alcaldes municipales, que son electos por voto popular.

*Cofradías.* Grupos de la Iglesia Católica organizados en torno a un santo. Los cofrades organizan las fiestas patronales. Estos cargos se intercalan con los del municipio hasta ser un “principal” o anciano. En algunas regiones y municipios, estos cargos tienen más importancia política que en otros. En Santiago Atitlan, fueron las cofradías las que movilizaron a la población cuando el Ejército Nacional masacró a la población, que exigía que se aclarara el asesinato de una persona de la comunidad, con lo cual lograron un triunfo estratégico sin precedentes en la historia del país.

*Comités Promejoramiento,* promotores sociales, catequistas, educadores, dirigentes gremiales, de cooperativas y ONG. Promueven y organizan labores de desarrollo comunal, y lideran actividades en beneficio del pueblo y la comunidad. En algunos casos contribuyen a resolver conflictos.

Esta categorización corresponde a lo que se podría definir como autoridades tradicionales, lo que como ya dijimos no es el caso en las regiones que fueron gravemente afectadas por el conflicto armado interno. Esto es precisamente lo que observamos en la región donde ocurrió el caso que narramos y es más o menos común a otras comunidades en áreas afectadas por el conflicto.

Se trata, en general, de un proceso de recomposición que toma elementos de la tradición, pero que renueva, recrea y adapta, para poder lidiar con problemas sociales que el Estado no está en capacidad de contener y donde por problemas de debilidad institucional, formación deficiente en cuanto al carácter multiétnico de la población, y actitudes complejas que denotan discriminación y racismo, la intervención del Estado tiende con frecuencia a empeorar los problemas antes que a aliviarlos.

El informe *Memoria del Silencio*, elaborado por la Comisión de Esclarecimiento Histórico, creada como resultado de los Acuerdos de Paz, trae un apartado sobre el funcionamiento de la justicia en Guatemala. Allí se señala que ésta fue una de las instituciones más resquebrajadas durante los largos años del conflicto armado. La justicia fue muda, ciega y cómplice durante el genocidio que ocurrió contra

la población civil del país. La impunidad fue la norma y prácticamente no hay registro de ninguna investigación exitosa sobre ninguna de las más de 200.000 muertes ocurridas contra la población desarmada. A pesar de los incontables esfuerzos e inversiones para fortalecerla, especialmente por parte de la comunidad internacional, la justicia en Guatemala continúa siendo percibida por la población como una de las instituciones de menos credibilidad y confianza en América Latina<sup>4</sup>.

Con el posconflicto, Guatemala entró en un período de reformas en varios frentes, y el de la justicia fue el que más dinero captó de la comunidad internacional. Entre 1996 y 2001 se invirtieron, derivados de donaciones y préstamos, 188 millones de dólares en el sector justicia<sup>5</sup>. A pesar de importantes cambios, entre otros la creación del Instituto de la Defensa Pública Penal, la precariedad de funcionamiento del sector judicial continúa afectando a toda la sociedad, que identifica los temas de seguridad y justicia como los renglones que más preocupación y angustia generan en la población. Según estudios recientes<sup>6</sup>, el Ministerio Público tiene una cobertura no mayor del 10% del territorio nacional, lo que se traduce en que, en caso de homicidio (el delito por definición más investigado de todos), de cada 100 casos de muertes violentas, sólo tres son llevadas a juicio y de éstas apenas el 1,7% termina en sentencia.

## Intervención de las autoridades tradicionales y la asamblea indígena

En conversaciones telefónicas con Yat y con los directivos de Defensoría K'iche', Juan Zapeta y Juan Tipás habían convencido a Velásquez de que lo mejor era que enfrentara la situación con las autoridades tradicionales y buscara un arreglo que le permitiera reparar el daño causado. En varias oportunidades, Yat y Velásquez habían conversado por teléfono, y Velásquez, quien desde el principio aceptó su participación en el hecho, había ofrecido, por conducto de sus padres, vender unos terrenos que le correspondían en herencia y entregar el dinero a Yat. Como la suma ofrecida (Q5.000) no cubría los costos del daño, de común acuerdo la Defensoría K'iche', las autoridades tradicionales

---

4 Pasara y Wagner (2000), *La justicia en Guatemala. Bibliografía y documentos básicos*. MINUGUA, p. 15.

5 Pasara, Luis (2002). *Reforma judicial: el caso de Guatemala*.

6 Instituto de Estudios Comparados en Materia Penal (2004), Guatemala.

y Juan Yat sugieren a Chico Velásquez que revele los nombres de sus cómplices y de esa forma se pueda llegar a un acuerdo donde todos participen. Velásquez en un principio se negó a hacerlo, por temor a perder su vida, o la de sus hijos y familiares. Más tarde, sin embargo, reveló a las autoridades el lugar donde la banda había escondido la palangana del *pick-up*. Para sacarla del barranco donde se encontraba, Yat necesitó 15 personas, pero ocultó esto a la Fiscalía y al Juzgado, por temor a que también la consignaran junto con el resto del vehículo.

El Departamento del Quiché fue por mucho tiempo el de mayor número de linchamientos en el país y continuó siendo una región con riesgo alto frente a este fenómeno social. Mientras las autoridades y organizaciones continuaban colaborando para esclarecer los hechos y encontrar un arreglo, otro sector encabezado por “Don Poncho”, una persona que fue jefe de las PAC en la región y quien trabajaba con la municipalidad en el cuidado y mantenimiento del parque central, recomendaba sin reproches otra vía para resolver el asunto. Decía Don Poncho: *“No gasten tiempo en babosadas muchá... Si ya se sabe quiénes son, amárrenlos y échenles candela”*. Don Poncho comentaba que un capitán del destacamento militar en el departamento había sugerido darles “plomo” a los sindicatos. Estas “recomendaciones” preocupaban a la Defensoría K’iche’ y a las autoridades tradicionales, para quienes los linchamientos son algo que rechazan enfáticamente y debe ser superado, pues tienen muy claro que estos actos son el resultado de la debilidad del sistema propio de organización social, abruptamente atacado y resquebrajado durante el conflicto armado interno. Para los dirigentes de Defensoría K’iche’, el reto actual más urgente es el fortalecimiento de sus autoridades tradicionales, para lo cual se debe reconstruir y revitalizar la práctica del derecho maya e incrementar el ejercicio de esta autoridad en sus múltiples formas. Sin embargo, el riesgo de que la vía propuesta por Don Poncho tuviera algún eco entre la comunidad, especialmente por el antecedente de la liberación de Félix Morales Rojas, supuesto autor intelectual del robo, los mantenía en alerta y en contacto permanente con autoridades judiciales, Gobernación, Policía Nacional Civil (PNC), Procuraduría de Derechos Humanos (PDH) y con la Misión de Verificación de Naciones Unidas (MINUGUA).

Según el recuento de los líderes de Defensoría K’iche’, a lo largo de todo este proceso las autoridades tradicionales de Pamesebal, de don-

de es Francisco Velásquez, habían colaborado sin reservas, no así las de Panajxit, de donde son los restantes miembros de la banda, según ellas por miedo dada la peligrosidad de algunos de éstos. Defensoría K'iche' logró finalmente convencer a las autoridades de Panajxit de participar, con el argumento de que la única forma de hacerle frente a un grupo de delincuentes es actuando unidos, y dejando claro que las autoridades tradicionales tienen legitimidad y poder, pues representan la comunidad y actúan para resolver conflictos. Las autoridades tradicionales convocaron a los sospechosos, residentes en Pamesebal II y Panajxit, a una reunión en y con la última de estas dos comunidades, para la mañana del lunes 13 de mayo de 2002.

En este contexto se inició la asamblea alrededor de las 11:00 A.M. Por iniciativa de Defensoría K'iche', todo el evento fue grabado en video. Los sospechosos de haber participado en el asalto llegaron por sus propios medios; los hermanos Diego y Juan Velásquez vinieron en compañía de sus padres; Félix Morales Rojas llegó manejando su propio vehículo; Francisco Velásquez López llegó en compañía de sus padres y junto con Antonio Rojas, a quien también acompañan parientes. La asamblea, que para su momento más álgido llegó a contar con más de mil personas, comienza con saludos y explicaciones a los asistentes sobre por qué se ha convocado la reunión.

Pasan el megáfono a los acusados. Los primeros en hablar, en particular Félix Morales y Juan Velásquez, se muestran desafiantes e incluso increpan a la comunidad con malas palabras: “¡Putá mierda! ¿Quién dice que yo participé en el robo?”, preguntan. En ese momento se escuchan voces de la comunidad que piden gasolina para que sean linchados. Zapeta logra cordura, pero sólo a partir de la intervención de Francisco Velásquez, quien habla con humildad, y en actitud de arrepentimiento acepta su participación y pide perdón, la comunidad responde con aplausos y todo se calma. Dice que no lo hizo intencionalmente, que él no vive de eso y que sólo cayó en la tentación por el dinero fácil, invoca al Creador y dice que así como él perdona, pide a la comunidad que también haga algo semejante. Repite varias veces la frase “la mera verdad”. Luego hace un relato minucioso de los hechos, explica que esa noche llegaron unas personas con la *pick-up*, “Compramos dos aguas y presté una linterna”. Dice que le habían ofrecido Q2.000 por desmantelar el carro, y que luego de hacerlo lo quemaron para que la Policía no lo pudiera reconocer. Dice que a su comunidad le consta

que él nunca ha robado *chompipe* (pavo) ni gallina, que él quiere arreglar por las buenas y que por eso está colaborando.

En este momento es visible el nerviosismo de los otros implicados, que, sentados en el suelo, escuchan la confesión de Francisco Velásquez. Éste explica lo que ha ocurrido en su vida desde que sucedieron los hechos, de cómo tuvo que irse a Ciudad de Guatemala, amonesta a sus cómplices y les pide que digan la verdad, que el Sr. Zapeta le dijo que ellos no matan gente, sino que quieren que las cosas se arreglen por las buenas. Pregunta a la comunidad si quieren que revele quiénes son sus cómplices (desde un tiempo antes se escuchaban voces de la comunidad en este sentido) y responden a coro que sí. Señala a Antonio, a Félix y a los hermanos Velásquez, y Juan Zapeta pregunta si fue con ellos con quienes desarmó el carro.

## El papel de los medios

En este momento llegan periodistas de TV Acción, una cadena local de televisión que pertenece a uno de los jefes políticos del Departamento, del partido de Ríos Montt, el Frente Republicano Guatemalteco, y comienzan a filmar la asamblea. La comunidad a gritos pide que no se les deje filmar. Los camarógrafos piden que los dejen hacer sus tomas y la comunidad responde que no. Los acusan de falsear la verdad. Luego de una breve discusión, la comunidad los autoriza con el compromiso de que no mientan.

Una vez los sospechosos (con la excepción de Félix) confiesan su culpabilidad, la comunidad pide que se les azote. Piden 100 azotes, luego bajan a 50. Zapeta toma la palabra y habla de los antepasados, de la tradición, dice que 9 es un número sagrado, pide que sean 9 los azotes; otros piden 25, especialmente para Félix que es el más peligroso, el más “brincón”. Zapeta solicita que los azotes se den con ramas, como corresponde a la tradición, pero otros piden que sea con un látigo de cuero. Se somete a votación y gana lo recomendado por Zapeta. Una señora interviene y pide a los niños que observen lo que va a ocurrir, que aprendan a ser buenos muchachos. La mamá de Velásquez interviene y regaña a su hijo por haberse dejado convencer, agradece y pide a la comunidad que lo perdone. Félix se encomienda a Dios y se compara con Jesucristo y dice que como con Jesús, tampoco con él la gente sabe lo que hace; pide a Dios que perdone a la comunidad.

La comunidad elige a las autoridades encargadas de aplicar los nueve azotes. Sale uno por uno. El primero toma las ramas de ciprés que se han preparado para el efecto y pide perdón a los acusados por tener que pegarles, pero, dice, así me lo ordena la comunidad. Ésta demanda a gritos que los acusados se arrodillen y algunos piden que se les quite la chaqueta o los sacos que llevan. Finalmente se les deja la ropa que llevan puesta y se les dan los azotes de rodillas, en las piernas y la espalda.

De conformidad con lo que la comunidad había acordado durante la asamblea, llegan, llamados por Zapeta, el Gobernador del Departamento, el Juez de Paz, el Fiscal, un delegado de la PDH y otro de MINUGUA, junto con un destacamento antimotines de las Fuerzas Especiales Policiales. Cuando se entregan los acusados a las autoridades oficiales, específicamente al Juez de Paz, Zapeta explica lo que la comunidad acordó en la asamblea, piden que la justicia cumpla su parte, que se desea que a Francisco 'Chico' Velásquez se le dé un tratamiento benigno, que se le perdone por haber colaborado con el esclarecimiento de los hechos, y por su aceptación y arrepentimiento, y que a los otros se les investigue y castigue como merecen, especialmente a Félix.

Zapeta explica posteriormente que la decisión de las autoridades tradicionales de entregar los sospechosos a las autoridades oficiales se debió a que no todos los implicados habían confesado, lo que dificultó el ejercicio y aplicación del derecho maya<sup>7</sup>, pues al no haber confesión, no hay arrepentimiento y por lo tanto no puede haber perdón ni reparación. Dice que los entregaron en conjunto, pues la justicia oficial necesita de la declaración de todos para que se aclaren los hechos, pero habían sido claros sobre lo que se esperaba respecto a cada uno, en especial sobre Francisco Velásquez, para quien se pedía clemencia.

Regresando a la asamblea, cuando la policía esposa y comienza a llevarse a los sindicatos, Chico se muestra un poco confundido. Él habla de un acuerdo que se había hecho en la comunidad de Pamesebal, en el sentido de que si él colaboraba quedaría limpio y de que él había colaborado. El Juez de Paz dice que la decisión no depende de él sino de la Juez de Instancia, que se actuará de acuerdo con las pruebas. Una

---

7 Entendemos por derecho maya el conjunto de autoridades, valores, principios y prácticas que se han mantenido arraigados en la vida de estos pueblos y que actúan en interrelación con el derecho oficial del Estado. Aquél se expresa en los idiomas, formas de organización social, celebraciones, tradiciones, uso del calendario maya, entre otros, y orienta el debate y solución de la conflictividad que amenaza con romper la armonía comunitaria que siempre debe procurarse.

de las autoridades de Pamesebal –don Beto– dice que en efecto había un acuerdo y que si éste no se respeta, sentará un precedente negativo para las autoridades tradicionales, que perderán credibilidad cuando en el futuro necesiten pedir colaboración con la justicia a personas de la comunidad. Los miembros de la PNC esposan, con las manos en la espalda, a los acusados y los van sacando. Francisco dice, a medida que camina, que por favor no lo encierren con los otros acusados pues tiene miedo de que le hagan algo.

Los noticieros de televisión anuncian esa noche la noticia mostrando lo documentado por TV Acción. Alaban “la actuación oportuna de las autoridades que impidieron que una turba de enardecidos vecinos linchara a cinco personas que habían sido detenidas acusadas de robo”. Acusan a la “turba” de haberlos torturado y presentan las imágenes del momento en que a los acusados se les flagela. Éstas y las imágenes de cuando la PNC esposa y saca a los acusados de la asamblea son las únicas que sacan al aire. No hay ninguna mención a la asamblea ni a la existencia de autoridades, ni al papel de Defensoría K’iche’, ni al contexto del hecho, ni se presenta ninguna de las intervenciones de las autoridades o de los acusados, y tampoco se entrevista a ninguno de los actores.

Lo que más preocupa de esta presentación es el reforzamiento del estereotipo racista que existe entre algunas personas de la región acerca de los indígenas, en el sentido de que son gentes “sin Dios ni ley” y que cuando ellos se reúnen, lo hacen para cometer tropelías o simplemente para linchar, prejuicios que ni siquiera contemplan la posibilidad de que los pueblos indígenas tengan sus propias autoridades y apliquen sus propios sistemas y procedimientos de justicia. Con posterioridad al hecho, los comentarios que se escuchan de la gente común, e incluso de funcionarios judiciales, tienen que ver con esta interpretación que hizo TV Acción. La Juez de Instancia Penal comentaba que colegas del Organismo Judicial (OJ) de Ciudad de Guatemala la habían llamado y preguntado si a ella no le daba miedo trabajar entre gente tan salvaje.

Es notorio aquí el efecto nocivo de los medios, que presentan versiones de los hechos, deformadas por la carga ideológica de una sociedad afectada de racismo, y estas versiones terminan sobreponiéndose a una realidad que es encubierta. Estas versiones influyen en fenómenos como el de los linchamientos, que no son accidentales sino el resultado deli-

berado de políticas y actitudes que obstaculizan e impiden respuestas mejores de parte de los pueblos indígenas. A lo largo de la historia, el poder hegemónico en Guatemala ha utilizado el argumento del “atraso” indígena como justificación para su marginamiento y explotación.

En el reporte en que la PNC pone a disposición del Juez de Paz a los cinco detenidos, el Inspector de Policía Roque Octavio González Rivera afirma que estas cinco personas habían sido detenidas por pobladores de los cantones de Pamesebal y Panaxjit, en sus lugares de residencia, encabezados por el líder de la Defensoría Maya (sic) Juan Zapeta, acusados de múltiples asaltos y robos en los referidos cantones y que

*... a los hoy detenidos, los pobladores de los cantones descritos pretendían lincharlos por los delitos que se les sindicaban, y por la intervención y la mediación de los funcionarios mencionados decidieron entregarlos a las autoridades, para que les sea aplicada la ley y no sean absueltos a un corto tiempo. Hoy detenidos que presentan erosiones en diferentes partes del cuerpo, sin ameritar asistencia médica, mismas que fueron ocasionadas por enardecidos vecinos de los cantones.*

Hay que destacar que en ningún momento en el curso de la asamblea existió un riesgo real de un posible linchamiento, en parte debido al buen manejo de la situación que Juan Zapeta hizo y a la previsión con que se había planificado y coordinado con las autoridades oficiales, incluyendo a la PNC. La entrega de los acusados por las autoridades tradicionales no fue el resultado de la intervención ni mediación de los funcionarios oficiales: fue un acuerdo de la asamblea y fue una negociación que había sido discutida previamente entre las autoridades tradicionales y las autoridades oficiales. El acuerdo, según Zapeta, que existía entre las autoridades indígenas y las oficiales era que si en el curso de la asamblea quedaba evidenciada la culpabilidad de los acusados y si no había arrepentimiento, colaboración o confesión de todos, serían entregados a las autoridades oficiales para que éstas continuaran la investigación y los responsables fueran juzgados según se acordara en la asamblea.

Al día siguiente, los cinco acusados, ya puestos a disposición del Juzgado de Instancia Penal, son sometidos a indagatoria y cuentan para ello con la actuación del defensor del Instituto de la Defensa Pública Penal.

En el curso de esta indagatoria se elabora un acta donde se explican, por el despacho judicial, los hechos por los cuales están rindiendo indagatoria. El despacho afirma que ellos habían sido detenidos por pobladores de los cantones, encabezados por Juan Zapeta, líder de la Defensoría Maya (sic), y que los habitantes de los lugares pretendían lincharlos, lo cual fue impedido gracias a la intervención oportuna de las autoridades de esa ciudad. En otras palabras, se reproduce la versión de la televisión, que de esta forma entra a reemplazar la realidad de lo ocurrido.

Irónicamente, el video filmado por la misma Defensoría, que hubiera podido servir para desvirtuar totalmente la versión falseada de los hechos pues mostraba lo que en realidad había sucedido y ponía en evidencia la no detención (a los acusados se les ve llegando por sus propios medios), las intervenciones de las autoridades tradicionales, las intervenciones de las madres de los sindicados, el contexto del castigo simbólico (los azotes), el desarrollo de la asamblea sin mayores sobresaltos y conducida con moderación por Zapeta, la inexistencia del riesgo de linchamiento y, sobre todo, el carácter y nivel de detalle de las confesiones y la precisión de los hechos, circunstancias de tiempo, modo y lugar, detalles todos que los acusados revelan sobre la planificación del asalto y el desarrollo del mismo, no fue recibido por el fiscal López Coronado cuando Juan Zapeta se lo ofreció, alegando que por tratarse de “pruebas extrajudiciales no servía y en cambio los podría perjudicar”. En cambio, en conversaciones posteriores con jueces y funcionarios, todos dicen haber visto la televisión con las noticias de TV Acción, lo que explica las coincidencias en la terminología y en la caracterización de los hechos.

El defensor de la Defensa Pública, además de solicitar por inercia la libertad de sus defendidos, hace, en el curso de la indagatoria, la siguiente aclaración y petición:

*Al analizar el informe policial se establece de manera precisa que las personas particulares que aprehendieron a mi defendido lo realizaron sin orden de juez competente y sin existir flagrancia o la persecución instantánea de un delito y conociendo que la detención que realizaban era de carácter ilegal. No obstante también cometieron los aprehensores, además de la detención ilegal, el delito de tortura, tentativa de asesinato, pues gracias a la inter-*

*vención de funcionarios públicos no fue linchado y en mi calidad de funcionario público, en el ejercicio del cargo de la presente diligencia, me estoy enterando que existió la comisión de un hecho delictivo y presento la formal denuncia ante el juez que toma la declaración, para que sea conocida por el órgano encargado de la investigación a efecto de perseguir penalmente a los responsables a efecto de que el órgano jurisdiccional controle la legalidad del proceso, proponiendo como prueba la declaración de los imputados en este hecho y una cinta grabada en videocasete que obra en canales de televisión internos o cable de este municipio. En virtud de la detención ilegal realizada en contra de mi patrocinado, solicito que al resolver su situación jurídica, se le otorgue su libertad inmediata por falta de mérito, ya que el juez controlador debe de fundamentar sus decisiones partiendo de la Constitución de la República y de los Pactos y Convenciones Internacionales que sobre derechos humanos ha ratificado Guatemala, ya que no es posible que el Estado en el ejercicio Ius Ponendi se convierta en violador de los derechos humanos de libertad y el debido proceso y pueda avalar delitos de lesa humanidad, como lo es la tortura y tratos crueles y degradantes.*

De este texto se infiere, entre otras cosas, que este funcionario ha recibido capacitación en derechos humanos, que está familiarizado con discursos sobre convenios y tratados internacionales suscritos por Guatemala, y que en su trabajo lo que se valora, por sobre otras consideraciones, es conseguir la libertad de sus defendidos. Valga la pena decir aquí que durante el tiempo que estuvimos al frente de las defensorías indígenas en el Instituto de Defensa Pública Penal (IDPP), insistimos en que la función del defensor público con usuarios indígenas se llevara a cabo de preferencia sobre la base de la coordinación y el diálogo con las autoridades tradicionales.

Lo que sigue no es menos sombrío. La Juez de Primera Instancia, al entrar a resolver la situación jurídica de cada uno de los privados de libertad, afirma lo siguiente (el texto es idéntico para cada uno y sólo se cambia el nombre del detenido):

*Se tiene a la vista para resolver la situación jurídica del sindicado (nombre ...), por el delito de ROBO AGRAVADO, Y,---  
CONSIDERANDO DE DERECHO: La Constitución Política de*

*la República establece: que ninguna persona puede ser detenida o presa, sino por causa de delito o falta y en virtud de orden librada con apego a la ley por autoridad judicial competente, exceptuándose los casos de flagrante delito o falta. El funcionario o agente de la autoridad que infrinja lo dispuesto en este artículo será sancionado conforme a la ley, y los tribunales, de oficio, iniciarán el proceso correspondiente. Que las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. El interrogatorio extrajudicial carece de valor probatorio. Así también nuestro ordenamiento procesal penal establece que si no concurren los presupuestos para dictar auto de prisión preventiva, el tribunal declarará la falta de mérito y no aplicará ninguna medida de coerción. ----CONSIDERANDO DE HECHO: La suscrita juez al resolver la situación jurídica del sindicato..., entra a realizar las siguientes consideraciones: I) Que la detención de una persona es válida cuando: a) Se produce la comisión de un hecho, o inmediatamente después de ejecutado "flagrancia", que se manifiesta cuando una autoridad tiene noticia o conocimiento de un hecho delictivo; b) Cuando ésta se realiza por orden de juez competente, todo esto como una garantía al derecho de libertad personal, artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El juez, como garante de los derechos humanos, debe velar por el derecho a la protección contra la detención arbitraria, en el sentido de que no puede ser privado de su libertad, sino en los casos y según las formas establecidas por las leyes preexistentes, artículo 25 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; así también deberá observarse, en la aplicación de la justicia, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes. En cuanto a tomarse debidamente en consideración las costumbres o Derecho Consuetudinario, siempre y cuando éste no riña con los derechos humanos, y en el presente caso se puede establecer la flagrante violación al Estado de Derecho y la inobservancia de la ley en contra de (nombre del sindicato) ..., al habersele detenido sin que medien los presupuestos procesales, así como haberse querido obtener confesiones basándose en la tortura, por lo que deviene que al momento de resolver, debe reinstaurar las garantías quebrantadas y ordenar su inmediata libertad, debiéndose certificar lo conducente al Ministerio Público para que se inicien las acciones en contra de los responsables de estos hechos, quienes, bajo la su-*

*puesta aplicación de un “Derecho Consuetudinario o Maya”, caen en ilegalidades aduciendo que es mejor torturar que linchar* <sup>8</sup>.

Como resultado de esta lectura que hace el Estado a través de estos funcionarios, se ordena la liberación de cuatro de los detenidos, por falta de mérito, y se ordena la detención de Francisco “Chico” Velásquez, precisamente la persona para quien las autoridades tradicionales pedían un tratamiento benigno, pues gracias a su confesión y colaboración se había logrado la identificación de los miembros de la banda. Los padres de Francisco Velásquez, que habían sido muy importantes a lo largo del proceso en la mediación con las autoridades tradicionales para conseguir su colaboración, les reclaman indignados, a las autoridades tradicionales, por lo que ellos consideran un incumplimiento de compromisos hechos, y al defensor público por no haber logrado la libertad de su hijo, y resuelven darle poder a un abogado privado de Santa Cruz. A manos de este abogado va finalmente a parar el dinero que, producto de la venta de la tierra que le correspondía como herencia, Velásquez había ofrecido pagar al afectado en aplicación del carácter reparador del derecho maya<sup>9</sup>.

La decisión de la juez afecta gravemente a las comunidades de los cantones Pamesebal Primero, Panajxit Primero, Panajxit Segundo y Panajxit Tercero, pues se invisibiliza la investigación que ellas realizaron y que en un tiempo corto logró esclarecer los hechos, obtener la confesión de tres de los acusados y conseguir que por lo menos uno de ellos ofreciera reparar el daño ofreciendo cinco mil quetzales (Q5.000) al principal afectado. En su desarrollo, esta investigación había logrado igualmente que varios de los residentes de los mencionados cantones vencieran el miedo y su actitud defensiva, y se atrevieran a denunciar lo que sabían sobre las actividades delincuenciales de algunos de los acusados. Se perdió todo lo logrado en este episodio, que cumplía una función muy importante en el fortalecimiento de las autoridades tradicionales, las mismas que habían logrado demostrar su capacidad de convocatoria, su ascendiente social y por ende su potencialidad in-

---

8 Tomado textualmente del acta del Juzgado de Instancia Penal, por medio de la cual se resuelve la situación jurídica de los detenidos. Para cada uno de ellos se repite el mismo texto, y se cambia sólo lo que corresponde al nombre y generales de ley.

9 Una práctica usada por algunos litigantes privados es utilizar a policías o empleados del sistema judicial, que “asesoran” a los detenidos o a sus parientes advirtiéndoles sobre la “gravedad” del caso y les dicen que con la Defensa Pública, por ser gratuita, no obtendrán una buena solución. Les dicen además que si quieren salir pronto y bien, lo mejor es contratar al licenciado tal, que, aunque costoso, es efectivo y que a ellos les dará un precio “especial”.

valuable de coordinación con el Estado cuando se trata de fortalecer la justicia y combatir la delincuencia.

A estas alturas del proceso, la intervención del Estado dejaba un lamentable balance: con la excepción del abogado particular local, que incrementó sus ingresos con los honorarios recibidos, todos los demás actores salieron desfavorecidos, incluyendo el Estado mismo, al que los pobladores siguen viendo con desconfianza, lo que le resta legitimidad, con consecuencias graves para la gobernabilidad. Con semejante actuación perdió también el sistema de autoridad tradicional, que vio disminuida su credibilidad frente a la gente que representa, lo cual es muy serio dada la historia de linchamientos en la región, expresión del fenómeno de anomia<sup>10</sup> que afecta a varias regiones indígenas del país. De acuerdo con el informe “Los linchamientos: un flagelo que persiste”, de la Misión de Verificación de Naciones Unidas (MINUGUA), entre 1996 y 2002 fueron contabilizados 482 linchamientos, que produjeron 913 víctimas, de las cuales murieron 240. La mayoría de estos linchamientos se dieron en áreas indígenas que habían sido gravemente afectadas por el conflicto armado interno. Con este fallo de la justicia, igualmente perdió la víctima, que quedó sin obtener ninguna reparación por el daño sufrido por el delito y por las trabas judiciales que le siguieron; perdieron también los sindicatos, que continuaron sin resolver su situación jurídica y cada día con menos posibilidades de poder reparar el daño ocasionado y retornar al conjunto de su comunidad y que, aunque no están detenidos, son vistos como delincuentes que lograron impunidad por sus actos, y se reactiva así el riesgo de linchamiento si se sospecha que vuelvan a sus andanzas delincuenciales. Por último se perdió una oportunidad más de mejorar la comunicación y coordinación entre el derecho oficial y el derecho indígena, en una nación que necesita con urgencia mejorar las condiciones de gobernabilidad, legitimidad y seguridad para la sociedad y el acceso de todos a la justicia.

---

10 La anomia aparece por el vacío de autoridades y normas que se produjo en varias comunidades, luego de la destrucción del sistema legítimo de representación, y con él de normas y procedimientos, ocurrido durante el enfrentamiento armado interno. Las autoridades y normas fueron reemplazadas temporalmente por las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC) y por los comisionados militares, pero el vacío se agudizó al ser desmontadas las PAC en cumplimiento de los Acuerdos de Paz. El espacio no fue ocupado por el Estado de Derecho y es muy lenta la reconstitución del tejido social tradicional, especialmente debido a la falta de apoyo oficial y social a las autoridades tradicionales legítimas.

## Valores, procedimiento y sanción

Creemos que en este punto es importante abrir un paréntesis sobre el cambio de conducta de los sindicatos frente a la comunidad en la asamblea y lo que dijeron frente a la juez, luego de la orientación que recibieron del abogado defensor, como ellos mismos nos aclararon cuando les preguntamos sobre el particular. Una de las diferencias entre el sistema jurídico oficial y el practicado por los pueblos indígenas es el valor de la verdad, entendida ésta como la confesión que resulta del reconocimiento del trasgresor de haber cometido un hecho reprochable y dañino. Esto ocurre en cumplimiento de un principio del derecho maya conocido como arrepentimiento (en k'iche', "kuyb'al mak"). Mientras en el derecho oficial la confesión es seguida de una sanción, generalmente privativa de la libertad, pero que puede llegar incluso a la pena de muerte, en el sistema propio de los pueblos indígenas, a la confesión sigue el público arrepentimiento, el compromiso, por medio de la palabra (que tiene un carácter sagrado en el derecho maya), de no cometer de nuevo faltas o delitos, de enmendarse, de ser ejemplar como miembro de la comunidad y de su familia. Luego del arrepentimiento, la comunidad dispone un *Pixab* (consejo) por medio de un *Aj'qij* (guía espiritual) y le aplican lo que podría ser una sanción, que en realidad no lo es, pues se trata de un mecanismo para que la persona pueda ser reintegrada al núcleo comunitario después de acordado el resarcimiento del daño, lo que podría consistir en trabajos comunitarios o multas. De esta forma, la confesión existe en la justicia indígena como un valor apreciado, promovido y compensado.

Justamente por esta razón, con mucha frecuencia, cuando un indígena tiene que responder ante un tribunal penal oficial, él se siente atraído a confesar, lo que es impedido por los abogados defensores, para quienes la confesión es algo que hay que evitar. Esto ocurre, creemos, por una aplicación exegética del principio de la presunción de inocencia, por el cual hay que dejar que sea el Estado el que demuestre la culpabilidad. Cuando el abogado no lo puede evitar, el indígena confiesa y de inmediato va a parar a la cárcel, lo que a los ojos de los investigadores sobre derecho maya, constituye un mecanismo de discriminación que golpea a los indígenas, para quienes la exposición de la verdad, en su contexto cultural, es tenida como un valor.

A partir de la necesidad de proteger el arrepentimiento y la confesión como un principio ético universal, una posibilidad, interesante en nuestra opinión, podría ser la de desarrollar una estrategia a partir de los centros de capacitación de las instituciones de justicia, por la cual se sensibilice a operadores, fiscales y defensores para que no se obstaculice la confesión y se promueva, en su lugar, la aplicación del artículo 10 del Convenio 169<sup>11</sup>, de manera que un indígena, según el tipo de delito y de acuerdo con las especificidades de cada caso, si deseara confesar la comisión de un hecho delictivo, se le pueda ofrecer en compensación la aplicación de una sanción alternativa al encarcelamiento. Esto se conseguiría buscando la participación, en el proceso, de la autoridad tradicional del lugar de donde el indígena es oriundo, de manera que, en coordinación entre los distintos sistemas de justicia, se acuerde el tipo de sanción que se podría imponer al indígena procesado y que ésta sea supervisada por la autoridad tradicional. De esta manera no sólo el sistema oficial economizaría recursos (menos gasto en el proceso, menos tiempo de funcionarios, y menos costos para el sistema penitenciario), sino que la comunidad y el procesado se liberan de la posibilidad de contaminación que ocurriría si el procesado tuviera que ir la cárcel. Así mismo, se incrementaría la colaboración y coordinación entre las autoridades indígenas y el Estado, en un país que lo requiere dada la conformación étnica de la mayoría de la población.

En relación con algunas de las apreciaciones mencionadas por la juez en el auto que otorgó la libertad a los sindicados, hay varias afirmaciones que consideramos vale la pena discutir. Una es la estrecha aplicación del Convenio 169, que ella cita para concluir que en este caso los indígenas violaron los derechos humanos, toda vez que fueron detenidos sin que mediasen “los presupuestos procesales”. Como ya se ha visto, las autoridades indígenas ejercieron su competencia convocando a una asamblea a la que asistieron los sindicados y miembros de la comunidad. En el curso de la misma los sindicados confesaron y con base en esta confesión fueron entregados a las autoridades oficiales. La juez afirma que las autoridades judiciales son las únicas competentes para interrogar a los detenidos o presos. ¿Debería –según esto– funcionar la asamblea comunitaria siguiendo el ritual prescrito por el Código de Procedimiento Penal? Por supuesto que no, como lo ha dicho la Corte

---

11 “1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento” (el subrayado es nuestro).

Constitucional colombiana. El debido proceso implica, en el caso de indígenas, que los procesados estén en capacidad de prever la forma como se lleva a cabo el ritual. Así mismo, el derecho a la defensa en este tipo de aplicación de su normativa tradicional se da no porque se tenga un abogado, sino porque la persona sospechosa de haber cometido un delito puede contraargumentar, preguntar, presentar testigos, y tener personas que hablen por él o aleguen en su favor. Todos estos hechos se dieron en el caso que nos ocupa. Sobre la calidad de autoridad que representan la comunidad y sus líderes en este caso, los contenidos del Convenio 169 no dejan lugar a dudas sobre el reconocimiento legal de su función.

Las decisiones de las autoridades indígenas, aunque difieran en sus formalidades y contenidos de las que toma el poder judicial en un Estado moderno, no por ello carecen de valor legal, de acuerdo con lo establecido por el Convenio 169. En especial en lo relativo a los derechos humanos, hacemos alusión a lo que la Corte Constitucional colombiana ha definido como el núcleo duro sobre el cual existe un consenso internacional intercultural. Según esta Corte, las limitaciones que implica el respeto a los derechos humanos llevan a: No matar, No torturar y No esclavizar. Creemos que estas tres limitaciones sientan un principio moral, que permite a su vez un amplio margen para el diálogo intercultural y para los avances en la coordinación de procedimientos que, como las culturas de donde vienen, son la expresión de una gran diversidad.

Por otra parte, todos aquellos actos que, en ejercicio de la autoridad (tanto la reconocida por el Estado como la legitimada por la comunidad), impliquen restricciones a las libertades individuales, tales como la detención de un sospechoso, el allanamiento de una vivienda, o la supresión o limitación de un derecho, no constituyen infracciones cuando son el resultado del ejercicio de una autoridad legítima, constitucional o legalmente respaldada, cuyo ejercicio, además de reconocido por el orden jurídico, es aceptado como legítimo por la comunidad. Ésta es una conclusión necesaria de la lectura del Convenio 169.

En relación con la observación acerca de si los azotes constituyen o no violación a los derechos humanos, consideramos que éste es un debate importante y sano que se debe producir en toda sociedad. Pero para ello creemos que es necesario valorar sin ambigüedades los diferentes ele-

mentos que intervienen en el conjunto de toda situación. En realidad, cualquier forma de sanción constituye una limitación a los derechos humanos: la cárcel, las multas, el estigma social son limitaciones a éstos, y en algunos casos de mayor gravedad de la que podría derivarse de castigos físicos, de acuerdo con el tenor cultural en que se den. Lo fundamental es considerar y valorar adecuadamente, de preferencia en desarrollo de peritajes culturales, el contexto en que ellos ocurran. El ex magistrado colombiano Carlos Gaviria observa que, en la sociedad mayoritaria de Colombia, el castigo está motivado, como sanción, por la comisión de un delito; en la sociedad indígena (la paez, en el caso de la sentencia de tutela T-523 de 1997) se castiga para restablecer el orden de la naturaleza. En el caso de la comunidad k'iche', se establece el castigo para limpiar al trasgresor y para propiciar la recuperación de su espacio en la comunidad. La otra motivación es educar a la colectividad sobre la importancia de comportarse dentro de márgenes que no quebranten el equilibrio que siempre debe primar:

*El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre; el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado<sup>12</sup>.*

En esta sentencia, el entonces magistrado Carlos Gaviria aduce que no es dable, en sociedades pluralistas, que se imponga una visión mayoritaria, pues ninguna cosmovisión debe prevalecer ni imponerse. Así mismo, la definición de tortura que da la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, así como lo expresado por la Corte Europea de Derechos Humanos en numerosas decisiones, establece que la sanción, para que sea punible, debe ser ilegítima y además debe haber provocado daños graves y crueles.

Adicionalmente es importante valorar la institución de la prisión, propia del derecho oficial, y contrastarla con las soluciones que caracterizan el sistema de arreglo propio del derecho indígena. Hay que evaluar los impactos de la cárcel para los pueblos indígenas y para la sociedad en general. Es frecuente escuchar de las autoridades indígenas su rechazo a la cárcel como sanción, aduciendo que al así sancionado “se le daña el corazón” pues, en el ocio en que permanece, alimenta el odio

---

12 Carlos Gaviria (2002), *Sentencias. Herejías constitucionales*. Fondo de Cultura Económica. Colombia, p. 343.

contra los que considera responsables de la privación de su libertad y aprende a delinquir con otros presos más experimentados con quienes comparte la reclusión, de manera que cuando sale libre representa un peligro potencial mayor para las comunidades a donde regresa.

En contraste con el derecho indígena, en el derecho oficial el trasgresor al ser encarcelado es separado de su comunidad, lo cual no sólo lo perjudica a él sino a la víctima, que no es resarcida, por lo que también pierde ésta, sus familias y la comunidad, que queda entonces expuesta a una familia empobrecida, por faltar el principal proveedor. Se genera así un problema mayor, que afecta a todos pues los miembros de esa familia pueden incluso verse obligados a robar para sobrevivir. Las sanciones propias del derecho indígena, por el contrario, le permiten al trasgresor reparar el daño causado, incluyéndose a sí mismo, pues con el trabajo comunitario u otras soluciones pertinentes, el trasgresor tiene la posibilidad de reincorporarse a la comunidad limpio de culpa y de resentimiento. El sistema de sanción, en el derecho indígena, busca reintegrar al trasgresor a la comunidad, no aislándolo de ella sino permitiéndole gozar y desarrollar el valor del arrepentimiento, el resarcimiento y el perdón. Para decirlo de otra forma, mientras el sistema penitenciario oficial estigmatiza, el sistema indígena purifica.

La Corte Suprema de Justicia, en el *Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos*, presentado en México en el año 2001, destaca lo que califica como valores mayas: la conciliación, la reparación del daño causado, la compensación, y el restablecimiento del equilibrio y la armonía. Igualmente valora el carácter no violento de estas culturas y el cómo, en su búsqueda del equilibrio, poseen un sistema sancionador que difiere en su concepción básica de aquel en el sistema oficial:

*La resolución de conflictos en los mayas es eminentemente conciliadora y compensadora; persigue como constante la restauración de la armonía comunitaria, razón por la cual las sanciones no siempre tienen el carácter penal como en el sistema oficial; el reparo, la restitución, las detenciones preventivas y los servicios a la comunidad, son las sanciones mas frecuentes. Las más fuertes y que se aplican muy de vez en cuando son los golpes y la expulsión de la comunidad [...] Una diferencia importante entre los dos*

*sistemas es que mientras en el sistema oficial las multas son para el Estado, en los mayas éstas van para el ofendido*<sup>13</sup>.

Pero sin duda, el beneficio mayor para la sociedad en su conjunto es el fortalecimiento de la justicia en general, lo que resulta del incremento en la coordinación de los diferentes sistemas de justicia, y en la protección y promoción de valores como el arrepentimiento, la confesión y el perdón, que enriquecen la humanidad de toda la nación. En contraste con esto, la justicia oficial, en el presente caso, decidió mantener preso a aquel que dijo la verdad, que confesó su crimen y se arrepintió, que ofreció compensar a la víctima y que todo el tiempo se mostró asequible y arrepentido. Esa justicia liberó en cambio a quienes mintieron y, en actitud de ausencia de arrepentimiento, no mostraron deseos de colaborar.

## El efecto video

Ante tal situación, tomamos la decisión de grabar entrevistas que dieran el contexto necesario para comprender la asamblea y sacaran del anonimato el video que Defensoría K'iche', por iniciativa propia, había grabado durante aquella asamblea. Fue entonces cuando, entre los actores judiciales, jueces, fiscales, defensores públicos, autoridades tradicionales, víctimas, sindicatos, familiares y testigos, y posiblemente a raíz de las explicaciones que dábamos sobre el uso que se le daría al caso —de utilizarlo para capacitaciones y sensibilizaciones con jueces y fiscales—, comenzó a generarse algún nivel de reflexión sobre lo que había ocurrido, lo que llevó a los entrevistados a plantearse alternativas que enderezaran lo actuado y en el curso de ellas el caso fue dinamizado.

Un primer efecto fue la revisión de la decisión de la juez de primera instancia de liberar a los sindicatos. La juez, a solicitud del fiscal, ordenó la detención de Félix Morales Rojas. Producida esta detención, Morales fue contactado en la cárcel por las autoridades tradicionales y líderes de Defensoría K'iche', quienes le propusieron que, conjuntamente con otro detenido, buscaran la forma de encontrar un arreglo de acuerdo con el derecho indígena. En un principio Félix estuvo de acuerdo y llegó a ofrecer una suma de dinero. Pero esto finalmente no

---

13 *Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos*, presentado y discutido en Ciudad de México los días 18 y 19 de mayo de 2001, en fase preparatoria de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos, p. 29.

se dio por la intervención de un abogado local contratado por Morales, que se opuso a que aceptara su responsabilidad en el hecho, argumentando que la justicia oficial tenía que probar su responsabilidad y que él estaba seguro de que no lo podrían hacer. De hecho, este abogado argumentó la falta de pruebas para mantener a su defendido privado de libertad y consiguió que después de unas cuantas semanas se le levantara la medida de aseguramiento. Más tarde el fiscal, ya no López Coronado (que salió del MP) sino el Lic. Casimiro Pérez, que asumió el caso, solicitó la detención de otros dos sindicados.

El fiscal, que forma parte de la mesa indígena del Centro de Justicia que funciona en Santa Cruz del Quiche<sup>14</sup>, convocó en diciembre una diligencia sui géneris (para Guatemala) de aplicación del Convenio 169. En su despacho citó a los sindicados contra quienes se libraría orden de aprehensión, en compañía de sus parientes y sus abogados de la Defensa Pública, y de la víctima y representantes de las autoridades tradicionales y de Defensoría K'iche'. El objetivo era buscar una solución, en el marco del derecho indígena, que satisficiera a las diferentes partes en el proceso y que pudiera servir para revertir el caso.

Con la presencia de la Juez, del Fiscal, y en su despacho, las partes intervinieron expresando sus diferentes puntos de vista. Las autoridades indígenas planteaban que, en primer lugar, los sindicados debían reconocer su participación en los hechos; en segundo lugar, comprometerse públicamente a no volver a delinquir; en tercer lugar, acordar un resarcimiento a la víctima de los hechos; por último, aceptar recibir un *Pixab*<sup>15</sup> en la comunidad. Siguiendo la recomendación del fiscal, los sospechosos aceptaron resarcir con dinero a la víctima, pero sin reconocer expresamente haber sido los autores del delito. Para el abogado de Francisco Velásquez y para el fiscal, lo importante era que la víctima recibiera el dinero, se firmara el documento y se terminara de una vez el asunto, mientras que para la víctima y para las autoridades indígenas, lo principal era que los sindicados reconocieran la falta y se comprometieran a no volver a delinquir. “No tiene sentido —decía

---

14 En varias ciudades del país, en desarrollo de un proyecto de justicia de USAID, se han creado Centros de Justicia donde se reúnen y laboran en conjunto funcionarios judiciales de las distintas instituciones del Estado, junto con autoridades indígenas y representantes de organizaciones sociales que trabajan temas de justicia.

15 Por *Pixab* se entiende el ejercicio de aconsejar, a partir de un llamado a la reflexión, que las autoridades tradicionales mayores hacen a los miembros de la comunidad en diferentes momentos de su vida, por ejemplo en la transición por la edad, o en la petición de mano para al matrimonio, o más comúnmente frente a transgresiones, conflictos, problemas, etc.

el líder de la organización indígena— que ellos acepten dar el dinero para evitar ir a la cárcel y mañana estén en otro robo recuperando el dinero”. Según este líder, para el derecho indígena es fundamental el arrepentimiento, para lo cual es indispensable reconocer la falta y de esta forma empezar a resarcir el daño. En contraste, para el abogado de Chico, ésta era una solicitud irreal: “Lo que ustedes quieren es que la gente diga la verdad. Es muy difícil que alguien diga ‘Yo maté’”. Finalmente, en parte por el cansancio y también por la presión de terminar de una vez la sesión, se llegó a un acuerdo.

Para el mes de febrero de 2003, el Tribunal de Sentencia convocó el debate para la decisión de fondo sobre la situación legal de Francisco Velásquez, quien continuaba detenido. El fiscal solicitó que fuera eximido de responsabilidad, argumentando que ya había ‘cosa juzgada’, pues en la audiencia en su oficina se había llegado a acuerdos con las autoridades tradicionales. En esa audiencia, los sindicatos (con excepción de Félix) habían admitido su falta y habían resarcido a la víctima aceptando las condiciones expuestas por las autoridades tradicionales; adjuntó copia del acta mediante la cual se había llegado a acuerdos entre las partes y las autoridades tradicionales, y explicó el arreglo de diciembre de 2002, logrado en el marco de la aplicación del derecho indígena y del Convenio 169.

El abogado defensor hizo acto de presencia pero no argumentó nada en su intervención. Velásquez más tarde afirmaría que el abogado estaba *bolo* (ebrio) ese día, dado el fuerte olor a licor que exhalaba. El Tribunal, sin embargo, consideró a Velásquez como un procesado confeso, desestimó lo que el fiscal denominó arreglo entre comunidades, rechazó el argumento presentado por el Fiscal en el sentido que el caso había hecho tránsito a cosa juzgada, y resolvió condenar a Francisco Velásquez a seis años de prisión.

El Instituto de la Defensa Pública Penal ofreció entonces asumir la defensa del procesado para apelar la sentencia. Se cita a sus parientes y se conversa con el detenido. Cuando los parientes visitan al abogado de Velásquez para solicitarle que renuncie a la representación legal para que ésta pueda ser asumida por el IDPP, el abogado se opone y exige Q3.000 más para renunciar. Frente a este nuevo incidente y dado que la familia carece totalmente de medios para pagar esta suma, la Defensa Pública considera convocar a una reunión con el presidente

del Tribunal de Sentencia para explicarle la situación, y ver la posibilidad de que el Tribunal designe como defensor de oficio a la Defensa Pública para sustentar la apelación. Se estudia igualmente pedir la intervención del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados para discutir posibles faltas a la ética profesional del abogado defensor.

Finalmente el abogado renuncia y el IDPP asume la representación legal de Francisco Velásquez. Se presenta la apelación ante la Sala Novena de la Corte de Apelaciones, la cual es acompañada con el video filmado en la asamblea por los indígenas, y con otro video en el que se ve la conciliación a la que se llegó en la oficina del Fiscal. Se solicita así mismo un peritaje cultural que explique la lógica y el funcionamiento del derecho indígena. La apelación se resuelve el 13 de agosto de 2003, con ponencia de la magistrada Crista Juárez, quien solicita la ratificación de la sentencia del Tribunal argumentando que las autoridades indígenas no cumplen funciones jurisdiccionales y que no hay lugar a alegar “cosa juzgada” pues el Convenio 169 no modifica el ordenamiento legal en esa materia. Además dice que Chico había sido juzgado por un juez que no lo era, pues quien lo había hecho había sido la comunidad.

## El recurso ante la Corte Suprema de Justicia

El IDPP presenta un recurso de casación ante la Corte Suprema de Justicia, con argumentación de fondo, sustentando que las autoridades indígenas en este caso sí cumplían una función jurisdiccional según el Convenio 169 y la Constitución Política. En esta última se asignan tres obligaciones específicas al Estado<sup>16</sup>: reconocer, respetar y promover (subrayados nuestros) las formas de vida de los grupos étnicos que conforman Guatemala, que incluyen las costumbres, idioma, tradiciones y formas de organización social de estos grupos. No es posible imaginar que estas obligaciones se estén cumpliendo al excluir o al no contar con el sistema jurídico indígena y con el conjunto de autoridades que lo hacen posible. Así mismo, el Convenio 169, en el artículo 8, numeral 2, establece:

---

16 Art. 66. “Protección a grupos étnicos. Guatemala está formada por diversos grupos étnicos, entre los que figuran los grupos indígenas de ascendencia maya. El Estado reconoce, respeta y promueve sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena en hombres y mujeres, idiomas y dialectos”.

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

*Artículo 9: 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.*

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

El ejercicio de los sistemas jurídicos indígenas, a través de sus autoridades, tal como está contemplado en el Convenio 169, se da en armonía de principios que, como lo señaló la Corte de Constitucionalidad<sup>17</sup>, son complementarios y desarrollan la Constitución:

*Esta Corte es del criterio que el Convenio 169 analizado no contradice lo dispuesto en la Constitución, y es un instrumento jurídico internacional complementario, que viene a desarrollar las disposiciones programáticas de los artículos 66, 67, 68 y 69 de la misma, lo que no se opone, sino que, por el contrario, tiende a consolidar el sistema de valores que proclama el texto constitucional.*

El artículo 46 de la Constitución establece la jerarquía de las leyes y la preeminencia del derecho internacional en materia de derechos humanos, considerando que el Convenio 169 de OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes es un convenio sobre derechos humanos y, al ser ratificado por Guatemala, su aplicación se encuentra por encima del derecho interno, en virtud de lo que establece el artículo 46 que reza:

---

17 Corte de Constitucionalidad, Opinión Consultiva, Expediente AL-12 9-2 de 1995.

*Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el Derecho interno.*

El tema de las limitaciones en el ejercicio del derecho propio de los pueblos indígenas, al igual que otros temas que han venido emergiendo con las nuevas legislaciones, no es de fácil solución. Hay varios aspectos en la práctica de la justicia indígena que a primera vista podrían ser considerados violatorios de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. Tomemos por ejemplo el sistema sancionatorio, que involucra en algunos casos penas que podrían constituir violaciones al principio de la individualidad del proceso; o el de la pena, cuando por ejemplo la sanción se extiende a los familiares de un procesado, en casos de personas que por incumplir sus obligaciones comunitarias se les corta el servicio del agua, lo que afecta al conjunto de la familia, o se les impide a sus hijos asistir a la escuela. Otro caso de ocurrencia más o menos frecuente es el del delincuente reincidente, a quien las autoridades tradicionales, exasperadas por su contumacia, deciden expulsar de la comunidad (la denominada pena del desarraigo), pero en que no sólo se expulsa al trasgresor sino, con él, a toda su familia. En el caso particular que nos ocupa, los azotes podrían estar cerca del límite de lo que puede ser aceptado o no. Como en otros temas, lo sano y lo que en nuestra opinión debería hacerse es promover debates amplios y participativos en los que se pueda ir logrando acuerdos sobre lo que debe entenderse como derechos fundamentales y los límites de los derechos humanos, entendidos éstos en un marco de interculturalidad.

La magistrada de la Corte de Apelaciones de Antigua, Crista Juárez, ponente de la ratificación de la sentencia, entrevistada para la película, afirma que a los indígenas se les ha reconocido sus trajes y comida. La afirmación es muy reveladora de la ausencia de un “nosotros” en la forma como Guatemala es imaginada, pues no se entiende cómo la comida y los trajes debieran o pudieran ser objeto de reconocimiento, pero no el sistema sancionatorio indígena. Además, según ella, constituye una violación inaceptable a los derechos humanos el que la mamá de Chico sea “obligada” a intervenir en la asamblea indígena, pero afirma en cambio que haber sancionado a Chico con seis años de prisión “no fue gran cosa”. Esta magistrada niega enfáticamente que las autoridades indígenas tengan funciones jurisdiccionales. Ella, que paradójicamente es profesora de derecho indígena toda vez que cursó una

maestría sobre el tema impartida en una universidad estatal, no fue reelecta en su cargo en el Tribunal de Segunda Instancia en 2005 pero continúa ejerciendo su cátedra.

Creemos importante volver sobre lo dicho por la Corte Constitucional colombiana en cuanto a la necesidad de contemplar una lectura intercultural respecto a las limitaciones, contempladas en el Convenio 169, sobre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Mientras la lectura estricta que hace la magistrada Juárez no deja espacio para la práctica de la justicia indígena, pues cualquier procedimiento que no copie los previstos por el Estado constituye una violación, la CC colombiana dice en cambio:

*Los límites mínimos que en materia de derechos humanos deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales responden, a juicio de la Corte, a un consenso intercultural sobre lo que verdaderamente “resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciosos del hombre”, es decir, 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 (entendiendo por ello que 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). Estas medidas se justifican porque son necesarias para proteger intereses de superior jerarquía y son las menores restricciones imaginables a la luz del texto constitucional<sup>18</sup>.*

La sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia resuelve, el 7 de octubre de 2004, el caso de Chico en los siguientes términos:

*Luego del análisis del caso de procedencia invocado, normas infringidas y fallo impugnado, esta Corte estima que le asiste razón al casacionista, por cuanto que del estudio de los argumentos vertidos por el Tribunal de segunda instancia para no acoger el recurso interpuesto, se fundan en normas de carácter ordinario,*

---

18 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-523 de 1997. Citado en Rosember Ariza Santamaría (2007). “Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria”, en *Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria: ¿un matrimonio posible?*, Fundación Konrad Adenauer.

*las cuales a la vista de la interpretación correcta del artículo 46 constitucional, no pueden ser superiores jerárquicamente a la normativa internacional aceptada y ratificada por el Estado de Guatemala en materia de Derechos Humanos, ya que el procesado Francisco Velásquez López ya había sido juzgado por las autoridades tradicionales de su comunidad de Payajxit (sic), en donde le fue impuesta una pena. En el presente caso, la norma constitucional citada abre la posibilidad de aplicar la normativa internacional en materia de derechos humanos, correspondiéndole la prevista en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula la prohibición de juzgar, dentro del Estado de Guatemala, a una persona dos veces por el mismo hecho, lo cual ocurrió en el caso bajo examen. Aunado a lo anterior, el Ministerio Público, con fecha veinte de diciembre del dos mil dos, presentó al Tribunal de Sentencia de Quiche, un memorial por medio del cual solicitaba el sobreseimiento del proceso, en virtud de haber dirimido las partes su conflicto en base a lo establecido en los artículos 8 y 9 del Convenio 169 en ese sentido. Siendo que por imperio constitucional corresponde el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público en representación del Estado de Guatemala y éste solicitó la absolución del imputado, en ese orden de ideas, el recurso de casación promovido por motivos de fondo deviene procedente, estimando innecesario entrar a analizar las otras normas citadas como infringidas. En virtud de la situación jurídica en que se encuentra el procesado, se estima ordenar su inmediata libertad.*

Francisco Velásquez, luego de 29 meses de cárcel, recuperó su libertad el viernes 15 de octubre de 2004. Al regresar a su casa se celebró una reunión familiar en la que también participó la autoridad tradicional, que había tenido un importante papel durante todo el proceso. Allí se habló de aprender de la experiencia y de fortalecer el derecho propio para aumentar su capacidad de negociación con el derecho oficial. Se exaltó que este caso había permitido un mejoramiento de la forma como se ha visto el derecho indígena por el Estado, resaltando la decisión de la Corte Suprema y los efectos que tendría para el país, en particular para los pueblos indígenas. Se criticó el papel de los abogados, que se enriquecen empobreciendo aún más a los pobres y no cumplen con lo que les corresponde.

Francisco nos contó sobre algunas de sus experiencias en la cárcel. Entre ellas quizás la que más lo marcó fue su adicción al *crack* (pasta básica de coca), adquirida en la Granja Penal de Cantel, donde estuvo luego de la sentencia, y que circula allí con mucha facilidad. Nos contó que el Comité de Seguridad, un órgano elegido cada año por los presos y que es realmente el que controla la cárcel en su interior, regala drogas (marihuana y *crack*) para su campaña de elección, pues la posición del Comité da lugar al cobro de impuestos que todo preso, especialmente los nuevos, debe pagar para sobrevivir dentro y acceder a ciertos privilegios, dependiendo de la capacidad económica del interno. Su adicción al *crack*, que llegó a ser verdaderamente dramática (nos cuenta que llegó a fumarse Q2.000 en un par de semanas) la financió con dinero que le sacó a la familia con mentiras. De esta adicción lo salvó un Aj'qij<sup>19</sup> que también está preso allí y quien lo ayudó a liberarse de la adicción con ceremonias propias de la espiritualidad maya. El reencuentro de Francisco con su propia cultura está teniendo un efecto importante en su vida. Después de su dura experiencia ha querido ponerse al servicio de jóvenes indígenas para prevenirlos sobre los problemas del delito, las drogas y la cárcel. Se ha puesto en contacto con una asociación de Aj'qijabs en Chinique, Quiche, y está aprendiendo más de su cultura, del manejo del calendario maya y del ejercicio de la espiritualidad.

¿Pero cuál es, además de lo dicho, la importancia de esta casación producida por el máximo tribunal de justicia en el país, en este nuevo desarrollo sobre la jerarquía de la legislación internacional ratificada en Guatemala, y el peso que esto tiene en las obligaciones que ha asumido el Estado guatemalteco? Calamandrei<sup>20</sup> afirma que hay un aspecto negativo y otro positivo en la función de control que ejerce la Corte Suprema de Justicia por medio de la institución de la casación, sobre la actividad de los órganos jurisdiccionales. El aspecto negativo se refiere a impedir que los órganos jurisdiccionales se valgan del poder de aplicar justicia, que el Estado ha delegado en ellos, sustrayéndose a la norma fundamental, cuya observancia constituye la condición *sine qua non* de aquel poder; por su parte el aspecto positivo es que tiende a asegurar en el Estado la uniformidad de la jurisprudencia y, por consiguiente, la unidad y la igualdad del derecho objetivo, a través de la revisión y la selección de las diversas interpretaciones de una misma

---

19 Guía espiritual maya.

20 Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires, 1996.

norma jurídica, coexistentes en la jurisprudencia a causa de la pluralidad simultánea de los órganos judiciales de un mismo grado.

La función actual de la jurisprudencia se finca en conceptos casacionistas, que parten de la gran necesidad que el Estado moderno tiene de estabilizar un orden jurídico mediante normas de derecho objetivo claramente interpretadas, obligatorias para todos los órganos judiciales, y que inclusive llenen lagunas en aquellas disposiciones de derecho privado que permiten tales analogías y extensiones. Es institución de carácter casacionista, porque mediante tal recurso extraordinario se puede, desde la cúspide de una pirámide judicialmente jerarquizada (la corte de casación, en el caso de Guatemala, es la Honorable Corte Suprema de Justicia, Cámara Penal), unificar los criterios diversificados de las sentencias, que aplican las mismas disposiciones legales pertinentes al caso. Por su parte, Juan Palomar de Miguel, por voz de su *Diccionario para Juristas* ofrece un concepto más asentado al precisar:

*La Jurisprudencia es obligatoriedad que alcanza un asunto jurídico, después de haber sido resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Nación o por los Tribunales Colegiados, una vez satisfechos los requisitos legales.*

Es claro que una sentencia única no sienta jurisprudencia, pero esto es cuestión de tiempo: la opinión de la Corte Suprema de Justicia ha establecido un precedente, y la realidad y los efectos del movimiento social que han comenzado a generarse en Guatemala, en torno al derecho de los indígenas a tener derechos, seguramente harán el resto.

La práctica de la justicia indígena en Guatemala continúa siendo un terreno poco explorado, y carente de la profundidad y método que un tema tan apasionante y controvertido demanda. El estudio del derecho (paradójicamente la carrera más extendida a lo largo del país) debería promover más investigación y curiosidad científica sobre su práctica y las posibilidades de desarrollo del pluralismo legal, promoviendo en la mente de los abogados la idea de que precisamente a partir del estudio de su rica realidad, Guatemala podrá desarrollar una interlegalidad que se ajuste a sus necesidades y que ofrezca alternativas a un mundo donde la crisis de la justicia tiende a convertirse en norma.

## Bibliografía

- Ariza Santamaría, Rosembert (2007). “Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria”, en *Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria: ¿un matrimonio posible?* Fundación Konrad Adenauer.
- Calamandrei, Piero (1996). *Instituciones de derecho procesal civil*, Buenos Aires.
- CECMA (1994). “Acuerdos de Paz suscritos entre el Gobierno de Guatemala y la URNG”, en *Derecho indígena. Sistema jurídico de los pueblos originarios en América*, Guatemala.
- Comisión de Fortalecimiento de la Justicia (1998). *Informe Final. Una nueva justicia para la paz*, 2ª ed., Magna Terra Editores, Guatemala.
- Comisión Nacional Permanente de Reformas Constitucionales de los Pueblos Indígenas (1998). Convocada por Saqb’ ichil - COPMAGUA, Aviso pagado en diarios guatemaltecos el 20 de mayo de 1998.
- *Constitución Política de Guatemala*, 2003.
- Gaviria, Carlos (2002). *Sentencias. Herejías constitucionales*, Fondo de Cultura Económica, Colombia.
- Hale, Charles R. (2002). Does multiculturalism menace? Governance, cultural rights and the politics of identity in Guatemala”, en *Journal of Latin American Studies*, vol. 34, pp. 485-524.
- Instituto de Ciencias Penales Comparadas de Guatemala (2002). “Medición del impacto de los programas de intervención en el tema de justicia en los Centros de Administración de Justicia de Santa Eulalia (Huehuetenango) y Nebaj (Quiche)”, ICCPG, Mimeo.
- IDIES, Universidad Rafael Landívar (1998 y 1999) (5 volúmenes). *El sistema jurídico maya, una aproximación*. Guatemala, URL, 1988; *El sistema jurídico mam. Una aproximación*. Guatemala, URL, 1999; *El sistema jurídico poqomchi’. Una aproximación*.

Guatemala, URL, 1999; *El sistema jurídico ixil. Una aproximación*. Guatemala, URL, 1999; *El sistema jurídico k'iche'. Una aproximación*, Guatemala, URL, 1999.

- Comisión de Esclarecimiento Histórico (CEH) (1999). Informe *Guatemala: Memoria del Silencio* (Guatemala: Memory of Silence: Commission for Historical Clarification), Website mantenido por el Programa de Ciencia y Derechos Humanos de la Asociación Estadounidense para el Avance de la Ciencia.
- Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala (ODHAG) (1998). *Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (REMHI)*, Guatemala: nunca más (4 vols.). (Guatemala 1998. Abridged one volume translation into english: *Guatemala: Never Again! Recovery of Historical MORMY Project (REMHI): The Official Report of the Human Rights Office, Archdiocese of Guatemala*. (Maryknoll, NY, Orbis Books, 1999).
- Kymlicka, Will (1995). *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, Oxford.
- Kymlicka, Will (ed.) (1995). *The Rights of Minority Cultures*, Oxford, Oxford University Press.
- Martínez, Juan Carlos (2006). “Los límites del reconocimiento de sistemas normativos y jurisdicción de los pueblos indígenas de Oaxaca”, en *Alteridades*, año 16, num. 31, enero-junio.
- Padilla, Guillermo (1998). “Estado, globalización y localismo. Notas sobre la construcción de la interculturalidad en Guatemala”, VII Seminario Internacional del Programa de Diálogo Filosófico Norte-Sur, San Salvador, 26 al 30 de julio de 1998.
- Pasara, Luis y Karin Wagner (2000). *La justicia en Guatemala. Bibliografía y documentos básicos*, MINUGUA, Guatemala.
- Pasara, Luis (2002). “Reforma judicial: el caso de Guatemala”.
- *Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos* (2001). Presentado y discutido en Ciudad de México los

días 18 y 19 de mayo de 2001, en fase preparatoria de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos.

- Sánchez Botero, Esther (2004). *Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá.
- Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (comps.) (1990). *Entre la ley y la costumbre*, Instituto Indigenista Interamericano / Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México.
- Sieder, Rachel (2006). “El derecho indígena y la globalización legal en la posguerra guatemalteca” en *Alteridades*, año 16, núm. 31, enero-junio.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (1998). “El debate sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena en Guatemala”, en *América Indígena*, vol. LVIII, Núm. 1-2, ene-jun. 1998. México: Instituto Nacional Indigenista-INI e Instituto Indigenista Interamericano-III OEA.
- Yrigoyen Fajardo, Raquel (1999). *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala.

# LAS PERICIALES ANTROPOLÓGICAS, UNA HERRAMIENTA PARA LA HERMENÉUTICA INTERCULTURAL Y LA JUSTICIA PLURAL. REFLEXIÓN A PARTIR DEL CASO DE MÉXICO

Cécile Lachenal

A partir de los años 1990, una “nueva ola” de constitucionalismo se ha venido extendiendo sobre el continente latinoamericano, cuando los Estados deciden incorporar en sus textos constitucionales y legales el reconocimiento de los sistemas normativos y de las formas de justicia existentes en las sociedades indígenas que habitan sus territorios nacionales. Esta juridicización de las políticas indígenas de los Estados nacionales plantea el reto de la construcción de una justicia plural que tome en cuenta la diversidad cultural, sea ésta entendida en sus aspectos estrictamente culturales (lengua, costumbres), o bien en sus aspectos normativos (sistemas normativos, costumbres jurídicas, derechos consuetudinarios). Así, este fenómeno de juridicización se acompaña de un movimiento paralelo, el de la judicialización de las políticas indígenas, hecho que ha venido a significar un verdadero y profundo cambio paradigmático del Estado de derecho hacia la sociedad de derechos<sup>1</sup>. En este nuevo contexto, en el cual las exigencias indígenas están expresas, con ciertos límites, en términos de derechos, el juez se vuelve actor central del sistema político y jurídico, desplazando la figura tradicional del legislador y debiendo dejar su tradicional rol de Júpiter para adoptar la compleja vestimenta de Hermes<sup>2</sup>. Es decir, el juez ya no es la “boca de la ley” como lo concebían Montesquieu y el normativismo positivo, ni tampoco es el juez social concebido por la escuela

---

1 Lachenal, Cécile, (2007). *Coutume indigène et État de droit au Mexique. Une étude à partir du cas de l'État de Oaxaca*, Thèse de doctorat en droit public, Université de Paris 3-Sorbonne Nouvelle.

2 Estos modelos de jueces –Júpiter y Hermes– están tomados de François Ost en Ost, François, (1993). *Jupiter, Hércules, Hermes. Tres modelos de juez y derecho*, Doxa (14).

sociológica realista norteamericana en la que triunfa lo particular sobre la generalidad de la ley. La figura de Hermes es muy interesante porque evoca un juez traductor, un juez mediador entre la dimensión interna del derecho y su dimensión externa. Esto significa que los jueces tienen la difícil tarea de mediar entre la sociedad y el derecho, y, por consecuencia, de imaginar, interpretar las normas, y construir una nueva hermenéutica a partir de un derecho que se parece más a una red de normas que a la tradicional pirámide kelseniana.

Sin embargo, el espacio de la construcción de la verdad legal está relativamente hermético a las ciencias sociales<sup>3</sup>. Y si, por lo general, cualquier funcionario puede aceptar su desconocimiento sobre temas como la medicina, los tiempos requeridos para asegurar el cultivo de hongos, o la crianza de animales de corral, es difícil en cambio que acepte que una manifestación cultural, por su carácter no material, sea un hecho complejo que se tenga que interpretar a la luz de una forma diferente de concebir la realidad, de relacionarse con su entorno físico o de entender formas de organizarse y relacionarse en grupo.

A pesar de estas resistencias, algunas disciplinas sociales ya forman parte de las herramientas utilizadas en los procesos judiciales. Citemos como ejemplos a la antropología física, empleada para la medicina forense; a la lingüística, para las cuestiones de traducción e interpretación; y a la antropología jurídica, utilizada cada vez más para los análisis de sistemas normativos indígenas.

En primer lugar, vamos a presentar los diferentes tipos de pruebas periciales antropológicas que resultan útiles en los procesos judiciales que involucran a personas y/o pueblos indígenas, y posteriormente tocaremos la cuestión del valor del peritaje antropológico.

## Formas y contenidos del peritaje antropológico

Consideramos que las periciales que resultan de interés e utilidad en los procesos judiciales que involucran a personas o pueblos indígenas son de dos tipos: la pericial cultural y la pericial jurídico-antropológica,

---

3 Con la excepción reciente de la psicología y la psiquiatría, que son las únicas ciencias humanas que han podido alcanzar cierta aceptación gracias a que sus conocimientos se valoran a partir de cánones de aprendizaje hegemónicos y universales. Para una crítica de la relación psiquiatría-derecho, ver Foucault, Michel, 1978. *Moi, Pierre Rivière*, Paris, Seuil.

que generalmente son subsumidas bajo el nombre de pericial antropológica. ¿Por qué distinguir estas dos periciales?

El peritaje cultural representa una herramienta de suma utilidad para el defensor cuando la conducta de su defendido puede ser explicada por el entorno cultural al cual pertenece, ya que permite ver, desde la perspectiva cultural del defendido, los hechos y las valoraciones que se hacen de ellos.

El peritaje jurídico-antropológico se constituye en la prueba idónea para que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta cuando se lleve a cabo un procedimiento jurídico en el cual los sistemas normativos indígenas difieran del derecho nacional; es decir, que no se trata de analizar y juzgar a un individuo sólo por sus hábitos personales sino por ser sujeto portador de una cultura creada y sostenida por un pueblo o colectividad, y por ende ser sujeto de un sistema normativo propio.

Sin embargo, cabe advertir que no todos los indígenas involucrados en procesos judiciales requieren de un peritaje cultural o jurídico-antropológico, ya que no todos los litigios están relacionados con una circunstancia cultural o una circunstancia normada o institucionalizada por la comunidad. Por ejemplo, un delito contra la salud que implique tráfico comercial de drogas no responde a ninguna práctica propia y normada de la comunidad, sino que, por el contrario, lo más probable es que también en el ámbito comunitario esté prohibida esa conducta. En cambio, cuando el uso de psicotrópicos está relacionado con un evento ceremonial, ritual o curativo, debe considerarse el componente cultural. No se está afirmando aquí que se deba hacer una excepción al aplicar el derecho, sino que el derecho debe contemplar la variabilidad cultural y las nociones que un colectivo tiene sobre lo permitido y lo prohibido.

Como ya se ha mencionado, el tipo de peritaje que el defensor solicita debe ser definido en función del caso defendido, así como de la estrategia de defensa que decida implementar el defensor.

### ***A. El peritaje cultural***

El antropólogo, dentro de sus opiniones, debe explicar puntualmente los contextos culturales por los que un indígena porta un arma de fuego, o recolecta huevos de tortuga o caza iguanas. Son situaciones que

desde el punto de vista legal, están calificadas como ilícitas, por poner en peligro el bien jurídico tutelado (sociedad, recursos naturales, etc.), pero que desde la cosmovisión indígena responden a una razón elemental de supervivencia y a formas sociales históricamente usuales y funcionales para asegurar la vida del grupo. En todo caso, el perito no sólo debe contar con conocimientos del caso judicial, sino también con capacidad de visión interpretativa, para que puede realizar el ejercicio de plantear la aplicación de la ley de una cultura a otra, es decir, para que pueda hacer entendibles, para los actores del sistema judicial positivista, los sistemas que norman las conductas en una comunidad indígena y su interrelación con las personas indígenas indiciadas en el proceso judicial.

En otras palabras, el objeto de un peritaje cultural<sup>4</sup> es fundamental, analizar y comentar de manera comparativa un hecho, “la costumbre”<sup>5</sup>, traducir de manera comparada las explicaciones de una cultura a otra, y aclarar cuáles son las situaciones que se derivan dentro de una comunidad por el cumplimiento o incumplimiento en función del colectivo. El perito debe estar consciente de que aun cuando su trabajo se elabore a partir de una metodología objetiva y con principios éticos, el sujeto sometido a proceso está siendo juzgado en un procedimiento regido por parámetros que no son propios de su cultura y que el documento de peritaje es parte de ese sistema, por lo que en ocasiones es preciso decidir si es pertinente que el especialista sea quien emita la opinión o si pudiera ser un perito práctico (autoridad de la comunidad o integrante de la misma), que quizás podría tener mayores elementos para hablar sobre las formas específicas de organización o de resolución de conflictos.

El peritaje cultural de ninguna manera debe presentarse como un conglomerado de datos etnográficos sobre la cultura general del implicado, ni tampoco sobre cuestiones de comportamiento personal, ya que no es la cultura (como producto social) la que está en *tela de juicio*. Deberá versar más bien sobre las situaciones específicas y las argumentaciones deben ser claras y directas. Para conseguirlo, es necesario contar con un cuerpo de preguntas que fijen cuál es el motivo de la investigación y la situación particular que se desea esclarecer.

---

4 Dicho peritaje es conocido como peritaje antropológico.

5 Que es el conjunto de conceptos de tipo normativo cuyo cumplimiento implica una obligación o prescripción para quien la debe realizar y que tiene una aceptación más o menos amplia en la comunidad.

Inmerso en este tipo de opiniones está el peritaje de identidad, mediante el cual se pide al antropólogo acreditar la identidad o reconocer si alguien puede o no ser considerado indígena. Este tipo de preguntas implica adentrarse en un conflicto ético: primero, porque presupone una nueva forma de discriminación, y en segundo término porque aun cuando se pueda tener la capacidad teórica para determinar y dar un sí o un no como respuesta, esto implicaría casi establecer un fenotipo indígena y uno no indígena. El peritaje en este sentido podría ser pertinente si existiera duda de su pertenencia a un pueblo indígena, después de que un individuo se declarara como perteneciente a una u otra cultura. Pero la realidad nos dice que la mayoría de este tipo de peritajes es resultado de una interpretación errónea, por parte de los funcionarios de la administración pública, acerca del papel que cumple la antropología en función de los derechos indígenas. En realidad, el objetivo no es definir la pertenencia (identidad) sino más bien aportar una explicación de una actitud del acusado a partir de la comprensión de la cultura de su colectivo.

Otro error frecuente es argumentar a partir de consideraciones acerca de la identidad indígena como resultado del aislamiento geográfico, de la situación económica precaria o del nivel educativo del acusado. Estas situaciones no deben formalizarse, en primer lugar, porque las ciencias sociales han mostrado que la identidad es algo más complejo que una serie de características objetivas atribuidas, generalmente por agentes externos, a dicha cultura/identidad, y en segundo lugar, porque entre los derechos ya reconocidos a los pueblos indígenas, a partir del Artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) para Pueblos Indígenas y Tribales, se considera que el criterio fundamental de la definición de la identidad es la autoadscripción (y su corolario, el reconocimiento de la pertenencia del individuo por parte de su comunidad), así como la supervivencia de la cultura, y las formas de organización social, política, económica y jurídica del indígena.

Llevar a cabo esta labor y llegar a su consideración a partir de criterios culturales no es de ningún modo tarea fácil, ya que el sistema nacional positivista está sostenido por siglos de etnocentrismo y de una valoración evolucionista que permea la conciencia del colectivo. Por lo tanto, a largo plazo, el peritaje busca coadyuvar en la transformación de los paradigmas que actualmente existen, en la sociedad en general y en los medios judiciales en particular, para valorar las culturas.

El peritaje cultural es útil para los casos que involucran comportamientos del acusado que no pueden ser relacionados con el sistema normativo de la comunidad indígena a la cual pertenece, pero que sí pueden ser explicados por el contexto cultural en el cual el acto se desarrolla, por ejemplo, los asesinatos cometidos por motivo de brujería, o de venganza, o ciertos casos de posesión de estupefacientes. En estos casos, el peritaje cultural permite dar cuenta de la diferencia cultural para explicar la conducta del acusado, de una manera equiparable a un peritaje psicométrico, que da cuenta del estado psicológico en el cual actuó el acusado. Estos peritajes sirven entonces para entender las circunstancias de hecho en las cuales sucedió la conducta inculpada, y permiten estructurar una estrategia de defensa basada en la imputabilidad, es decir en el elemento de la culpabilidad. Se puede entonces buscar la exclusión del delito sobre la base del artículo 15, fracción VII, del Código Penal Federal, o de la fracción VIII, inciso b), o la fracción IX.

La utilidad de un peritaje cultural en un juicio penal permite revelar la “verdad real” de los hechos pues atiende al significado cultural de los hechos y a su valoración diferenciada.

### ***B. El peritaje jurídico-antropológico***

El peritaje jurídico-antropológico sirve al defensor como herramienta para mostrar que la conducta del sujeto indígena está relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad a la cual pertenece. Es decir, este peritaje permite efectuar un salto cualitativo en la argumentación de defensa del indígena procesado: de combatir la culpabilidad se pasa ahora a combatir la antijuridicidad de la conducta litigiosa. La argumentación jurídica ya no se centra en las condiciones propias del individuo procesado sino en la conducta en sí misma. La estrategia de defensa se enfoca entonces sobre las causas de justificación para la exclusión del delito (Artículo 15, fracción VI del Código Penal Federal, o artículo 14 del Código Penal del Estado de Oaxaca).

En esta perspectiva, el peritaje jurídico-antropológico se presenta como un instrumento fundamental para conocer y entender lo normativo en las comunidades indígenas<sup>6</sup> al “objetivar” lo jurídico, inmerso en las re-

---

6 Reconocido por el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

laciones sociales de las comunidades indígenas. Del mismo modo, este tipo de peritaje se constituye en un instrumento de traducción de un lenguaje al 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.

### *1. Razón de ser del peritaje jurídico-antropológico*

En las comunidades indígenas, como en todas las sociedades, lo jurídico o normativo corresponde a un sistema propio de representaciones, valores y principios, que dan su cohesión al grupo social del cual emanan, y le permiten crear instrumentos para regular sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

Si en las sociedades con Estado, lo normativo se desarrolló como un sistema autónomo y autorreferido, en el cual las reglas están concebidas de manera abstracta y se expresan por escrito, en las comunidades indígenas lo jurídico o lo normativo no se constituyó como un sistema separado o abstraído de las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales, sino que está incrustado en ellas. Esto no debe ser interpretado como una ausencia de normas ni como una forma de arbitrariedad. Es solamente que las sociedades indígenas eligieron expresar lo jurídico de una forma distinta a la occidental. Así, al contrario del derecho positivo, que puede estar consignado en códigos, leyes y ordenamientos escritos, lo jurídico de las comunidades indígenas se expresa de manera oral y casuística.

Por otro lado, lo normativo, entendido como las formas propias de cualquier sociedad de organizarse a través de instituciones legítimas, regularse y resolver sus conflictos, se ha preservado y desarrollado en las comunidades indígenas en un espacio más o menos amplio, producto de las relaciones asimétricas de poder y de las formas corporativas de integración de las comunidades indígenas al Estado mexicano.

El peritaje jurídico antropológico se constituye así en una herramienta fundamental para entender el carácter jurídico de ciertos discursos y prácticas culturales de las comunidades indígenas. En el sistema del derecho positivo, para conocer una norma, para saber qué conducta está permitida, prohibida o es obligatoria, se recurre al Código Penal y a otros ordenamientos escritos que definen tipos penales especiales.

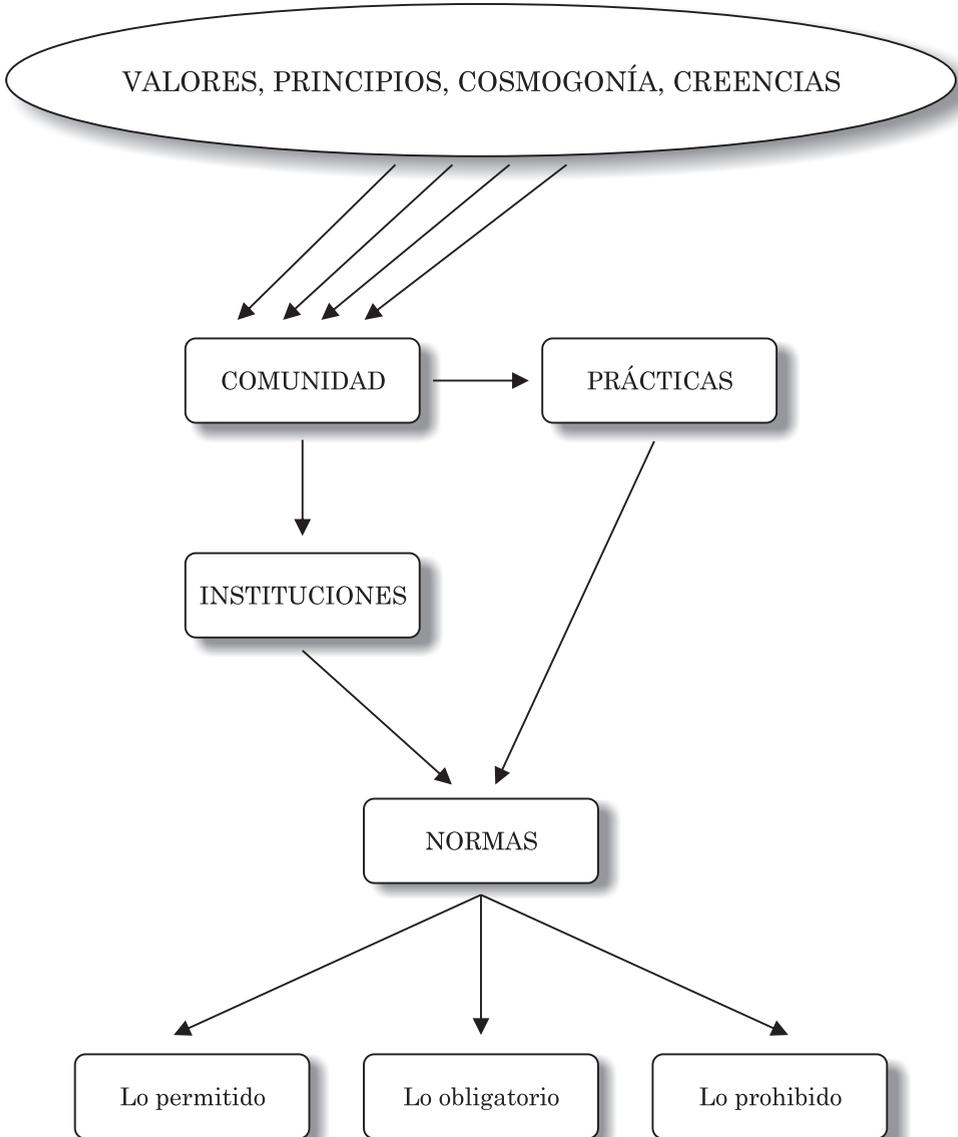
En cambio, para conocer lo jurídico de las comunidades indígenas, es decir sus sistemas normativos internos, el dictamen jurídico antropológico se constituye en la herramienta necesaria para conocer las normas, las instituciones, los procedimientos, las sanciones, en fin, lo que está prohibido, lo que está permitido y lo que es obligatorio y quién está facultado para exigir la observancia de estas conductas en la comunidad estudiada.

Si entendemos que el sistema normativo es un conjunto de instituciones, procedimientos y normas, el objetivo del dictamen jurídico antropológico es conocer la licitud, o ilicitud, de una conducta, de acuerdo con el sistema normativo en cuestión, que puede ser diferente del derecho positivo. Para tal efecto se deben considerar tres elementos que nos permitirán establecer y comprobar la existencia y vigencia de un sistema normativo interno en una comunidad:

- a. La existencia de instituciones y autoridades legítimas en el interior de la comunidad, es decir, la existencia de una estructura político-jurídica que tenga por función organizar las relaciones sociales, económicas, políticas y culturales en su esfera de competencia. Estas instituciones son legítimas porque son electas, o en su caso nombradas, por los miembros de la comunidad, según un proceso propio y conocido de la comunidad (que incluso goza de reconocimiento constitucional y legal).
- b. La existencia de varios tipos de procedimientos, de carácter público (es decir conocidos por los miembros de la comunidad), oral y flexible, para regular las actividades internas de la comunidad y para resolver los conflictos que se presentan en su ámbito, incluso para sancionar a los infractores del orden social.
- c. La existencia de normas que, aunque no tengan una formulación escrita y estricta, tienen cierto grado de generalidad y de abstracción, lo que permite que sean enunciadas e inculcadas, ante y entre la comunidad, por la respectiva estructura político-jurídica y por los grupos familiares, y que sean exigibles y aplicables cuando surjan distintos casos de índole similar.

El esquema siguiente permite mostrar que si bien las normas internas de las comunidades indígenas no son explicitadas de la misma manera que en el sistema positivo nacional, sí reúnen los elementos que definen una normatividad e integran un sistema normativo.

# CULTURA



Los valores, principios, creencias y cosmogonía son los elementos que conforman la cultura del grupo indígena, su forma de concebirse; ellos le dan un sentido, o razón de ser, al pueblo. Esta cultura se “aterriza” en la comunidad y da lugar así a prácticas e instituciones propias. Algunas prácticas, por su carácter reiterado (costumbres) y adecuado a las situaciones en las cuales se dan, se vuelven normas de comportamiento, que definen las conductas permitidas, obligatorias o prohibidas, y son las que las autoridades de la comunidad van a hacer respetar. Las normas comunitarias surgen también de decisiones de las autoridades de la comunidad frente a situaciones y conflictos nuevos.

Este conjunto de instituciones/autoridades, normas y procedimientos, que conforma el sistema normativo indígena, se encuentra, como todos los sistemas normativos, sustentado por la finalidad de permitir la reproducción social y cultural de la comunidad.

## 2. La antropología jurídica como metodología para la elaboración del peritaje jurídico-antropológico

Desde hace varios siglos, en México, al igual que en los demás países de América Latina, la cultura jurídica está dominada de forma amplia, aunque no exclusiva, por el sistema escrito. En cambio, la mayor parte de las sociedades indígenas experimentan formas de comunicación —que incluyen sus formas de hacer justicia y de resolver los conflictos— fundadas sobre la oralidad<sup>7</sup>. Ésta oralidad se expresa tanto en el plano estrictamente jurídico (las normas y los modelos son inculcados a través de discursos), como en el plano judicial (los conflictos son resueltos a través de la discusión y de la palabra, es decir del discurso).

El carácter oral de lo jurídico en las comunidades indígenas representa un desafío para la documentación del sistema normativo indígena.

Para acercarse de manera más completa al fenómeno jurídico, el antropólogo jurídico debe combinar varios métodos, como el análisis institucional y la observación de las conductas en la sociedad estudiada. El análisis institucional se preocupa por las formas manifiestas y explícitas de las relaciones sociales y jurídicas. Este método permite mostrar

---

7 También fue el caso del antiguo derecho romano, cuyo adagio afirmaba “*Taurorum cornua funes, verba ligant homine*,” (“Se liga a los toros por los cuernos, a los hombres por la palabra”), en Rouland, Norbert. *Anthropologie juridique*, Paris, PUF, p. 167.

cuáles son las instituciones que existen en la comunidad y qué funciones cumplen. Sin embargo, este análisis puede llevar a resultados parciales para el estudio de sociedades donde predomina lo oral y las formas casuísticas de resolver los conflictos. Por ello es necesario combinar dicho análisis con la observación de los comportamientos que sostienen, junto con las representaciones, el derecho en las sociedades indígenas.

Todas las sociedades, cada una a su manera, dividen los hechos sociales entre lo justo y lo injusto a través de procesos de juridicización; lo hacen de manera explícita en los discursos y de manera implícita en los comportamientos, con lo cual definen una frontera entre las conductas que cada sociedad admite y las que rechaza y las situaciones en que lo hace. Es entonces necesario tomar en cuenta tres factores:

- Primero, la visión de lo justo e injusto depende del lugar que ocupan grupos e individuos en la jerarquía social. Se necesita entonces determinar la jerarquía de grupos, poderes y valores.
- En segundo lugar, el derecho concierne sólo a los hechos sociales que los diversos grupos sociales consideran como esenciales para la reproducción de la vida social en los planos biológico, ecológico e ideológico.
- En tercer lugar, se debe observar los comportamientos jurídicos, situarlos en relación con los discursos y representaciones, y precisar sus modalidades de interacción.

De esta manera, la descripción de los comportamientos permite una mejor interpretación de las instituciones.

A partir de estos elementos, el antropólogo jurídico se dedica a explicar el sistema normativo de una comunidad indígena, traduciéndolo de la lógica nativa a la lógica cultural con que el jurista occidental categoriza “lo jurídico”.

## **Valor del peritaje**

La necesidad de los peritajes, tanto el cultural como el jurídico-antropológico, surge del reconocimiento constitucional de la validez de los sistemas normativos internos de los pueblos y comunidades indígenas para resolver sus conflictos internos (en México, artículo 2º de la Constitución Política, apartado A, fracción II), así como del derecho a

que sean tomados en cuenta estos sistemas normativos en los procesos judiciales en los cuales estén involucrados indígenas (artículo 2º de la Constitución Política de México, apartado A, fracción VIII).

### *A. Naturaleza jurídica del peritaje*

De manera general, el peritaje y los peritos (las personas que realizan los peritajes) están contemplados en los códigos de procedimientos penales, en las secciones relacionadas con los medios de prueba<sup>8</sup>; es decir, el peritaje está contemplado como un medio de prueba. Dentro del universo de peritajes que pueden ser solicitados en un proceso judicial no existe un número ni un tipo de temas preciso; así, las posibilidades son amplias, casi tanto como los quehaceres o especialidades humanas existentes.

El peritaje se desarrolla a solicitud de los diferentes actores de un juicio, bien sea el implicado, el defensor, el ministerio público o el juez. Desde un punto de vista técnico, el objetivo de los peritajes de cualquier especialidad es proporcionar una explicación de un fenómeno cuyo entendimiento es clave para el proceso pero que requiere de una competencia técnica particular. El peritaje busca robustecer o clasificar cuestiones técnico-científicas, o desentrañar dudas y contradicciones de alguna rama del conocimiento.

En la teoría de la prueba, el peritaje está clasificado como medio de prueba complementario o accesorio, junto con el careo, la confrontación, la inspección y la reconstrucción del hecho o la conducta, para distinguirlo de los medios fundamentales o básicos, como son las declaraciones del denunciante, del probable autor del delito y de los terceros llamados testigos. El peritaje es diferente de un testimonio, ya que al perito se le pide un criterio, una apreciación, y no un relato, como sí se hace con los testigos. En realidad, el perito es un auxiliar de los órganos de justicia; dentro de la relación procesal no es posible ubicarlo en el mismo plano de los sujetos autores de la trilogía de los actos esenciales del proceso (acusación, defensa y decisión): él es un sujeto secundario a quien se encomienda desentrañar aspectos técnico-científicos materia del proceso.

---

8 En México, la cuestión de los peritos y de los peritajes está contemplada en el Título Sexto del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) sobre la prueba, capítulo IV, artículos 220 a 239.

El peritaje en los asuntos que involucran a personas indígenas es indispensable, dado que, por lo regular, la conducta o los hechos considerados delictuosos, o las circunstancias en que se llevaron a cabo, exigen medios científicos para su explicación y comprobación, para poder así establecer la tipicidad o atipicidad o cualquier otro aspecto relacionado con el delito y su probable autor.

### ***B. Valoración del peritaje***

En el caso de México, la valoración del peritaje está señalada en el CFPP, en el artículo 288: “Los tribunales apreciarán los dictámenes periciales, aun los de los peritos científicos, según las circunstancias del caso”. Además, el derecho a que se tome en cuenta la diferencia cultural (reconocido por el artículo 2º constitucional) obliga al juez a valorar peritajes que refieren a la diferencia cultural respecto a sistemas normativos, especificidades culturales, costumbres, etc.

En el CPP de Oaxaca no existe referencia explícita a la valoración del peritaje. Sin embargo el artículo 354 señala:

*El valor judicial de las pruebas queda sujeto a la apreciación que de ellas hagan los tribunales, quienes, según la naturaleza de los hechos y el enlace lógico y natural más o menos necesario que exista entre verdad conocida y la que se busca, apreciarán en conciencia el valor de las aportaciones en autos, hasta el grado de poder considerar que prueban plenamente la existencia de los hechos y circunstancias que son materia del proceso.*

No obstante, más allá del valor normativo de la prueba pericial, el juez debe considerar que aquella tiene dos funciones primordiales en los procesos judiciales en los cuales están involucrados indígenas: la técnica, que ayuda a verificar hechos o circunstancias, y la orientadora, que le permite formarse opiniones sobre esos hechos y circunstancias. Aunque el juez goza de libertad suficiente para valorar el dictamen pericial, ello no es sinónimo de arbitrariedad sino de valoración, lo que implica un razonamiento suficiente para justificar por qué se acepta o se rechaza el dictamen. El artículo 290 del CFPP lo precisa al afirmar: “Los tribunales, en sus resoluciones, expondrán los razonamientos que hayan tenido en cuenta para valorar jurídicamente la prueba”. Esta aseveración permite responder a una crítica frecuentemente dirigida

al peritaje, y en especial al peritaje antropológico, consistente en cuestionar el papel del perito en el sentido de que él mismo estaría creando el derecho de los pueblos indígenas. Esta reflexión es válida desde un punto de vista teórico, y de hecho se articula con las reflexiones más generales sobre el papel de los observadores sociales en las sociedades que estudian y con el carácter del lenguaje científico. Sin embargo, nos parece que en la perspectiva pragmática que nos ocupa, esta cuestión desaparece precisamente por efecto del contenido del artículo 290 del CFPP, que deja a consideración de los jueces la valoración de la prueba pericial. Esto significa que el peritaje antropológico, sea cultural o jurídico-antropológico, no puede sustituir el trabajo hermenéutico de los jueces; sólo se constituye como un elemento de explicación, cuya fuerza probatoria, en la teoría de la prueba que rige el proceso penal en México, depende de la interpretación que de ello quiera hacer el juez.

Es precisamente dentro de este trabajo de interpretación donde encontramos al “juez Hermes”, al mediador que debe construir la verdad legal a partir de una pluralidad de normas que ya no conforman la sencilla pirámide bajo la cual se representaba al derecho en el paradigma de la modernidad jurídica, sino que forman una red compleja, entrelazada, de normas provenientes de diferentes fuentes, sean de los pueblos indígenas o del sistema internacional de derecho. En verdad, la pluralidad jurídica y la interculturalidad son características del paradigma del posmodernismo, que exigen una nueva hermenéutica basada en el diálogo intercultural; de ahí que el peritaje antropológico constituya una herramienta imprescindible para desarrollar las nuevas capacidades hermenéuticas interculturales que se necesitan de parte de los operadores de justicia.

**SECCIÓN TERCERA**  
Pluralismo en los juzgados.  
Las prácticas de la justicia estatal





# LA JURISDICCIÓN INDÍGENA EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

Por Aresio Valiente López<sup>1</sup>

## Introducción

Todas las culturas que existen en la Tierra han creado, de acuerdo con su realidad social y basándose en su cosmovisión, normas que regulan sus vidas y resuelven los conflictos que se originan en el lugar donde habitan.

Antes de la llegada de los europeos a *Abia Yala* (que en lengua kuna significa Madre Tierra en plena madurez), los pueblos indígenas regían sus vidas según sus instituciones políticas, sociales, culturales, jurídicas y espirituales, incluyendo las normas que ordenan sus vidas y su relación con la naturaleza.

Los europeos desconocieron las instituciones, incluyendo sus normas, de las primeras naciones de *Abia Yala* –los pueblos indígenas– y trajeron consigo su propia cultura para regular la vida de todos los habitantes. Las dos instituciones europeas implantadas para regular la vida de los pueblos indígenas fueron el derecho y la religión: la espada y la Biblia.

---

1 Abogado kuna. Nació en Ukupseni, Comarca Kuna Yala, Panamá. Estudió en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Ha participado en la elaboración y discusión de las leyes comarcales, indígenas y ambientales. Ha sido asesor de los congresos y organizaciones indígenas, de la Comisión de Asuntos Indígenas y de la Comisión de Trabajo de la Asamblea Nacional. Ha sido consultor de la OIT, el IIDH, la OMPI, entre otras, en materia de derecho indígena. Es conferencista nacional e internacional sobre la temática indígena. Cuenta con publicaciones en materia de derecho indígena. Es expositor invitado de la Escuela Judicial del Órgano Judicial en materia de derecho indígena. Actualmente es miembro del Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP) y asesor legal del Congreso General Kuna.

El Estado panameño, al igual que otros Estados americanos, siguió aplicando las instituciones de sus antecesores. Los europeos no solamente afectaron y robaron las riquezas de los pueblos indígenas sino también instituyeron su cultura en Abia Yala. Una de las manifestaciones culturales es el derecho; por ende, la manera de administrar justicia también fue impuesta desde fuera.

A pesar de eso, las naciones indígenas de Abia Yala no se quedaron con las manos cruzadas, sino que siguieron usando sus reglas o normas para resolver los conflictos sociales que surgieran en sus territorios. Los Estados comenzaron a catalogar como inconstitucionales e ilegales esas normas indígenas, ya que supuestamente no se basan en las normas o principios adoptados por las instituciones estatales.

Desde la creación de los Estados americanos, los pueblos indígenas comenzaron a solicitar la incorporación de las instituciones indígenas en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales. Gracias a ello han sido incorporadas algunas instituciones de los pueblos indígenas en la Constitución Política, leyes nacionales, leyes comarcales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, ratificados por Panamá, en los cuales se han incluido las normas sobre administración de justicia indígena.

En este trabajo analizaremos la legislación y la jurisprudencia panameña en relación con la aplicación del derecho indígena en las comarcas, las cuales constituyen territorios autónomos indígenas.

## I. Generales

Según el Censo Nacional de 2000, en Panamá existen ocho pueblos indígenas: Ngöbe, Kuna, Emberá, Wounaan, Buglé, Naso, Bri-Bri y Bokotas. Panamá tiene una población de 3.116.277 habitantes (al 1 de julio de 2003), y los pueblos indígenas representan aproximadamente el 10,1% de la población total de Panamá<sup>2</sup>.

Los pueblos indígenas en su mayoría se han organizado en cinco comarcas: Kuna Yala, Emberá-Wounaan, Kuna de Madungandi, Ngöbe-

---

2 Gabinete Social de la República de Panamá y Sistema de Naciones Unidas en Panamá, *Objetivos de desarrollo humano. Segundo informe*, septiembre de 2005, Panamá, p. 9.

Buglé y Kuna de Wargandi. Además, hay comunidades indígenas en territorios indígenas no legalizados. La República de Panamá tiene una superficie de 74.926,77 kilómetros cuadrados (km<sup>2</sup>)<sup>3</sup> y las comarcas indígenas constituyen 16.634,70 km<sup>2</sup>, los cuales representan el 22,20% del territorio panameño, y, al sumar los territorios indígenas no legalizados, se estima que esa proporción subiría al 25% del territorio nacional. Existen pueblos indígenas que no tienen sus territorios legalizados, como los Naso o los Bri-Bri, o algunas comunidades emberá, wounaan y kuna. Aproximadamente el 34,8% de las áreas boscosas de Panamá se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y por lo tanto éstos son ricos en recursos hídricos, forestales, mineros y de biodiversidad.

En estos últimos años, los pueblos indígenas se vienen ubicando en áreas urbanas y semiurbanas de las ciudades importantes de Panamá, buscando mejorar sus condiciones socioeconómicas. Aproximadamente el 45% de los pueblos indígenas vive dentro de las comarcas y el resto vive en las áreas urbanas y semiurbanas<sup>4</sup>.

Una comarca indígena es una división política especial del territorio panameño, regida de acuerdo con la ley que la crea y con las normas, costumbres y cosmovisión del pueblo o pueblos indígenas que la habitan, basada en las instituciones tradicionales indígenas creadas de acuerdo con sus valores espirituales, sociales, económicos, culturales, jurídicos y políticos. Su autoridad máxima es el Congreso General Indígena o el Consejo Indígena o la entidad política creada por ellos, cuyo representante es el Cacique o una autoridad tradicional elegida de acuerdo con su tradición<sup>5</sup>.

A pesar de las riquezas que poseen los territorios indígenas, el gobierno panameño no ha podido desarrollar y coordinar, entre las diferentes dependencias estatales, planes acordes con la realidad de estos

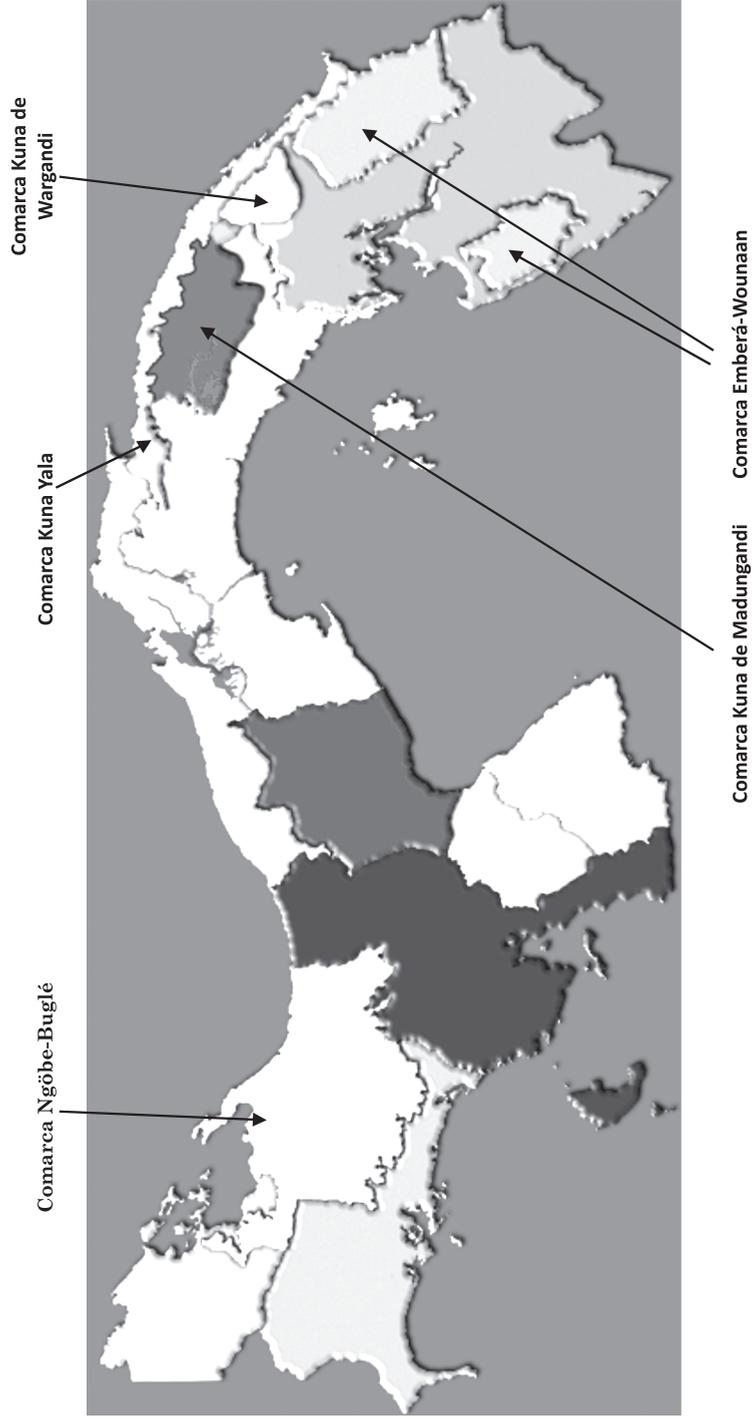
---

3 Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) (2003). *Informe final de los resultados de la cobertura boscosa y uso del suelo de República de Panamá: 1990-2000*. Proyecto de Fortalecimiento Institucional del Sistema de Información Geográfica de la ANAM para la Evaluación y Monitoreo de los Recursos Forestales de Panamá con Miras a su Manejo Sostenible, ANAM, Panamá, p. 16.

4 Coordinadora Nacional de Pastoral Indígena (CONAPI) y Pastoral Social -Caritas Panamá (2006). *Memoria VIII Encuentro Nacional de Pastoral Indígena 2004. Migración indígena en Panamá y la fuerza de los pequeños*, p. 80.

5 Valiente López, Aresio (2005). "Administración de justicia indígena en las leyes comarcales y en la legislación panameña", Seminario "Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas", 19 de agosto, San José de Costa Rica.

# COMARCAS INDÍGENAS DE PANAMÁ



territorios, lo cual debe ser tomado en cuenta por las instituciones y estructuras tradicionales para que los propios indígenas sean actores de su presente y su futuro. Debe haber participación activa y paritaria de los pueblos indígenas, a través de sus representantes, desde la formulación hasta la evaluación de los proyectos de desarrollo en las áreas indígenas.

## II. Constitución política, pueblos indígenas y administración de justicia

La Ley Fundamental de Panamá niega, desde su primer artículo, la existencia de los pueblos indígenas, al establecer que la nación panameña está organizada en Estado soberano e independiente, es decir, que dentro de ella sólo existe una nación. Ella no habla de la realidad social panameña ya que en la República de Panamá existen otras culturas que cuentan con sus propios idiomas, como los pueblos indígenas, las cuales constituyen también naciones. Por lo tanto, en la realidad, el Estado panameño no quiere aceptar que es pluricultural, plurilingüe y plurinacional.

A pesar del desconocimiento en el primer artículo de la Carta Panameña, en su artículo 5 ésta prevé la creación de divisiones políticas especiales y establece:

*Artículo 5: El territorio del Estado panameño se divide políticamente en Provincias, éstas a su vez en Distritos y los Distritos en Corregimientos.*

*La Ley podrá crear otras divisiones políticas, ya sea para sujetarlas a regímenes especiales o por razones de conveniencia administrativa o de servicio público.* (El subrayado es nuestro)

Realizando una interpretación histórica de la normativa, el segundo párrafo del artículo 5 establece la creación de las comarcas indígenas como divisiones políticas especiales, las cuales se rigen de acuerdo con las leyes que las crean. Como vemos, la actual Carta Magna panameña habla de divisiones políticas sujetas a regímenes o leyes especiales, y no se establece en forma expresa la creación de comarcas indígenas, como sí lo explicitaba la reforma de 1904 de la Constitución Nacional.

Las primeras leyes que en materia indígena emitieron los Estados modernos, incluido Panamá, tenían como objetivo “civilizar a las tribus salvajes”, y en Panamá se encomendó a la Iglesia Apostólica Romana llevar a cabo esa “civilización”. El Estado panameño prohibió, mediante estas leyes, que los indígenas ejercieran su cultura. Por ejemplo las mujeres kunas no podían vestir sus molas (hoy las molas se exhiben en pasarelas de moda alrededor del mundo); los sailagan tenían prohibido entonar sus cantos tradicionales; se prohibió el uso de plantas medicinales, etc. Cansados de estos atropellos, el día 25 de febrero de 1925, el pueblo kuna se alzó en armas contra el gobierno panameño. Vencieron los kunas y declararon la actual Comarca Kuna Yala, Republica de Dule. Este hecho histórico se conoce con el nombre de Revolución Dule o Kuna de 1925, y trajo como resultado la modificación del artículo 4 de la Constitución Política de 1904<sup>6</sup>, que preveía en forma expresa que la Asamblea Nacional podría crear comarcas regidas por leyes especiales.

A su vez, no cabe duda de que el segundo párrafo del artículo 5 de la Constitución actual es una de las normas constitucionales en que se fundamenta la creación de las comarcas indígenas.

A nivel de jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia, específicamente la Sala de lo Contencioso Administrativo, se ha pronunciado sobre el tema de las comarcas. El doctor Juan José Cevallos, actuando en su condición de Procurador Suplente, mediante Vista Fiscal N°. 350 del 4 de julio de 2000, que hace parte del fallo de la Sala Tercera del Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del 23 de marzo de 2001, con relación al caso de la Comarca Kuna de Madungandi<sup>7</sup> planteó lo siguiente:

*1. La división política de la República de Panamá está conformada por circunscripciones territoriales especiales denominadas “comarcas”, siendo una de ellas la Comarca Kuna de Madungandi creada mediante la Ley No. 24 de 12 de enero de 1996, teniendo su fundamento constitucional en el artículo 5 de nuestra Carta Magna. (El subrayado es nuestro)*

6 Actos Legislativos del 20 de marzo de 1925 y del 25 de septiembre de 1928.

7 Demanda contencioso-administrativa de nulidad, interpuesta por el Licenciado Miguel Vanegas en representación del Corregimiento de la Comarca de Madungandi, para que declare nula, por ilegal, la sesión del Consejo Municipal del Distrito de Chepo celebrada el 2 de septiembre de 2001.

2. *La Comarca Kuna de Madungandi cuenta con sus propios instrumentos jurídicos (Ley No. 24 de 12 de enero de 1996 y Decreto Ejecutivo No. 228 de 3 de diciembre de 1998) lo que conlleva que dicho territorio posea un régimen jurídico especial, idéntico al de las Comarcas Emberá y Nogögbé (sic) Buglé.*

3. *La Comarca Kuna de Madungandi fue creada mediante una segregación a una fracción de tierra localizada en el Distrito de Chepo, pero este hecho no implica que aquélla forme parte integrante de este Distrito, puesto que las Comarcas tienen una organización político-administrativa distinta e independiente a la de los Distritos y Corregimientos. (El subrayado es nuestro)*

4. *Demuestran la independencia y autonomía de la Comarca Kuna de Madungandi, el hecho que esta circunscripción territorial cuente con una autoridad máxima denominada Congreso General, así como con otros grupos comarcales, tales como el Congreso Tradicional, Regional y el Local; los que se rigen por sus tradiciones y costumbres, adoptan sus propias decisiones, las que no pueden ser contrarias a la Constitución ni a las leyes de la República. (El subrayado es nuestro)*

En síntesis, la Sala Tercera de la Corte de Suprema de Justicia de Panamá determinó que una comarca es una de las divisiones políticas que existen en Panamá, que es independiente y autónoma de otras divisiones políticas, y que en ella la autoridad máxima es el Congreso General Indígena. Igualmente se reconocen otras instituciones tradicionales indígenas, las cuales se rigen según la tradición y costumbre indígenas. En la República de Panamá hay entonces 14 divisiones políticas (9 provincias y 5 comarcas), además de distritos y corregimientos.

Uno de los artículos constitucionales que reconocen los derechos de los pueblos indígenas es el que a continuación transcribimos:

*Artículo 90: El Estado reconoce y respeta la identidad étnica de las comunidades indígenas nacionales, realizará programas tendientes a desarrollar los valores materiales, sociales y espirituales propios de cada una de sus culturas y creará una institución para el estudio, conservación, divulgación de las mismas y de sus*

*lenguas, así como la promoción del desarrollo integral de dichos grupos humanos.* (El subrayado es nuestro)

Cuando la Ley Fundamental panameña establece el respeto a la identidad étnica, debemos interpretar no sólo los aspectos físicos sino todos los elementos culturales, sociales, económicos y espirituales que los pueblos indígenas han practicado o poseído mucho antes de la creación en 1903 del Estado panameño. Dentro de esos elementos se debe incluir la manera de resolver sus conflictos sociales.

La Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en su Resolución del 6 de diciembre de 2000<sup>8</sup>, determinó lo siguiente:

*La protección del medio ambiente, el respeto a la tradición cultural y étnica de las comunidades indígenas nacionales, al igual que la preservación de los sitios y objetos arqueológicos que sean testimonios del pasado panameño son valores de superior jerarquía que tienen por su naturaleza explícita consagración en nuestra normativa constitucional.* (Véanse artículos 81, 86 y 115 de la Constitución Nacional) (Los subrayados son nuestros)<sup>9</sup>

En otras palabras, los valores sociales, culturales y espirituales que los pueblos indígenas practican son parte de los derechos indígenas, los cuales tienen jerarquía constitucional y por ende, las leyes no deben menoscabar dichos derechos constitucionales. Por lo tanto, se debe entender que estos valores incluyen las normas indígenas (derecho indígena) a través de las cuales los pueblos indígenas resuelven los conflictos sociales que surjan en sus territorios.

En su artículo 202, la Constitución panameña prevé que el Órgano Judicial esté constituido por la Corte Suprema de Justicia, y por los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. No dice nada sobre la jurisdicción indígena, pero en su momento analizaremos el Nuevo Código Procesal Penal, Ley N°. 63 de 28 de agosto de 2008, que incluye normativa sobre jurisdicción indígena.

8 Mediante esta resolución la Corte Suprema de Justicia de Panamá suspendió provisionalmente el Proyecto Hidroeléctrico Tabasará II, ya que el estudio de impacto ambiental no incluyó el consentimiento de los pueblos indígenas que van a ser afectados por dicho proyecto.

9 La última reforma constitucional de Panamá ocurrió en 2004. Como resultado, los artículos cambiaron de numeración; los antiguos artículos 81, 86 y 115 son hoy respectivamente los artículos 85, 90 y 119 de la Constitución Política vigente.

### III. Administración de justicia y leyes comarcales

Panamá cuenta con cinco comarcas, creadas mediante leyes, y la mayoría de ellas tienen Cartas Orgánicas comarcales, las cuales desarrollan las leyes comarcales y son sancionadas a través de decretos ejecutivos. También existen leyes nacionales que en una u otra forma reconocen mínimamente los derechos indígenas y la aplicación del derecho indígena, es decir, las normas internas que los pueblos indígenas han creado para resolver los conflictos sociales que surjan en sus territorios.

Los pueblos indígenas tienen sus propias normas de control social, que no necesariamente tienen que estar escritas; en los últimos años las comarcas indígenas y las comunidades indígenas que no tienen sus territorios legalizados han estado codificando el derecho indígena. Realizaremos un análisis de artículos de las leyes comarcales y de las Cartas Orgánicas comarcales, relacionado con la administración de justicia en los territorios indígenas.

#### *A. Comarca Kuna Yala*

La Comarca Kuna Yala tiene sus antecedentes a finales del siglo XIX cuando la República de Panamá pertenecía a Colombia. Los kunas habían logrado que Colombia reconociera, a través del Decreto de 19 de abril de 1871, la Comarca de Tulenega, que comprendía los actuales territorios kunas en Panamá y Colombia. Por consiguiente la Comarca Kuna Yala existía antes de la creación del Estado panameño, que ocurrió en 1903.

El Estado panameño, al separarse de Colombia en 1903, desconoció el régimen jurídico de la Comarca de Tulenega. Después de la Revolución Kuna de 1925, el Estado panameño, mediante la Ley N°. 2 del 16 de septiembre de 1938, crea la Comarca de San Blas, la cual fue organizada con la Ley N°. 16 de 19 de febrero de 1953. A la Comarca de San Blas le fue cambiado el nombre por el de Comarca Kuna Yala, mediante la Ley N°. 99 de 23 de diciembre de 1998. Esta comarca no cuenta con Carta Orgánica, pero sí tiene la Ley Fundamental de la Comarca Kuna Yala (constituye una propuesta de reforma de la Ley N°. 16 de 1953) y tiene Estatuto Comarcal (es una propuesta de Carta Orgánica), que en realidad son los instrumentos jurídicos que se aplican en las comunidades de la Comarca Kuna Yala.

La Comarca Kuna Yala está regida por la Ley N°. 16 de 19 de febrero de 1953. Solamente analizaremos los artículos relacionados con el presente trabajo. El artículo 7 de la Ley de la Comarca Kuna Yala preceptúa lo siguiente:

*Artículo 7. Es obligación de la primera autoridad política de toda población indígena, tomar conocimiento de las infracciones de la Ley que ocurrieren dentro de su jurisdicción, informar de lo sucedido al Intendente, y poner a las órdenes de éste a los transgresores.*

La normativa antes transcrita obliga a las autoridades tradicionales, llamados *sailagan* (guías espirituales, jefes de las comunidades), de la Comarca Kuna Yala, a remitir al Intendente (gobernador comarcal), los casos de violación de la ley o de las leyes nacionales, que incluyen las leyes penales. En otras palabras, las autoridades estatales son las competentes para conocer los casos de violación de la ley en la Comarca Kuna y no las autoridades tradicionales indígenas.

Siguiendo lo que preceptúa el artículo 7 de la Ley N°. 16 de 1953, el artículo 12 establece:

*Artículo 12: El Estado reconoce la existencia y jurisdicción en los asuntos concernientes a infracciones legales, exceptuando lo referente a la aplicación de las leyes penales, del Congreso General Kuna, de los Congresos de pueblos y tribus y de las demás autoridades establecidas conforme a la tradición indígena y de la Carta Orgánica del Régimen Comunal Indígena de San Blas. Dicha Carta tendrá fuerza de Ley una vez que la apruebe el Órgano Ejecutivo, luego de establecer que no pugna con la Constitución y las Leyes de la República.*

Según la norma antes transcrita, el Congreso General Kuna así como los Congresos Locales, representados por las autoridades tradicionales kunas, incluyendo los organismos tradicionales locales que administran justicia, no tienen jurisdicción para resolver la violación de las leyes penales. Eso significa que los *Sailas* deben remitir a las autoridades estatales o a la jurisdicción ordinaria estatal los casos de actos que infringen las leyes penales. Las autoridades tradicionales kunas pueden, en cambio, atender casos de familia u otros que no sean parte de la jurisdicción penal. Adicionalmente, no ha sido creada la Carta

Orgánica de la Comarca Kuna Yala, y lo que rige en este territorio autónomo indígena es la Ley Fundamental y el Estatuto de la Comarca Kuna Yala<sup>10</sup>.

### 1. Código Judicial y Comarca Kuna Yala

El juzgado y la personería, dos instituciones estatales, fueron creadas en la Comarca Kuna Yala mediante el Decreto N°. 215 del 11 de diciembre de 1925, pero no se concretaron realmente. Después, mediante la Ley N°. 61 del 30 de septiembre de 1946, en el Título VIII, Capítulo III, se creó nuevamente el Juzgado Comarcal de San Blas (Comarca Kuna Yala)<sup>11</sup>.

El actual Código Judicial, creado en 1984, incluye en su artículo 178 al juez y al personero:

*Artículo 178: En la Comarca Indígena de San Blas existirá un Juez y un Personero quienes tendrán las funciones que se le señalen por Ley especial.*

A pesar de existir esta norma desde 1984, no se ha emitido la ley especial que determine las funciones del juez y el personero de la Comarca Kuna Yala. Por lo tanto, los funcionarios judiciales han impartido la justicia de acuerdo con las leyes nacionales y no según las normas indígenas.

Puesto que en agosto de 2008 se aprobó el Nuevo Código Procesal Penal, que en su momento analizaremos profundamente, los funcionarios judiciales estatales aplicarán en Kuna Yala las normas relacionadas con la administración de justicia plasmadas en la Ley Fundamental y en el Estatuto de la Comarca Kuna Yala.

### 2. Ley Fundamental y Estatuto de la Comarca Kuna Yala

Ahora, con la aprobación del Nuevo Código Procesal Penal se va a permitir, ya que es parte del derecho indígena, la aplicación de las normas

---

10 A pesar de que estos documentos no han sido sancionados como leyes, el Estado panameño los ha reconocido tácitamente ya que al suscribir convenios con el Congreso General Kuna ha incluido, como parte de su fundamento legal, la Ley Fundamental y el Estatuto de la Comarca Kuna Yala. Ver [<http://www.congresogeneralkuna.org/normas%20kunas.htm>].

11 Ehrman, Dialys (2005). *Derecho indígena y la administración de justicia en nuestros pueblos*, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá, p. 63.

sobre administración de justicia plasmadas en la Ley Fundamental y en el Estatuto de la Comarca Kuna Yala, aunque estos instrumentos no han sido sancionados por el Órgano Ejecutivo. Los artículos 66 y 67 de la Ley Fundamental establecen:

*Artículo 66: En la aplicación de las disposiciones legales en cuanto a la administración de justicia, regirá además el derecho consuetudinario del Pueblo Kuna y su sistema de control social tradicional.*

*Artículo 67: Los Sailagan de las comunidades administrarán la justicia de acuerdo con sus patrones tradicionales.*

*Parágrafo: En los casos que son de competencia de la justicia ordinaria, los sailagan y suaribigan (sic) podrán, a prevención, recabar las pruebas necesarias y detener a los sospechosos y remitirlos a la autoridad competente.*

*Las personas implicadas podrán recurrir a una instancia superior, cuando lo consideren necesario.*

Es decir, la primera normativa transcrita, el artículo 66, ha previsto que la administración de justicia en la Comarca Kuna Yala se basará en el derecho consuetudinario –las normas tradicionales– y en el sistema de control social tradicional del pueblo Kuna.

El artículo 67 de la Ley Fundamental de Kuna Yala, además de permitir la aplicación del derecho kuna en este territorio autónomo indígena, establece que en los casos que son de competencia de las autoridades judiciales estatales, los sailagan y suaribegan podrán, a prevención, recabar pruebas, detener a los sospechosos y remitirlos a las autoridades competentes. El parágrafo del artículo 67 fue establecido en el artículo 236 del Nuevo Código Procesal Penal. Los artículos relacionados con los pueblos indígenas, incorporados en el Nuevo Código Procesal Penal, los estudiaremos en su momento.

Solamente analizaremos aquí algunos artículos del Estatuto Comarcal relacionados con la administración de justicia en la Comarca Kuna Yala. El artículo 353 del Estatuto de la Comarca Kuna Yala establece la misma normativa contenida en el artículo 66 y en la primera parte

del artículo 67 de la Ley Fundamental de Kuna Yala. El artículo 354 del Estatuto de Kuna Yala establece lo siguiente:

*Artículo 354: Las autoridades kunas de la Comarca remitirán, mediante una carta, a las instancias competentes nacionales, los casos que por su gravedad y complejidad tienen que ser conocidos por las autoridades judiciales, como violación, droga, homicidio, actos libidinosos y afines.*

De acuerdo con el Estatuto de la Comarca Kuna Yala, las autoridades o las instituciones tradicionales que imparten justicia van a remitir los casos de violación, droga, homicidio, actos libidinosos y afines, a las autoridades judiciales estatales. Los casos que serán remitidos a las autoridades competentes estatales son aquellos difíciles de probar mediante los métodos tradicionales kunas, por ejemplo cuando se trata de casos de violación.

En materia de sanción el Estatuto de Kuna Yala ha establecido lo siguiente:

*Artículo 360: Las autoridades locales harán todo lo posible para aplicar métodos que lleven a sus miembros que fueren sancionados por algún delito, a la corrección y reinserción en la comunidad mediante trabajos comunitarios vigilados.*

Respecto a la pena consistente en trabajo comunitario, antes de que ésta se incluyera en el literal b, numeral 2 del artículo 50 del Nuevo Código Penal (Ley N°. 14 de 18 de mayo de 2007), el Estatuto de la Comarca Kuna Yala ya lo había hecho, de acuerdo con su tradición.

## **B. Comarca Emberá-Wounaan**

Esta comarca fue creada mediante la Ley N°. 22 del 8 de noviembre de 1983 y su Carta Orgánica fue aprobada mediante el Decreto Ejecutivo N°. 84 del 9 de abril de 1999. La Ley N°. 22 de 1983 sólo establece la creación de la Personería y el Juzgado con rango municipal, y sus competencias están determinadas en el Código Judicial; por lo tanto, esas entidades aplicarán las leyes nacionales y no las leyes comarcales. No obstante, en la Carta Orgánica de la Comarca Emberá-Wounaan se incluye un capítulo especial sobre la administración de justicia tradicio-

nal (artículos 118, 119 y 120). Igualmente, el Decreto Ejecutivo No. 84 de 1999 trae un capítulo relacionado con la administración de justicia ordinaria (artículos 121, 122 y 123). Sólo analizaremos los artículos relacionados con la justicia tradicional.

En cuanto a la administración de justicia tradicional, la Carta Orgánica Emberá-Wounaan es la más avanzada de su género, ya que las autoridades tradicionales Emberá y Wounaan pueden aplicar derecho indígena, específicamente el derecho Emberá-Wounaan, para resolver los actos que violen su cultura. Cito artículos relacionados con el tema:

*Artículo 118. En la Comarca se reconoce la forma o procedimiento tradicional del pueblo Emberá-Wounaan, en la solución de conflictos. El Cacique general y caciques regionales, en coordinación con los Nokoras de cada comunidad, garantizarán y aplicarán las prácticas tradicionales de conciliación y solución de conflictos, siempre y cuando no sean de competencias de autoridades ordinarias y administrativas.*

*Artículo 119. La administración de justicia en la Comarca, ya sea en forma oral o escrita, conforme al derecho y costumbre Emberá y Wounaan, será ejercida por el cacique General, Caciques regionales y Noko-Chi Por.*

*Las decisiones que adopten estas autoridades serán respetadas por las autoridades administrativas y judiciales existentes en el país, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a la Ley.*

*Artículo 120. Los actos de hechicería y superchería serán conocidos por los caciques regionales a prevención con las autoridades de policía. Los que cometan tales actos que deriven en delito por su gravedad, serán remitidos a las autoridades ordinarias.*

En nuestra opinión, la Carta Orgánica de la Comarca Emberá-Wounaan fue un gran avance, ya que además de establecer todo lo referente a las instituciones del pueblo Emberá y Wounaan, reconoce también los controles sociales que aplican las autoridades tradicionales en la solución de conflictos y sobre todo, se basa en su cosmovisión. La Carta Orgánica de la Comarca Emberá-Wounaan fue la primera

experiencia de codificación de derecho indígena reconocida legalmente por el Estado panameño.

### **C. Comarca Kuna de Madungandi**

Una de las tres comarcas kunas es la Comarca Kuna de Madungandi, creada mediante la Ley No. 24 de 12 de enero de 1996. Su Carta Orgánica fue sancionada a través del Decreto Ejecutivo No. 228 del 3 de diciembre de 1998.

Al igual que las otras leyes comarcales, la Ley No. 24 de 1996 reconoce las instituciones tradicionales indígenas, como el Congreso General y los Congresos Locales. El artículo 5 dice así:

*Artículo 5. El Estado reconoce y garantiza la existencia del Congreso General como máxima autoridad tradicional, ya que constituye el organismo de expresión y decisión de la Comarca Kuna de Madungandi. Reconoce y garantiza, además, los congresos regionales y locales de conformidad con su tradición y su Carta Orgánica. Las decisiones que emanen de estos congresos no deben ser contrarias a la Constitución Política ni a las leyes de la República.*

A su turno, el artículo 7 prevé:

*Artículo 7. En cada una de las poblaciones que conforman esta Comarca habrá un saila, que será escogido de acuerdo con los procedimientos que señala la Carta Orgánica, y cuyas atribuciones se establecerán en ésta.*

A pesar de que la Ley de Comarca Kuna de Madungandi establece que el Estado reconoce y garantiza la existencia de las instituciones políticas, prevé también que sus decisiones no pueden ser contrarias a la Constitución ni a las leyes de la República. Es decir, las decisiones del pueblo kuna están sujetas al control del derecho positivo panameño, incluyendo la administración de justicia en este territorio indígena. También la Ley No. 24 de 1996 ha previsto que las atribuciones de estas autoridades tradicionales serán desarrolladas en la Carta Orgánica de la Comarca.

En la Ley N°. 24 de 1996 no se establece en forma expresa una normativa sobre la administración de justicia, pero su Carta Orgánica incluyó dos artículos sobre el tema. La Carta Orgánica de la Comarca Kuna de Madungandi, en su artículo 65 ha previsto lo siguiente:

*Artículo 65. Todos los habitantes de la Comarca Kuna de Madungandí (sic) están sometidos a la Constitución Política, las leyes de la República y sus normas de conducta tradicionales. (El subrayado es nuestro).*

se reconocen entonces las normas internas de la Comarca Kuna de Madungandi para resolver los conflictos sociales que se originen en este territorio indígena. Sin embargo, estas normas indígenas deben estar bajo el imperio de la Constitución y las leyes nacionales. El artículo 66 ha previsto elementos de la justicia ordinaria, que es pública, gratuita, expedita e ininterrumpida, y es ejercida conforme a las leyes de la República.

#### **D. Comarca Ngöbe-Buglé**

En todas las leyes comarcales existen normas sobre administración de justicia. La Ley de la Comarca Ngöbe-Buglé, Ley No. 10 del 7 de marzo de 1997, también incluye normas sobre la administración de justicia, y su artículo 40 dice:

*Artículo 40. El Órgano Judicial y el Ministerio Público crearán, en la comarca, los juzgados, fiscalías y personerías necesarios para la administración de justicia. Su organización, funcionamiento y la designación del personal se ajustarán a las disposiciones legales vigentes.*

*La administración de justicia en la Comarca se ejercerá de acuerdo con la Constitución Política y la Ley, teniendo en cuenta la realidad cultural del área y de acuerdo con el principio de la sana crítica. (El subrayado es nuestro).*

Como podemos constatar, la norma antes citada establece, además del respeto y el reconocimiento de las culturas indígenas, que la administración de justicia en los territorios indígenas no puede violar la Constitución Nacional ni las leyes nacionales; de igual forma incluye el principio de la *sana crítica*, reconocido en el Convenio N°. 107 de 1957.

Otro artículo sobre administración de justicia en la Comarca Ngöbe-Buglé es el 41, que dice así:

*Artículo 41: Las autoridades de la Comarca colaborarán con las autoridades judiciales y policivas en la investigación de los delitos, faltas y otras violaciones a la Ley.*

La norma transcrita tiene como objetivo la coordinación y colaboración de las autoridades tradicionales indígenas con las autoridades judiciales en la investigación de los delitos, faltas y otras violaciones de la ley, a fin de evitar que los valores culturales, sociales y espirituales de los pueblos indígenas resulten perjudicados. Por ende, las autoridades tradicionales del pueblo Ngöbe y Buglé legalmente no tienen competencia para atender la violación de las leyes penales ni las faltas que se cometen en la Comarca Ngöbe-Buglé.

Por otro lado, en la Carta Orgánica de la Comarca Ngöbe-Buglé, aprobada mediante el Decreto Ejecutivo N°. 194 de 25 de agosto de 1999, se establecen las funciones de las autoridades indígenas en materia de administración de justicia. El artículo 150 de la Carta Orgánica Ngöbe-Buglé expresa lo siguiente:

*Artículo 150: Son atribuciones de los Jefes Inmediatos:*

*[...]*

*3. Coordinar con el corregidor la buena administración de justicia en su respectiva circunscripción.*

Por otra parte el artículo 210 preceptúa:

*Artículo 210: La Comarca Ngöbe-Buglé tendrá un cuerpo de seguridad tradicional, denominado Buko Day, responsable de mantener el orden, la disciplina de la comunidad y estará sujeto a los Caciques Generales, Regionales, Locales y Jefes Inmediatos y sus funciones son las siguientes:*

- 1. Mantener el orden, disciplina y seguridad de la comunidad.*
- 2. Servir de emisario entre las autoridades y congresos.*
- 3. Realizar arrestos, previa orden emanada de la autoridad competente.*

Eso significa que las autoridades tradicionales indígenas deben apoyar a las autoridades judiciales estatales en la ejecución de arrestos; para eso debe haber coordinación entre estas dos autoridades –tradicionales y estatales– y de esta manera evitar la violación de las normas tradicionales de los pueblos indígenas.

### *E. Comarca Kuna de Wargandi*

El último territorio indígena en ser legalizado es la Comarca Kuna de Wargandi, creada mediante la Ley N°. 34 de 25 de julio de 2000. Esta comarca no cuenta todavía con Carta Orgánica, ya que no ha sido sancionada por el Órgano Ejecutivo. Por lo tanto, solamente analizaremos la normativa sobre justicia que aparece en su Ley Comarcal. El artículo 7 también ha previsto norma sobre administración de justicia, que dice así:

*Artículo 7. La administración de justicia y la resolución de conflictos en la Comarca se ejercerán de acuerdo con la Constitución Política y la ley, pero se tomará en consideración su cultura.*

*La Carta Orgánica de la Comarca desarrollará las formas culturales de resolución de conflictos.*

*Las autoridades de la Comarca colaborarán con las autoridades judiciales y policiales en la investigación de los delitos, faltas y cualquier otra violación de la ley. (El subrayado es nuestro).*

En principio, la norma transcrita remite a la Carta Orgánica para desarrollar justicia indígena, y hasta el día de hoy no ha sido aprobada por el Órgano Ejecutivo. Al igual que ocurre con la Ley de la Comarca Ngöbe-Buglé, las autoridades tradicionales de la Comarca Kuna de Wargandi deben colaborar con las autoridades judiciales y policiales nacionales en la investigación del delito, faltas y cualquiera violación de la ley.

## **IV. Ley 38 de 2001**

Uno de los avances en la legislación panameña en cuanto a reconocimiento de las autoridades tradicionales indígenas en materia de funciones jurisdiccionales, es la Ley N°. 38 de 10 de julio de 2001, ya que le permite establecer medidas de protección a favor de las personas que sean víctimas o sobrevivientes de violencia doméstica. Su artículo 7 dice:

*Artículo 7: Podrán aplicar las medidas de protección consagradas en el artículo 4 de esta Ley, los funcionarios de policía administrativa, las autoridades tradicionales en las zonas indígenas, los agentes del Ministerio Público y las autoridades del Órgano Judicial, cada uno de acuerdo con su competencia.*

El artículo 8 preceptúa a su vez:

*Artículo 8: Las autoridades indígenas establecidas y reconocidas en sus Cartas Orgánicas, que administran justicia de acuerdo con las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas, podrán aplicar las medidas de protección consagradas en sus respectivos ordenamientos internos y, de forma supletoria, las establecidas en el artículo 4 de esta Ley, de acuerdo con su competencia. (Los subrayados son nuestros)*

Eso significa, por ejemplo, que las autoridades indígenas pueden ordenar el arresto provisional, con apoyo de sus policías tradicionales –llámense Sualibed (Kuna), Zarra (Emberá), Buko Day (Ngöbe), entre otros–, de las personas que cometen violencia doméstica. También pueden aplicar las medidas de protección que se encuentran en las normas internas de las comunidades, es decir, aplicar el derecho indígena, y en forma supletoria aquellas que se encuentran en el artículo 4 de la Ley N°. 38 de 2001. Para aplicar estas normas indígenas no se necesita que estén reconocidas por las leyes nacionales.

El objetivo de la colaboración y coordinación entre las autoridades tradicionales y las autoridades judiciales y policiales nacionales, es impedir que las instituciones culturales, sociales y espirituales de los pueblos indígenas resulten afectadas negativamente. Por ejemplo, en la exhumación de un cadáver, las autoridades tradicionales realizan una ceremonia sagrada, para evitar el trastoque entre el mundo espiritual y el mundo físico. De allí la necesidad de que los administradores de justicia ordinaria conozcan los derechos y elementos culturales de los pueblos indígenas.

A pesar de que Panamá ha reconocido en su legislación los derechos históricos de los pueblos indígenas, y de que ella ha servido de modelo para otros países del mundo, en materia de justicia indígena está retrasada ya que no se han implantado las leyes comarcales y sus Cartas

Orgánicas, las cuales establecen la creación de las entidades judiciales estatales y la implementación de la justicia tradicional indígena.

En la práctica, los pueblos indígenas han estado administrando justicia en los casos menos graves de acuerdo con su derecho indígena, sin que el Estado panameño lo haya reconocido legalmente ni oficializado el control social de estos pueblos. Por ejemplo, los pueblos indígenas de Panamá han resuelto el delito de consumo o posesión de droga de acuerdo con sus normas internas, a pesar de que la legislación no lo permita, ya que es de competencia de la justicia ordinaria.

## V. Nuevo Código Procesal Penal

En marzo de 2005, Panamá suscribió el Pacto de Estado por la Justicia, con la participación de la sociedad civil, el cual tiene dos objetivos específicos: definir una agenda de la reforma judicial y orientar en forma sistemática los esfuerzos permanentes dirigidos a la ejecución de dicha agenda.

Uno de los compromisos del Pacto de Estado por la Justicia en materia indígena es la *elaboración de una estrategia de acceso a la justicia para las comarcas indígenas, que se fundamente en una integración respetuosa de sus valores culturales*.

Siguiendo con los compromisos del Pacto de Estado por la Justicia, Panamá, en las recientes reformas judiciales, ha incluido normativas relacionadas con los pueblos indígenas y la jurisdicción indígena, como es el caso de la inclusión en el Nuevo Código Penal panameño de la figura delictiva de robo de conocimiento indígena. En el presente trabajo analizaremos artículos relacionados con el derecho indígena y la jurisdicción indígena, los cuales fueron incluidos en el Nuevo Código Procesal panameño (Ley N°. 63 de 28 de agosto de 2008).

Siguiendo los principios establecidos en los artículos del Convenio N°. 107 de la Organización Internacional del Trabajo de 1957, ratificado por Panamá mediante el Decreto de Gabinete N°. 53 de 26 de febrero de 1971, el Nuevo Código Procesal Penal en su artículo 28 ha previsto que las autoridades judiciales y los tribunales llamados a pronunciarse en materia penal, deben tomar en cuenta la diversidad cultural de los intervinientes.

A pesar de que la Constitución panameña no establece el reconocimiento de la jurisdicción indígena en forma expresa, la Ley N°. 63 de 28 de agosto de 2008 la incluyó en su artículo 30:

*Artículo 30. Órganos jurisdiccionales. Son órganos jurisdiccionales en los casos y formas que determinan la Constitución Política y las leyes:*

*[...]*

*9. Los Jueces Comarcales.*

*10. Las Autoridades Tradicionales Indígenas.*

En las comarcas, los jueces comarcales y las autoridades tradicionales indígenas tendrán jurisdicción para atender los casos de violación de leyes penales que surjan en sus territorios. Si existen conflictos en materia de competencia entre las autoridades tradicionales indígenas y los jueces comarcales, los Tribunales Superiores de Apelaciones son competentes para resolver dichos conflictos (numeral 7 del Artículo 41). Estos casos pueden llegar a conocimiento de la Sala Penal de la Corte o del Pleno de la Corte Suprema de Justicia por la violación de las normas legales y constitucionales.

Una de las facultades de los Tribunales de Juicio será la de conocer la extinción de la acción en los conflictos resueltos por las autoridades tradicionales indígenas y los jueces comarcales (segundo párrafo del Artículo 42).

El Nuevo Código Procesal Penal ha previsto que los jueces comarcales tendrán competencia para conocer de delitos cometidos dentro del territorio de la comarca,

*... menos el delito de homicidio doloso, los delitos que resulten en la muerte de una persona, los delitos contra la economía nacional, los delitos relacionados con drogas, los delitos contra la Administración Pública, el terrorismo y los delitos ejecutados por el crimen organizado.*

Sin embargo, los jueces comarcales resolverán los casos que se presenten ante él de acuerdo con las disposiciones de este Código y con las normas previstas en el derecho indígena y en la Carta Orgánica de la respectiva comarca (artículo 48).

En otras palabras, los jueces comarcales no tendrán competencia para atender los delitos de homicidio doloso, los delitos que resulten en la muerte de una persona, los delitos contra la economía nacional, los delitos relacionados con drogas, los delitos contra la Administración Pública, el terrorismo y los delitos ejecutados por el crimen organizado, pero en los demás casos previstos en el Código Penal los jueces comarcales tendrán competencia.

Uno de los avances que trae la reforma judicial en Panamá es el artículo 49 de la Ley N°. 63 de 28 de agosto de 2008, ya que otorga competencia a las autoridades tradicionales indígenas –sean ellas Saila o Sailagan, Nokora, Chi Poor, caciques, entre otros– para resolver conflictos sociales que surjan en sus territorios. El artículo 49 establece lo siguiente:

*Artículo 49. Competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas. Las Autoridades Tradicionales Indígenas tendrán competencia 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.*

Las autoridades tradicionales tendrán competencia para atender conflictos sociales que surjan en sus territorios, y resolverlos de acuerdo con el derecho indígena y con la Carta Orgánica de sus respectivas comarcas. Es decir, los dos instrumentos en que se basarán las autoridades indígenas para resolver los conflictos que surjan en su jurisdicción serán, por una parte, las normas previstas en el derecho indígena, que no necesariamente tiene que estar escrito, y por la otra, las Cartas Orgánicas. No es necesario que las normas del derecho indígena estén codificadas para su aplicación: basta para su cumplimiento o vigencia que se demuestre que son parte de la tradición y que los pueblos indígenas las usan para resolver los conflictos que surjan en las comarcas.

Algunos pueblos indígenas en Panamá han codificado su derecho indígena y lo han plasmado en las Cartas Orgánicas comarcales. En el caso de la Comarca Kuna Yala, el Congreso General Kuna ha aprobado la Ley Fundamental y el Estatuto Comarcal, aunque estos dos instrumentos no han sido sancionados por el Órgano Ejecutivo. Por otro lado, la Comarca Kuna de Wargandi entregó una propuesta de Carta

Orgánica, que se encuentra en espera de la sanción del presidente de la República.

Al igual que en las leyes anteriores, todas las personas, incluidos los miembros de los pueblos indígenas, que tengan limitaciones para entender y ser entendidas en las diligencias judiciales, tendrán derecho al intérprete (Artículo 126). Lógicamente, el lenguaje judicial tiene que ser entendible para los pueblos indígenas, incluyendo a cualquier persona que no maneje o no conozca el lenguaje jurídico.

También el nuevo Código Procesal Penal reconoce las formas naturales de resolución para afrontar los conflictos sociales que surjan en las comarcas. Estas formas están basadas en los valores, cosmovisión y formas tradicionales de los pueblos indígenas, y están a cargo de las autoridades tradicionales indígenas (Artículo 205). En algunas leyes comarcales ya habían sido reconocidas las formas tradicionales de resolución de conflictos<sup>12</sup>.

Como se han establecido limitaciones a la jurisdicción indígena, las autoridades tradicionales indígenas no tendrán competencia en algunos delitos previstos en el Código Penal. En estos casos, las autoridades tradicionales indígenas pueden, a prevención, aprehender a las personas, recabar las pruebas necesarias y remitirlas a las autoridades competentes. Las personas implicadas podrán recurrir a una instancia superior cuando consideren que se les han vulnerado sus derechos constitucionales y legales (Artículo 236)<sup>13</sup>.

En relación con la exhumación de cadáveres en las comarcas indígenas y en las áreas indígenas no comarcales, las autoridades judiciales tendrán en cuenta los valores culturales y ritos de los pueblos indígenas (Artículo 322).

---

12 Carta Orgánica Emberá-Wounaan, artículo 118, y Ley Comarcal Kuna de Wargandi, artículo 7.

13 El artículo 236 original dice: "Artículo 236. Colaboración de las Autoridades Tradicionales Indígenas. En los asuntos que sean de competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas estas podrán, a prevención, aprehender a las personas, recabar las pruebas necesarias y remitirlas a la autoridad competente. Las personas implicadas podrán recurrir a una instancia superior cuando lo consideren necesario". En este artículo falta la palabra NO y debería decir: "Artículo 236. Colaboración de las Autoridades Tradicionales Indígenas. En los asuntos que NO sean de competencia de las Autoridades Tradicionales Indígenas éstas podrán, a prevención, aprehender a las personas, recabar las pruebas necesarias y remitirlas a la autoridad competente. Las personas implicadas podrán recurrir a una instancia superior cuando lo consideren necesario".

En referencia al peritaje, la regla que ha prevalecido es que los peritos deben tener certificado o diploma, es decir, deben haberse graduado en una universidad para poder ser considerados como expertos en la materia sometida a su experticia o dictamen. Ahora, el nuevo Código de Procesal Penal permite que el peritaje, incluyendo el peritaje cultural, pueda ser realizado por personas no graduadas en universidad: basta que tengan conocimiento o práctica en la materia motivo de consulta u opinión. Es decir, el perito no académico sólo debe acreditar su experiencia sobre la materia consultada. Eso significa las autoridades o sabios indígenas pueden ser peritos en materia indígena, en los casos en que se necesite auxiliar a la jurisdicción indígena o a la jurisdicción ordinaria (Artículo 406).

Siguiendo con uno de los principios procesales, establecido en el artículo 28, se ha previsto que en los delitos en que una o más partes sean miembros de una diversidad cultural (entiéndase también pueblo indígena u otra cultura), se debe ordenar un peritaje cultural para ambas partes a fin de conocer sus culturas, peritaje éste que permitirá, a quienes administran justicia, valorar adecuadamente, por ejemplo, la responsabilidad penal que pueda tener un indígena.

## VI. Jurisprudencias

En materia de derecho indígena, la jurisprudencia de los tribunales de justicia de Panamá ha sido muy escasa. Analizaremos tres jurisprudencias relacionadas con el presente trabajo, para determinar si estos tribunales han estado teniendo en cuenta en sus fallos la temática y el derecho indígena.

### *Caso Chogaly*<sup>14</sup>

Dentro de la cultura indígena y como parte de sus creencias, existen personas “que hacen cosas malas”, personas que en la cultura occidental son conocidas como brujas o brujos. En un caso de homicidio ocurrido en una comunidad Ngöbe, el victimario alega que se defendió frente a la agresión de un *chogaly* (en idioma Ngöbe, persona maligna), al que confundió con la niña a quien él mató. El homicida fue condenado a

---

14 Proceso seguido contra Eustaquio Sanjur Marcucci, sancionado por delito de homicidio doloso en perjuicio de Marina Montezuma Sánchez. Magistrado Ponente: Roberto E. González R., Panamá, 20 de febrero de 2001, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Penal.

ocho años de prisión y a la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por igual período.

La abogada defensora apeló la sentencia sustentando que el tribunal *a quo* no tomó en cuenta las atenuantes al establecer la pena, como lo son la supina ignorancia del agente y la eximente incompleta, contenidas en los ordinales 6º y 7º del artículo 66 del Código Penal. Y sustenta lo siguiente:

*En cuanto a la supina ignorancia, la recurrente indica que si bien es cierto cualquier persona normal tiene conocimiento de que no se debe lesionar en su integridad a otra persona, no menos cierto es que el caso que nos ocupa se dio en especiales circunstancias en el que se confunde la ingesta de alcohol y la creencia reiterada e inveterada de nuestros indígenas y campesinos de situaciones y personajes irreales que los acechan en la noche, ya que Sanjur Marcucci creía lesionar de muerte al “chogaly” o “abusión” –nunca con la intención de matar a la menor– quien hacía un año atrás tampoco lo había dejado pasar por el camino que transitaba (Folio 250).*

[...]

*Por lo anterior, solicita la recurrente que, con base en las atenuantes invocadas, se reforme el fallo de primera instancia y se rebaje la pena impuesta a su patrocinado judicial (Folio 251).*

En el fallo en análisis, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, expresó lo siguiente respecto a las creencias indígenas:

*Aplicando los criterios que anteceden al caso que nos ocupa, la Sala considera que aun cuando el procesado tenga creencias sobre la existencia de seres mitológicos propios de su cultura, se debe tener en cuenta que en las comunidades indígenas también existen normas éticas y culturales que regulan la vida del grupo, entre las cuales está el derecho a la vida de los miembros del colectivo social, que es un derecho natural.*

[...]

*De allí que la Sala considera que no procede el reconocimiento de la circunstancia modificadora de la responsabilidad penal a que se refiere el apelante.*

En el caso del *chogaly*, tanto el Ministerio Público como el Tribunal Superior ignoraron o no practicaron el peritaje cultural, ya que la Sala Penal en ningún momento menciona este procedimiento. Independientemente de si es culpable o inocente, si una persona o el victimario se refiere de manera importante en un proceso a alguna creencia, incluyendo alguna sobre brujería o, como en el caso en análisis, sobre un *chogaly*, se debió practicar peritaje cultural para que quienes administran justicia puedan entender mejor el tema. En este caso, el Ministerio o el Tribunal debían haber practicado peritaje cultural a través de antropólogos especializados en el tema indígena.

En el Nuevo Código Procesal Penal es obligatorio el peritaje cultural cuando una de las partes es indígena, y esta disposición también tiene su fundamento en los instrumentos de derechos humanos ratificados por Panamá, que, por lo tanto, son parte de la legislación de este país. El Convenio N.º 107 de la OIT de 1957, dice específicamente en el numeral 2 del artículo 10:

*Artículo 10*

[...]

*2. Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.*

Esos temas culturales de los pueblos indígenas se establecen a través del peritaje cultural. En el Nuevo Código Procesal Penal, como habíamos comentado anteriormente, el peritaje cultural también puede ser realizado por una autoridad tradicional o sabio indígena, y no sólo por las personas que tienen título universitario.

Otro instrumento de derechos humanos que permite la realización del peritaje cultural en los casos entre indígenas o cuando una de las partes es un indígena, es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas<sup>15</sup>, específicamente en su artículo 40:

*Artículo 40. Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los*

---

<sup>15</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución del 13 de septiembre de 2007.

*Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos. (El subrayado es nuestro)*

Es decir, las entidades estatales que administran justicia, antes de aplicar una sanción a un miembro indígena, están en obligación (y aún más en el sistema acusatorio) de practicar peritaje cultural (ver el Artículo 28 del Nuevo Código de Procesal Penal).

### ***Aplicación del Convenio N°. 107 de la OIT de 1957***

En un caso de homicidio, el Defensor de Oficio apela la sentencia condenatoria, en el que la acusada y la víctima eran miembros del pueblo Emberá, sustentando que su patrocinada pertenece a la etnia Emberá y para ella se debe tomar en cuenta lo establecido en el Decreto de Gabinete N°. 53 de 26 de febrero de 1971, que aprueba el Convenio N° 107 de la OIT relativo a las poblaciones o pueblos indígenas.

En su fallo, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia no analiza el contenido del Convenio N°. 107 de la OIT de 1957, lo que demuestra falta de conocimiento de parte de los magistrados, ni mucho menos se pudo determinar si se practicó el peritaje cultural en esta causa penal. La resolución de la Sala Penal sólo determinó lo siguiente:

*En cuanto a esta reclamación, estamos de acuerdo con la posición del Ministerio Público en el sentido de que a pesar de que la procesada proviene de una etnia indígena, el hecho ocurrió en el sector de Samaria, Distrito de San Miguelito, Provincia de Panamá, lugar donde convivían junto con otros familiares de la misma etnia desde hace muchos años, por lo que el ambiente en que se desenvolvían no era ajeno a su cultura y no se aprecia que se hayan violado sus derechos indigenistas<sup>16</sup>.*

---

16 Sentencia condenatoria apelada en proceso que se le sigue a Leopoldina Bacorizo Rosales, sindicada por delito contra la vida e integridad personal (homicidio) en perjuicio de Braulio Barrigón Cárdenas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes, 18 de septiembre de 2003.

Independientemente de si es culpable o no, se debía haber practicado peritaje cultural a la sindicada, a la luz del Convenio N°. 107 de la OIT de 1957 y de otros instrumentos de derechos humanos.

### ***Sanción que aplican las autoridades tradicionales kunas en los casos de droga***

Una profesional del derecho de origen kuna instauró ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, a favor de un miembro de una comunidad de la Comarca Kuna Yala, una acción de habeas corpus en contra de la Fiscalía de Drogas. En su fundamento, la profesional del derecho alega que a su cliente, de origen kuna, se le está violando el debido proceso, toda vez que se ha privado de libertad a una persona a quien se intenta juzgar más de una vez por la misma falta o delito, y sostiene que en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, las autoridades indígenas, a través de su autoridad o institución competente, que es el *Saila*, impusieron la pena de decomiso de bienes en contra de su cliente.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá resolvió lo siguiente:

*Al respecto, esta Máxima Corporación de Justicia estima que no le asiste la razón a la accionante cuando afirma que en el presente caso nos encontramos frente a un doble juzgamiento.*

*Los hechos investigados giran en torno a la comisión de un delito contra la salud pública debidamente relacionado con drogas, tipificado en el Capítulo V, Título VII, Libro II del Código Penal, cuya pena mínima de prisión excede dos años. La investigación y conocimiento de este tipo de delito es de competencia de las Fiscalías Especializadas en Delitos Relacionados con Drogas y de los Jueces de Circuito en materia penal, competencia que no admite la posibilidad de conflicto con la justicia indígena de la Comarca Kuna Yala.*

*Con base en lo antedicho, la figura invocada por la accionante como violatoria del debido proceso, es decir, el doble juzgamiento por los mismos hechos, no se aplica al presente caso, pues el Sahyla de Acutupu (sic) jurídicamente no podía juzgar previamente al señor Charles Martínez Félix por esta causa, lo cual permite a las*

*autoridades jurisdiccionales competentes conocer de estos hechos para aplicar, si es el caso, la correspondiente sanción*<sup>17</sup>.

En este fallo la máxima corporación de justicia panameña, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, determinó que las autoridades kunas, y por lo tanto las otras autoridades indígenas, no tienen competencia para atender y resolver los delitos relacionados con drogas. Estos delitos son de competencia de los tribunales ordinarios.

### *Allanamiento por parte del Saila*

Otra de las jurisprudencias versa sobre la realización de allanamientos a residencias por parte del Saila de una comunidad de la Comarca Kuna Yala. De acuerdo con el accionante de la acción de hábeas corpus, su cliente se encuentra privado de su libertad a órdenes del Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas, sobre la base de una diligencia de allanamiento realizada en su residencia, en abierta violación a las normas recogidas en el Código Judicial sobre esta materia. El abogado aduce que la detención preventiva de su cliente se hace con base en un allanamiento y registro ilegal, practicado por miembros de la Policía Nacional y el Saila de una comunidad de la Comarca Kuna Yala, lo cual es violatorio de la garantía constitucional del debido proceso, toda vez que no existe norma legal que establezca que estos servidores sean autoridades competentes para decretar un allanamiento.

La Corte Suprema de Justicia determinó lo siguiente:

*... Ahora bien, en relación a los cargos formulados por el accionante sobre la ilegalidad de la diligencia de allanamiento practicada en la residencia del señor Antonio Caraballo Ramírez, toda vez que considera que ni la Policía Nacional ni el Sáhila de una comunidad de la Comarca Kuna Yala constituyen autoridad competente para decretar un allanamiento, es preciso indicar que si bien es cierto nuestro Código de Procedimiento Penal señala que los funcionarios de instrucción son los competentes para ejecutar este tipo de acción, no es menos cierto que los Decretos N°. 5 de 3 de enero de 1934 y N°. 39 de 26 de junio de 1939, establecen esta facultad igualmente a los corregidores, entre otros funcionarios,*

<sup>17</sup> Acción de hábeas corpus a favor de Charles Martínez Félix, contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes, Panamá, 19 de octubre de 2006.

*categoría a que es asimilable el sahila como autoridad de policía dentro de cada una de las comunidades de la Comarca de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 16 de 1953, por la cual se crea la Comarca de San Blas*<sup>18</sup>.

En este fallo, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia panameña determinó que los sailagan de la Comarca Kuna Yala tienen la misma categoría que los corregidores. Por lo tanto, ellos están facultados para realizar el allanamiento, lo que significa que sus actuaciones son legales en esa materia.

Los dos fallos citados no nos indican cuándo las autoridades indígenas tienen competencia para resolver los conflictos sociales que se originan en sus territorios. Más bien, los magistrados han decidido casos concretos que les han presentado a ellos.

## VII. Conclusiones

Los pueblos indígenas poseen patrones culturales propios; por ende, los valores y características del derecho y la justicia indígenas se diferencian de los del resto de culturas existentes. El principio del derecho y la justicia indígenas tiene su base en la cosmovisión de estos pueblos.

Las leyes comarcales establecen la aplicación de justicia indígena, a fin de resolver la violación de las normas de los pueblos indígenas pero sin violentar las normas constitucionales ni las leyes nacionales. Cada pueblo indígena tiene su manera de resolver los conflictos sociales que surjan en sus territorios, que en su mayoría son de menor gravedad.

En algunas leyes comarcales se establece la creación de tribunales de justicia ordinaria en los territorios indígenas, con el propósito de conocer los asuntos que someten a la legislación nacional los miembros de los pueblos indígenas.

Existen leyes nacionales que otorgan competencia, a prevención con otras autoridades judiciales nacionales, a las autoridades tradicionales para aplicar las medidas de protección, como ocurre en los casos de violencia doméstica.

---

<sup>18</sup> Acción de hábeas corpus a favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Adán Arnulfo Arjona, Panamá, 8 de agosto de 2007.

Por otro lado, existen conflictos de competencia entre las autoridades judiciales y las autoridades tradicionales, debido a la falta de coordinación entre estas autoridades en las diligencias judiciales y en la aplicación del derecho indígena.

El pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá en sus fallos todavía no ha podido establecer en qué casos las autoridades indígenas tienen facultad para resolver los conflictos sociales. Sin embargo, en la práctica, las autoridades tradicionales indígenas han resuelto los conflictos sociales de menor gravedad.

Las últimas reformas judiciales, como ocurre en el Proyecto de Ley Procesal Penal, han incluido en forma expresa la jurisdicción indígena, la cual constituye un avance en el reconocimiento de los derechos históricos de los pueblos indígenas.

En el nuevo sistema penal acusatorio, que es el previsto en el Nuevo Código Penal panameño y también en el Nuevo Código Procesal Penal, es obligatoria la práctica de peritaje cultural cuando una de las partes sea miembro de un pueblo indígena, independientemente de si el acto delictivo o la falta ocurrió en un territorio indígena.

## **VIII. Recomendaciones**

Antes de la creación de los Tribunales de Justicia Indígena se debe realizar un estudio científico para determinar sus competencias; este estudio servirá también para determinar qué asuntos o procesos son de competencia de los Tribunales de Justicia Ordinaria. Igualmente se deben compilar jurisprudencias relacionadas con los pueblos indígenas.

En los asuntos de familia que no tienen efectos de cosa juzgada, se debe dar competencia a las autoridades tradicionales indígenas, por ejemplo, en los casos de pensión alimenticia, reglamentación de visita, guarda, crianza y educación.

Se debe capacitar a los administradores de justicia ordinaria, de todas las jerarquías y en forma continua y permanente, en los temas de derecho indígena y en la nueva jurisdicción indígena prevista en el Nuevo Código Procesal Penal. En las capacitaciones se debe incluir a los miembros del Ministerio Público.

## Glosario

**Abia Yala:** En lengua kuna, “Madre Tierra en plena madurez”. Es el continente que los europeos llamaron América. La denominación *Abia Yala* es aceptada por la mayoría de los pueblos indígenas.

**Buko Day:** Cuerpo de seguridad tradicional en la Comarca Ngöbe-Buglé. Es el responsable de mantener el orden, la disciplina de la comunidad y está sujeto a los caciques generales, regionales, locales y jefes inmediatos.

**Cartas Orgánicas:** Decretos ejecutivos que reglamentan las leyes comarcales.

**Comarca indígena:** División política especial del territorio panameño, regida por la ley que la crea y por las normas, costumbres o cosmovisión del pueblo o pueblos indígenas que la habitan.

**Congreso General Kuna o indígena:** Asamblea en la que participan los delegados de todas las comunidades del pueblo kuna, encabezados por sus sailas, que son los únicos que tienen derecho a voz y voto; los demás delegados sólo tienen derecho a voz. En otros pueblos indígenas, todos los que asisten al Congreso General tienen derecho a voz y voto.

**Congreso local:** Asamblea de una comunidad indígena. En ella todos los comuneros tienen derecho a voz y voto.

**Jefes inmediatos:** Jefes de las comunidades en la Comarca Ngöbe-Buglé.

**Noko o Nokora** (en idioma emberá) **o Chi Poor** (en idioma Wounaan: Jefes de las comunidades Emberá o Wounaan.

**Sailas o Sailagan:** Son jefes-guías espirituales del pueblo kuna.

**Sualibed:** Custodios o miembros de la seguridad tradicional en la cultura kuna.

**Zarra:** Custodios o miembros de la seguridad tradicional en la cultura emberá.

## Bibliografía

- Alianza Ciudadana Pro Justicia y Procuraduría de la Administración (2003). *Diagnóstico de la justicia administrativa en Panamá*, Financiado por USAID - Panamá.
- Alianza Ciudadana Pro Justicia (2004). *Audito ciudadano de la justicia penal en Panamá*, Editora Sibauste, Panamá.
- Alto Comisionado para los Derechos Humanos. Oficina Regional para América Latina (2008). *Cuadro comparativo entre el Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes y la Declaración de Naciones Unidas sobre derechos de los pueblos indígenas*.
- Autoridad Nacional del Ambiente (ANAM) (2003). *Informe final de los resultados de la cobertura boscosa y uso del suelo de República de Panamá: 1990-2000*, Proyecto de Fortalecimiento Institucional del Sistema de Información Geográfica de la ANAM para la Evaluación y Monitoreo de los Recursos Forestales de Panamá con Miras a su Manejo Sostenible, ANAM, Panamá.
- CEPAL-BID (2005). Los pueblos indígenas de Panamá. Diagnóstico sociodemográfico a partir del Censo de 2000. Segundo Informe, junio, Santiago de Chile.
- Bustamente Córdoba, Lenis (2003). *Manual del ciudadano y de la ciudadanía para el acceso a la justicia administrativa*, Alianza Ciudadana Pro Justicia, Panamá.
- *Constitución Política de Panamá*. 6ª ed., Editorial Mizrachi & Pujol S.A., febrero de 2005.
- Coordinadora Nacional de Pastoral Indígena (CONAPI) y Pastoral Social - Caritas (2006). *Memoria VIII Encuentro Nacional de Pastoral Indígena 2004. Migración indígena en Panamá y la fuerza de los pequeños*, Panamá.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Penal. “Sentencia del proceso seguido a Eustaquio Sanjur Marcucci, sancionado por delito

de homicidio doloso en perjuicio de Marina Montezuma Sánchez”. Magistrado Ponente: Roberto E. González R., Panamá, 20 de febrero de 2001.

- Ehrman, Dialys (2005). *Derecho indígena y la administración de justicia en nuestros pueblos*, Instituto de Estudios Políticos e Internacionales, Panamá.
- Fallo de la demanda contencioso-administrativa de nulidad, interpuesta por el Licenciado Miguel Vanegas en representación del Corregimiento de la Comarca de Madungandi, para que declare nula, por ilegal, la sesión del Consejo Municipal del Distrito de Chepo, celebrada el 2 de septiembre de 2001.
- Fallo de la sentencia condenatoria apelada, en proceso que se le sigue a Leopoldina Bacorizo Rosales, sindicada por delito contra la vida e integridad personal (homicidio) en perjuicio de Braulio Barrigón Cárdenas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes, 18 de septiembre de 2003.
- Fallo de acción de hábeas corpus a favor de Charles Martínez Félix, contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes, Panamá, 19 de octubre de 2006.
- Fallo de acción de hábeas corpus a favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Adán Arnulfo Arjona, 8 de agosto de 2007, Panamá.
- Gabinete Social de la República de Panamá y Sistema de Naciones Unidas en Panamá (2005). *Objetivos de desarrollo humano. Segundo informe*, septiembre, Panamá.
- *Informe de la Comisión de Estado por la Justicia* (2005), Panamá.
- Ley N°. 38 de 10 de julio de 2001.
- *Ley Fundamental y Estatuto de la Comarca Kuna Yala*, en [[www.congresogeneralkuna.org/normas%20kunas.htm](http://www.congresogeneralkuna.org/normas%20kunas.htm)]

- MEF (2005). *Principales resultados de la Encuesta de Niveles de Vida 2003*, Edición revisada.
- Valiente López, Aresio (1998). *Memoria de capacitación a dirigentes indígenas sobre sus derechos*, CEALP.
- Valiente López, Aresio (2000). “Derechos indígenas y propiedad de la tierra”, en *Libro Blanco sobre la independencia del Poder Judicial y la eficacia de la administración de justicia en Centroamérica*, Associació Catalana de Professionals per la Cooperació - Jueces para la Democracia - Comisión Europea, San José de Costa Rica.
- Valiente López, Aresio (2002). *Derechos de los pueblos indígenas de Panamá*. Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP) y Organización Internacional del Trabajo (OIT), San José de Costa Rica.
- Valiente López, Aresio (2005). “Administración de justicia indígena en las leyes comarcales y en la legislación panameña”, en seminario “Ombudsman y acceso a la justicia de los pueblos indígenas”. Instituto Interamericano de Derechos, San José de Costa Rica.
- Valiente López, Aresio (2005). *Informe sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas de Panamá*. Avalado por los congresos y organizaciones indígenas de Panamá. Centro de Asistencia Legal Popular (CEALP), Panamá.
- Valiente López, Aresio y Nidia Martínez (2003). *Derechos humanos y pueblos indígenas*, CEALP.



## PROPIEDAD COMUNAL VS. PROPIEDAD PRIVADA E INTERESES ESTATALES

Oswaldo Ruiz Chiriboga<sup>1</sup>

La intención de este artículo es ofrecer una presentación básica de lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “el Tribunal”)<sup>2</sup> ha establecido en su jurisprudencia sobre el alcance y las garantías de la propiedad comunal indígena o tribal frente a intereses de particulares o del propio Estado. Se partirá del análisis de dos casos concretos decididos por el Tribunal, en los que la diversidad cultural de los pueblos peticionarios cumplió un rol preponderante para la resolución de los problemas planteados. Los mencionados casos son: *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*<sup>3</sup> (en adelante “caso *Sawhoyamaya*”) y *Pueblo Saramaka vs. Suriname*<sup>4</sup> (en adelante “caso *Saramaka*”). Se toman estos dos casos pues son los más recientes, advirtiendo al lector que un análisis completo de la temática indígena debería incluir toda la jurisprudencia interamericana relevante<sup>5</sup>.

---

1 Ecuatoriano. Abogado senior de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El contenido de este artículo es de exclusiva responsabilidad del autor.

2 Toda la jurisprudencia de la Corte puede encontrarse en [[www.corteidh.org.cr](http://www.corteidh.org.cr)].

3 *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146.

4 *Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname. Excepción Preliminar, Fondo Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

5 La jurisprudencia de la Corte en esta materia es la siguiente: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116; *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 15 de junio de 2005. Serie C No. 124; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; *Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127; y *Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141. Para un detalle de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ver en [<http://www.cidh.org/indigenas/default.htm>].

## I. Introducción. El derecho a la propiedad

El derecho a la propiedad está garantizado, para lo que aquí nos interesa, en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la CADH” o “la Convención Americana”), el cual dispone:

*Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada*

- 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.*
- 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.*
- 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.*

Como puede observarse, esta norma se refiere a la “propiedad privada” mas no a la propiedad colectiva. Sin embargo, la interpretación literal del texto de esta norma resulta, a criterio de la Corte, insatisfactoria. En tal sentido, el Tribunal ha señalado que las nociones de dominio y de posesión sobre la tierra “no necesariamente corresponden a la concepción clásica de propiedad, pero merecen igual protección del artículo 21” de la CADH. Para la Corte,

*... [d]esconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo, equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección del artículo 21 de la Convención para millones de personas<sup>6</sup>.*

El Tribunal ha desarrollado en su jurisprudencia un concepto amplio de propiedad que abarca “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas”<sup>7</sup>. Asimismo, ha interpretado el término “bienes” del artículo 21 de la CADH como

---

6 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 2, párr. 120.

7 Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 4, párr. 143.

*... aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor<sup>8</sup>.*

Ahora bien, sea cual fuere el caso –propiedad privada o comunitaria–, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto y, por tanto, su protección tampoco lo es. La Corte ha sostenido –respecto a la propiedad comunal– que aunque

*... reconoce la interconexión entre el derecho de los miembros de los pueblos indígenas y tribales al uso y goce de sus tierras y el derecho a esos recursos necesarios para su supervivencia, dichos derechos a la propiedad, como muchos otros de los derechos reconocidos en la Convención, están sujetos a ciertos límites y restricciones<sup>9</sup>.*

Asimismo, ha señalado la Corte que

*... [e]l derecho a la propiedad privada debe ser entendido dentro del contexto de una sociedad democrática donde para la prevalencia del bien común y los derechos colectivos deben existir medidas proporcionales que garanticen los derechos individuales. La función social de la propiedad es un elemento fundamental para el funcionamiento de la misma, y es por ello que el Estado, a fin de garantizar otros derechos fundamentales de vital relevancia para una sociedad específica, puede limitar o restringir el derecho a la propiedad privada, respetando siempre los supuestos contenidos en la norma del artículo 21 de la Convención, y los principios generales del derecho internacional<sup>10</sup>.*

En vista de que el derecho a la propiedad puede ser limitado, cabría preguntarse ¿en qué circunstancias podría reclamarse a propietarios particulares que devuelvan las tierras tradicionales indígenas que están bajo su posesión y que adquirieron de buena fe?, así como, ¿en qué

8 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 2, párr. 121.

9 Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, *supra* nota 3, párr. 127.

10 Cfr. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia de 6 de mayo de 2008. Serie C No. 179, párr. 60.

circunstancias los Estados pueden restringir el derecho a la propiedad comunal de un pueblo indígena o tribal en aras de alcanzar un fin de gran relevancia para una sociedad específica o garantizar otros derechos fundamentales de un grupo poblacional distinto? Las respuestas a estos interrogantes son de gran complejidad y ellos habrán de ser resueltos atendiendo a las especificidades de un caso concreto y en atención a la prueba y argumentos que en torno a esas especificidades presenten las partes<sup>11</sup>. A continuación veremos cómo la Corte Interamericana resolvió dos cuestiones que tienen que ver justamente con los interrogantes planteados.

## II. Propiedad comunal vs. propiedad privada: Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay

La Comunidad Sawhoyamaxa (que en lengua enxet significa “del lugar donde se acabaron los cocos”) es una fracción sedentarizada de los indígenas que han habitado tradicionalmente el Chaco paraguayo. Está conformada por 407 personas, agrupadas en aproximadamente 83 viviendas. A inicios de la década de los años 1990 los líderes de la Comunidad entablaron un procedimiento administrativo con el objetivo de lograr la devolución de parte de su territorio tradicional, que se encontraba en manos de dos empresas privadas. El procedimiento instaurado no dio los resultados esperados por la Comunidad. Del mismo modo, se presentaron propuestas de leyes de expropiación ante el Congreso paraguayo, las cuales fueron rechazadas. Una vez agotados los recursos internos<sup>12</sup> y concluido en procedimiento ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la CIDH”)<sup>13</sup>, el caso llegó a la Corte. Ante el Tribunal los indígenas reclamaban, entre

---

11 Cuando señalo que la respuesta debe atender a las especificidades del caso concreto no estoy sosteniendo que las resoluciones deben ser netamente *ad hoc*. Ello sería una violación del principio de universalidad, el cual básicamente exige tratar de igual manera los casos iguales y diferentemente los casos diferentes. Lo que sostengo es que si la Corte ya ha resuelto un caso en el cual ha dado prioridad a un derecho y si en el futuro se presenta un caso similar, lo adecuado sería que se decida de la misma manera. Consecuentemente, los peticionarios deberá presentar las pruebas y argumentos adecuados para resaltar las similitudes, mientras que el Estado demandado tendrá que resaltar las diferencias y solicitar una solución distinta.

12 No está de más recordar que conforme al art. 46.1 de la CADH, para poder interponer una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben, entre otros requisitos, haberse “interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos”.

13 Tampoco está de más recordar que conforme al art. 61 de la CADH “[p]ara que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50” de la propia CADH, y que “sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

otras cuestiones, que el Estado había violado su derecho a la propiedad por no haberles entregado sus tierras tradicionales.

Para resolver este tipo de asuntos es preciso enfrentarse a tres cuestiones:

- a) *¿Es o no necesario que los indígenas estén en posesión de sus tierras tradicionales para acceder al reconocimiento oficial de la propiedad? En caso de que no estén en posesión de sus tierras, habría que analizar si tienen el derecho a reclamar la devolución de las mismas.*
- b) *Si el derecho a solicitar la devolución existe, habría que examinar si tiene algún límite temporal.*
- c) *Si el derecho no ha caducado, habría que dilucidar bajo qué supuestos es aceptable despojar a los dueños actuales de las tierras para entregárselas a una comunidad, o viceversa, negar a la comunidad su reclamo territorial reconociendo el derecho a la propiedad privada que asiste a los dueños actuales.*

#### a) *Posesión de las tierras*

En este punto la Corte hizo una distinción entre cuáles son los efectos de tener la posesión de las tierras y los de haberla perdido. Concluyó que si una comunidad tiene la posesión tradicional sobre sus tierras, tal posesión “tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado” y concede “el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro”<sup>14</sup>.

En este aspecto las cuestiones de prueba deben enfocarse a demostrar –por parte de los indígenas– o a contradecir –por parte de los Estados– que se tenga posesión sobre las tierras reclamadas y que esa posesión sea de carácter tradicional, es decir, que el territorio ocupado sea el que tradicionalmente ha utilizado la comunidad<sup>15</sup>.

Si, por el contrario, la comunidad ha perdido la posesión de sus tierras tradicionales por causas ajenas a su voluntad<sup>16</sup>, mantiene el dere-

14 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 2, párr. 128.

15 Ésta sería la situación, por ejemplo, de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 4.

16 Ésta sería la situación, por ejemplo, de la Comunidad Moiwana, supra nota 4.

cho de propiedad sobre las mismas, “aun a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe”<sup>17</sup>.

En este aspecto las cuestiones de prueba deben enfocarse a demostrar –por parte de los indígenas– o a contradecir –por parte de los Estados– que el abandono de las tierras fue un acto forzado o no querido. Además, para que se aplique la salvedad señalada, corresponde al Estado demostrar que los actuales propietarios de las tierras las adquirieron de buena fe; por ejemplo, deberá demostrar que los actuales dueños no fueron quienes expulsaron a la fuerza a los indígenas para apropiarse de sus tierras o recursos naturales.

Finalmente, si los indígenas ya no tienen la posesión de sus tierras y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros poseedores de buena fe, se entenderá que los indígenas perdieron la propiedad de las tierras, pero “tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”. De esta forma, la Corte concluyó que “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”<sup>18</sup>. Cabe indicar, sin embargo, que así como el derecho a la propiedad no es absoluto, el derecho a solicitar la recuperación de éstas tampoco lo es. Puede ser delimitado en el tiempo y puede ser derrotado frente a otro tipo de derechos (propiedad privada) o intereses colectivos (interés público). Esto lo analizaremos a continuación.

#### *b) Caducidad del derecho a reclamar las tierras*

El segundo punto consiste en dilucidar si el derecho a solicitar la devolución de las tierras tiene un límite temporal. Para responder a este interrogante la Corte tomó en cuenta que “la base espiritual y material de la identidad de los pueblos indígenas se sustenta principalmente en su relación única con sus tierras tradicionales”, y concluyó que “[m]ientras esa relación exista, el derecho a la reivindicación permanecerá vigente, caso contrario, se extinguirá”<sup>19</sup>.

---

17 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 2, párr. 128. Lo que la Corte no aclaró en este punto es por cuánto tiempo se conserva el derecho de propiedad sin poseer las tierras.

18 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 2, párr. 128.

19 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 2, párr. 131.

La Corte además dio luces sobre cómo debe enfocarse la prueba. Señaló que la relación con la tierra

*... puede expresarse de distintas maneras, según el pueblo indígena del que se trate y las circunstancias concretas en que se encuentre, y puede incluir el uso o presencia tradicional, ya sea a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; caza, pesca o recolección estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres; y cualquier otro elemento característico de su cultura<sup>20</sup>.*

De lo anterior se deduce que si una comunidad logra demostrar –y el Estado no logra controvertir– que i) las tierras que reclama son sus tierras tradicionales, y ii) que mantiene una relación con las mismas a pesar de que están en manos de terceros, puede afirmarse que el derecho a reclamarlas permanece vigente.

A lo anterior debe agregarse una consideración especial que la Corte señaló acertadamente: “la relación con la tierra debe ser posible”. Aplicando esta consideración al caso *Sawhoyamaxa* la Corte señaló:

*[E]n casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan<sup>21</sup>.*

El Tribunal concluyó que la relación entre la Comunidad Sawhoyamaxa y su territorio no había caducado.

c) ¿A qué derecho dar prioridad?

El siguiente paso tiene que ver con la posibilidad de que las tierras de una comunidad indígena o tribal estén en manos de terceros inocentes

20 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 2, párr. 131.

21 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa, supra nota 2, párr. 132.

—que actuaron de buena fe al adquirirlas— y que el derecho de tal comunidad a reclamarlas permanezca vigente.

Lo primero que se debe tener presente es que ambos derechos gozan del mismo nivel de protección de la CADH y, por ello, no puede alegarse sin más que siempre que se presenta esa colisión de derechos uno prevalezca sobre el otro. Así lo señaló el Tribunal cuando expuso que

*... el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo 'objetivo y fundamentado' suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso contrario, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería una posibilidad real de recuperar las tierras tradicionales<sup>22</sup>.*

Asimismo señaló la Corte que no siempre que estén en conflicto los intereses territoriales particulares y los intereses territoriales de los miembros de las comunidades indígenas, prevalecen los últimos sobre los primeros<sup>23</sup>.

Un segundo elemento que hay que tener en cuenta es que en ciertos casos, otros bienes, derechos o principios pudiesen estar acompañando al derecho a la propiedad privada o al derecho a solicitar la devolución de las tierras tradicionales, de tal forma que sea un conjunto de derechos el que esté en pugna con otro conjunto de derechos, o uno contra varios. Por ejemplo, podría darse el caso de que en las tierras que la comunidad reclama se encuentren cementerios, lugares sagrados o de culto o bienes culturales indispensables para el ejercicio de su libertad religiosa y el mantenimiento de su cultura. Asimismo, podría ser que en las tierras tradicionales esté asentado un centro de atención a niños que recibe un gran número de enfermos, quienes quedarían sin atención de entregarse las tierras a los indígenas.

La respuesta a estos dilemas se encuentra en lo que la Corte llamó “juicio de proporcionalidad”<sup>24</sup>. Este juicio tiene en cuenta: a) la lega-

22 Cfr. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, *supra* nota 2, párr. 138.

23 Cfr. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa, *supra* nota 4, párr. 149.

24 El término “juicio de proporcionalidad” es utilizado por primera vez por la Corte en el caso *Kimel vs. Argentina* (Sentencia de 2 de mayo de 2008 Serie C No. 177, párr. 51). Sin embargo, anteriormente el Tribunal había utilizado criterios similares de ponderación, por ejemplo en el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 4, al que hace expresa mención el caso *Sawhoyamaya*. Pese a ello, he preferido utilizar el término “juicio de proporcionalidad”, así como los componentes del mismo, pues me parece más

lidad de la restricción; b) el fin que se persigue con la restricción y la idoneidad de las medidas que sirven para cumplir con ese fin; c) la necesidad de la restricción; y d) la estricta proporcionalidad de la medida, esto es, si se garantiza en forma amplia un derecho, sin hacer nugatorio el otro<sup>25</sup>.

### *i. Legalidad de la restricción*

En el caso que estamos analizando (*Sawhoyamaxa*), la legalidad de la restricción se refiere a si existía en el Paraguay un procedimiento establecido por ley que hubiese permitido solicitar la expropiación de tierras de manos de los particulares con el fin de entregarlas a los indígenas. Este procedimiento existía y por tanto la posible restricción a la propiedad privada hubiese sido legal.

Ahora, supongamos que en un determinado país no existe normativa que permita la expropiación y (A) se expropia de todos modos las tierras de los particulares y se las entrega a los indígenas, o (B) todos los reclamos indígenas son rechazados por falta de ley. En el supuesto (A), aun cuando el derecho de los indígenas pueda quedar satisfecho, los propietarios particulares podrían denunciar que el Estado procedió a despojarles de sus tierras ilegalmente. En este supuesto el Estado habría incumplido el juicio de proporcionalidad y sería responsable frente a los particulares. Por su parte, en (B) los indígenas pudieran demandar al Estado por no ofrecerles un procedimiento que les permita el reclamo de sus tierras. Así lo entendió la Corte cuando señaló que

*... [d]e conformidad con el artículo 2 de la Convención deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para procesar las reivindicaciones de tierras de los pueblos indígenas interesados. Los Estados deberán establecer dichos procedimientos a fin de resolver los reclamos de modo que estos*

---

acertado que el lector conozca el nuevo desarrollo jurisprudencial de la Corte en lo que a colisión de derechos se refiere. Lo anterior no significa que la ponderación utilizada en *Yakye Axa* o en *Sawhoyamaxa* sea errónea, sino simplemente que el orden en el que presentaré los criterios relevantes para la resolución del caso varía ligeramente.

25 Antes de la jurisprudencia que introdujo el “juicio de proporcionalidad”, el orden en que se presentaban los elementos evaluativos de las restricciones era el siguiente: “cuando la propiedad comunal indígena y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, la propia Convención Americana y la jurisprudencia del Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles al goce y ejercicio de estos derechos, a saber: a) deben estar establecidas por ley; b) deben ser necesarias; c) deben ser proporcionales, y d) deben hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática” (Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 4, párr. 144).

*pueblos tengan una posibilidad real de devolución de sus tierras. Para ello, la obligación general de garantía establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado impone a los Estados el deber de asegurar que los trámites de esos procedimientos sean accesibles y simples y que los órganos a su cargo cuenten con las condiciones técnicas y materiales necesarias para dar oportuna respuesta a las solicitudes que se les hagan en el marco de dichos procedimientos*<sup>26</sup>.

ii. *Finalidad e idoneidad de la restricción*

Para la Corte “[e]n este paso del análisis lo primero que se debe indagar es si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de una finalidad compatible con la Convención”<sup>27</sup>.

Como señalamos anteriormente, tanto la protección a la propiedad privada como a la comunal son fines compatibles con la CADH. Ambos derechos están protegidos por el artículo 21 de dicho tratado y ambos derechos son necesarios para una sociedad democrática. Además, es de notar que la Constitución paraguaya reconocía

*... la existencia de los pueblos indígenas como grupos anteriores a la formación del Estado, así como la identidad cultural de estos pueblos, la relación que tienen con su respectivo hábitat y las características comunales de su dominio sobre sus tierras*<sup>28</sup>.

Del mismo modo, la Constitución paraguaya protegía el derecho a la propiedad privada. En otras palabras, para el derecho interno y para el derecho internacional eran valores supremos dignos de protección estatal.

En cuanto a la idoneidad de la medida, no había discusión entre las partes respecto a que privar a los particulares de sus tierras de manera legítima era un medio idóneo para satisfacer el derecho a la propiedad comunal de los indígenas. Por esta razón la Corte consideró cumplido este segundo paso del “juicio de proporcionalidad”.

En lo que a prueba se refiere, la finalidad parecería –en principio– que no requiere de mayor prueba, pero sí de una eficiente argumentación

26 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakyé Axa*, *supra* nota 4, párr. 102.

27 Cfr. *Caso Kimel*, *supra* nota 23, párr. 70.

28 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, *supra* nota 2, párr. 122.

que convenza al juzgador de que el objetivo buscado es –o no– compatible con la CADH. En cambio, para la idoneidad tendría que demostrarse –por parte de los indígenas– o controvertirse –por parte de los Estados– que la medida propuesta –expropiación– es el medio adecuado para satisfacer la propiedad comunal.

### *iii. Necesidad de la restricción*

En el juicio de necesidad, la Corte debe “examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas”<sup>29</sup>.

En este paso del análisis los indígenas deben demostrar cualquiera de estas dos opciones excluyentes: (A) que salvo la expropiación no existe otra alternativa para satisfacer su derecho a la propiedad comunal, o (B) que aun cuando existan otras alternativas –que también hayan satisfecho el juicio de idoneidad– la expropiación es la única que satisface la propiedad comunal. Por su parte, el Estado demandado debe demostrar que además de la expropiación existen otras medidas menos gravosas sobre el derecho a la propiedad privada con las cuales se podría obtener el mismo fin –por ejemplo, demostrando que una expropiación parcial de los territorios en los cuales se encuentran los cementerios tradicionales más la entrega de tierras alternativas cumple el mismo fin que la expropiación total–. Dicho de otro modo, deberá demostrarse que no existe ninguna medida alternativa que, de manera clara y contundente, alcance el mismo resultado a un menor costo. En el caso *Sawhoyamaxa* no hubo prueba de la existencia de otras medidas idóneas menos lesivas.

### *iv. Estricta proporcionalidad de la restricción*

Finalmente, debe evaluarse “si la restricción resulta estrictamente proporcional, de tal forma que el sacrificio inherente a aquella no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”<sup>30</sup>. La proporcionalidad persigue determinar si los beneficios que se derivan de la restricción superan los perjuicios que se causan con la misma.

29 Cfr. *Caso Kimel*, *supra* nota 23, párr. 74.

30 Cfr. *Caso Kimel*, *supra* nota 23, párr. 83.

Al analizar este aspecto en el caso *Sawhoyamaxa*, la Corte no fue muy explícita. Prefirió hacer referencia a un caso anterior –de características muy similares– contra el mismo Estado paraguayo: el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa*. En este caso la Corte había señalado que

*... los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.*

*Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.*

*Por el contrario, la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención<sup>31</sup>.*

Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal, teniendo en cuenta el artículo 16.4 del Convenio No.169 de la OIT<sup>32</sup>, consideró que cuando los Estados se vean imposibilitados, por razones concretas y justificadas, de devolver el territorio tradicional a las poblaciones indígenas, deberá compensarlas, ya sea con la entrega de tierras alternativas o con una indemnización en dinero o especie<sup>33</sup>.

31 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 4, párrs. 146 a 148.

32 El artículo 16.4 del Convenio 169 de la OIT establece en lo pertinente que “cuando el retorno no sea posible, [...] dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente, y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización, con las garantías apropiadas”.

33 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, *supra* nota 4, párr. 149.

En el caso *Yakye Axa* la Corte no señaló cuáles son esas razones justificadas que pudiesen exonerar al Estado de devolver el territorio a los indígenas. Sin embargo, en el caso *Sawhoyamaya* el Tribunal excluyó como razón justificada el hecho de que las tierras se encuentren en plena productividad<sup>34</sup>.

En suma, y parafraseando a Alexy, cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los derechos, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro<sup>35</sup>. Ésta es una cuestión compleja de argumentación y prueba. Cada parte deberá demostrar o contradecir, según el caso, que la interferencia en el goce de uno de los derechos satisface al máximo el otro derecho u otros derechos o principios derivados de aquél. En caso de que prime la propiedad comunal sobre la propiedad privada, deberá otorgarse una justa indemnización a los particulares<sup>36</sup>; y en el caso contrario, los indígenas deberán recibir ya sea tierras alternativas o una indemnización en dinero o en especie. La elección de cualquiera de estas alternativas debe ser consensuada con los indígenas interesados, “conforme a sus propios procedimientos de consulta, valores, usos y derecho consuetudinario”<sup>37</sup>.

### III. Propiedad comunal vs. intereses estatales: Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname

El pueblo Saramaka es una comunidad tribal que proviene de esclavos africanos llevados a la fuerza a Suriname durante la colonización europea en el siglo XVII. Sus ancestros escaparon a las regiones del interior del país, donde establecieron comunidades autónomas. Está organizado en doce clanes de linaje materno y se estima que el número de su población está entre 25.000 y 34.000 miembros. Las tierras y los recursos naturales forman parte de la esencia social, ancestral y espiritual de los saramakas.

34 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, supra nota 2, párr. 139.

35 Alexy, R., “Teoría de la argumentación jurídica” (traducción de M. Atienza e I. Espejo), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2007, p. 351.

36 Al respecto, el Tribunal ha señalado que en casos de expropiación “el pago de una indemnización constituye un principio general del derecho internacional, el cual deriva de la necesidad de buscar un equilibrio entre el interés general y el del propietario. [...] Para alcanzar el pago de una justa indemnización ésta debe ser adecuada, pronta y efectiva” (Cfr. *Caso Salvador Chiriboga*, supra nota 9, párr. 96).

37 Cfr. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, supra nota 4, párr. 151.

El caso ante la Corte trataba, entre otras cuestiones, de concesiones forestales y mineras otorgadas por el Estado a terceros sobre el territorio del pueblo Saramaka, sin haberles consultado anteriormente. Suriname sostenía que toda la titularidad sobre las tierras, incluidos los recursos naturales, pertenecía al Estado y que, por ello, podía otorgar concesiones a empresas madereras o mineras.

#### *a. Propiedad de las tierras*

A diferencia del caso *Sawhoyamaya*, los saramakas tenían la posesión de sus tierras tradicionales y las estaban utilizando conforme a sus propias costumbres y valores. Por este y otros motivos que no viene al caso analizar en el presente artículo la Corte concluyó que

*... los miembros del pueblo Saramaka conforman una comunidad tribal protegida por el derecho internacional de los derechos humanos que garantiza el derecho al territorio comunal que han usado y ocupado tradicionalmente, derivado del uso y ocupación, de larga data, de la tierra y de los recursos necesarios para su subsistencia física y cultural y, asimismo, que el Estado tiene la obligación de adoptar medidas especiales para reconocer, respetar, proteger y garantizar a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho de propiedad comunal respecto de dicho territorio<sup>38</sup>.*

#### *b. Propiedad sobre los recursos naturales*

En segundo lugar, la Corte tuvo que resolver si el pueblo Saramaka tenía derecho sobre los recursos naturales que existían en su territorio. El análisis del Tribunal básicamente se puede resumir de la siguiente manera:

- 1) Si los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen una relación especial con su territorio, debido a que mediante éste se garantiza su supervivencia física y cultural, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre el territorio.
- 2) El derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido si no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuen-

---

38 Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 3, párr. 96.

tran dentro del mismo, si es que éstos, a su vez, son necesarios para mantener el estilo de vida de los pueblos interesados. En otras palabras, lo que se debe proteger son los recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida del pueblo.

- 3) El pueblo Saramaka utiliza el bosque para realizar labores de caza y recolección, así como para obtener los materiales necesarios para la elaboración de sus artículos cotidianos. Asimismo, utiliza las fuentes de agua para abastecerse de ellas y para pescar. Estas actividades son necesarias para su supervivencia y/o para su desarrollo cultural.
- 4) Entonces, el bosque y las fuentes de agua son recursos naturales que caen bajo la protección del derecho a la propiedad.

Como puede observarse de este análisis, las cuestiones probatorias tienen que enfocarse a demostrar –por parte de la comunidad– o a contradecir –por parte de los Estados– que i) existe una relación especial con los territorios; ii) existe una relación especial con los recursos naturales –debe indicarse cuáles–; y iii) territorio y recursos son necesarios para la supervivencia física o cultural del pueblo en cuestión.

Ahora bien, como se dijo anteriormente, el derecho a la propiedad no es un derecho absoluto. Puede estar sujeto a determinadas restricciones o limitaciones. Esto es válido tanto para la propiedad sobre el territorio como sobre los recursos. La forma como deberá evaluarse si la restricción es permitida por la CADH es exactamente la que mencionamos líneas arriba. Tiene que analizarse si la restricción proviene de una fuente legal, si persigue un fin legítimo acorde con la CADH<sup>39</sup>, si es idónea para alcanzar ese fin, si es necesaria y si es estrictamente proporcional. El criterio relevante para la solución del caso *Saramaka* fue el de proporcionalidad. Pasemos a analizarlo.

---

39 Una de las justificaciones más utilizadas para llevar adelante procesos de expropiación con motivo de aprovechamiento de los recursos naturales es hacer referencia al “orden público” o al “bien común”. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la Corte ha señalado que estos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de “una sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención. (Cfr. *Caso Salvador Chiriboga*, *supra* nota 9, párr. 75).

### *c. Afectación al pueblo Saramaka*

La Corte señaló que toda actividad de exploración o extracción de recursos naturales en el territorio de una comunidad podría afectar directa o indirectamente los recursos tradicionales de esa comunidad. La afectación es directa cuando el recurso tradicional es precisamente el recurso explotado. La afectación es indirecta cuando por la extracción de recursos no utilizados por la comunidad se causa perjuicio, en mayor o menor grado, al uso y goce de algún recurso tradicional. En el caso concreto la tala de bosques era una afectación directa, pues el bosque mismo es un recurso tradicional saramaka. Pero además, al talar los bosques los despojos de esta actividad bloquearon los arroyos, varias zonas que los saramakas utilizaban para sus cultivos se inundaron, el pueblo empezó a tener dificultades para acceder a fuentes de agua limpia y el desarrollo normal de sus actividades pesqueras se vio interrumpido. Todas estas son afectaciones indirectas que pueden ser tanto o más dañinas que las afectaciones directas.

Las actividades madereras llevadas a cabo dentro del territorio saramaka causaron, conforme a los peritos que declararon ante el Tribunal, impactos sociales, ambientales y de otra índole “graves y traumáticos”. Caracterizaron a la explotación forestal como entre las “peor planeadas, más dañinas y derrochadoras”<sup>40</sup>.

Por estas razones y teniendo como fin evitar que las restricciones impuestas a los saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio sean evidentemente desproporcionadas, la Corte consideró que el Estado tenía la obligación de i) asegurar la participación efectiva de los miembros del Pueblo Saramaka, “de conformidad con sus costumbres y tradiciones, [en] todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción [...] que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka”; ii) garantizar que los saramakas “se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio”; y iii) “garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un es-

---

40 Cfr. *Caso del Pueblo Saramaka*, *supra* nota 3, párr. 151.

tudio previo de impacto social y ambiental”<sup>41</sup>. Tratemos de sintetizar lo que la Corte indicó para cada una de estas obligaciones.

### *i. Consulta y consentimiento*

En el caso *Saramaka* la Corte intenta hacer una distinción entre “consulta” y “consentimiento”. Consulta significa brindar información a los pueblos afectados sobre los planes de desarrollo o inversión que se planeen realizar en sus territorios. Estas consultas “deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo”<sup>42</sup>. Pero puede darse el caso de que ese acuerdo no sea posible. En estos eventos la Corte hace una distinción entre “grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad” y, por decirlo de un modo coloquial, planes no tan grandes. Para los primeros dispuso que existe “la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado”<sup>43</sup>; para los segundos no dio una solución expresa, pero se podría inferir que el consentimiento no es necesario. Entiendo entonces que el significado de “consentimiento” equivaldría al de su uso regular, esto es, la acción y efecto de permitir algo o condescender en que se haga. Y dado que se habla de una “obligación de obtener el consentimiento”, esto se traduciría en conseguir el permiso del pueblo o comunidad para que se lleve a cabo el plan de desarrollo. En suma, y sintetizando lo anterior, creo entender que en cualquier plan de desarrollo o inversión, independientemente del tamaño del mismo y del grado de afectación a los derechos de los pueblos interesados, deberán realizarse las consultas necesarias con miras a llegar a un acuerdo, pero únicamente en los grandes planes de desarrollo que impacten profundamente el derecho a la propiedad del pueblo interesado deberá obtenerse su consentimiento. Si la interpretación que estoy haciendo de la sentencia de la Corte es correcta, me pregunto si exigir el consentimiento del pueblo estaría, en la práctica, convirtiendo al derecho a la propiedad comunal sobre las tierras y los recursos naturales en un derecho absoluto. Bastaría

41 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 129.

42 Conviene resaltar además que la consulta debe realizarse “en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado”. Debe, asimismo, asegurarse que los miembros del pueblo afectado “tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria” (*Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 133).

43 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 137.

que los miembros del pueblo manifestaran su negativa, para que no se realice ninguna ponderación entre los objetivos que el plan persigue y las restricciones a los derechos afectados. Simplemente el proyecto o plan no podría llevarse a cabo. Me parece que esta interpretación iría en contra de lo que la propia jurisprudencia de la Corte ha sostenido sobre el carácter no-absoluto del derecho a la propiedad. Este aspecto merece un análisis mucho más riguroso que el que aquí he realizado y confío en que la doctrina o la propia Corte en un caso posterior puedan darnos más luces.

### *ii. Compartir beneficios*

La Corte llegó a la conclusión de que Suriname debía compartir razonablemente los beneficios de los proyectos de desarrollo con el pueblo Saramaka<sup>44</sup>. Para justificar esta conclusión interpretó el artículo 21.1 de la CADH, que establece que “[n]inguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de una indemnización justa”, en el sentido de que el derecho a recibir el pago de una indemnización “se extiende no sólo a la total privación de un título de propiedad por medio de una expropiación por parte del Estado [...], sino que también comprende la privación del uso y goce regular de dicha propiedad”, y que esta indemnización “se traduce en el derecho de los miembros del pueblo Saramaka a participar, en forma razonable, de los beneficios derivados de la restricción o privación del derecho al uso y goce de sus tierras tradicionales y de aquellos recursos naturales necesarios para su supervivencia”<sup>45</sup>.

### *iii. Estudios ambientales*

De la prueba aportada al Tribunal se desprendía que las concesiones madereras no habían sido precedidas de estudios de impacto ambiental y social, lo que desencadenó importantes daños al ambiente y un “impacto negativo sobre las tierras y los recursos naturales que los miembros del pueblo Saramaka han utilizado tradicionalmente”<sup>46</sup>.

De ello podemos concluir que los Estados deben llevar a cabo o supervisar estudios ambientales y sociales previos, a fin de asegurar que

---

44 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 138.

45 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 139.

46 *Cfr. Caso del Pueblo Saramaka, supra* nota 3, párr. 154.

las concesiones o cualquier proyecto de desarrollo afecten en la menor medida de lo posible los derechos de los miembros del pueblo indígena o tribal en cuestión.

## **IV. Conclusiones**

1. El derecho a la propiedad consagrado en el artículo 21 de la CADH debe ser entendido de manera amplia, de tal suerte que tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas o tribales quedan protegidas por dicha norma.
2. El mencionado artículo de la CADH protege tanto las tierras de las comunidades indígenas o tribales como los recursos naturales, que en ellas se encuentren, necesarios para su supervivencia física o cultural.
3. Los miembros de las comunidades indígenas o tribales que estén en posesión de sus tierras tradicionales tienen el derecho a solicitar al Estado el reconocimiento legal de la propiedad.
4. Si han perdido la posesión de las tierras tradicionales y éstas no han sido adquiridas de buena fe por terceros, mantienen el derecho de propiedad.
5. Si las tierras han sido adquiridas de buena fe por terceros, las comunidades indígenas o tribales tienen el derecho a solicitar su devolución.
6. El derecho a solicitar la devolución o restitución de las tierras puede caducar por el transcurso del tiempo, a menos que se demuestre que las comunidades indígenas o tribales mantienen todavía una relación con las tierras. Esa relación dependerá de la cultura de cada pueblo. La relación con las tierras debe ser posible.
7. El derecho a la propiedad, sea cual fuere el bien protegido, no es de carácter absoluto. En caso de colisión entre el derecho a la propiedad comunitaria y el derecho a la propiedad privada, o entre la propiedad comunitaria y los intereses del Estado, deberá

realizarse un “juicio de proporcionalidad” para dilucidar a qué derecho o bien dar prioridad. Los elementos característicos de este juicio son:

- a. *Legalidad de la restricción.*- Toda restricción que se pretenda imponer debe estar regulada por una ley.
  - b. *Finalidad e idoneidad de la medida.*- El fin que la restricción persiga debe ser compatible con la CADH y la restricción misma debe ser adecuada para conseguir el fin propuesto.
  - c. *Necesidad de la restricción.*- De todas las medidas idóneas para alcanzar el fin perseguido, la restricción que se pretende imponer debe ser la que afecte en la menor medida el derecho en cuestión.
  - d. *Estricta proporcionalidad de restricción.*- La restricción no debe representar un sacrificio exagerado al derecho en cuestión, frente a las ventajas que se obtienen con ella.
8. En el evento de que se decida dar prioridad a la propiedad comunitaria sobre la propiedad privada, deberá otorgarse una justa indemnización a los particulares.
  9. En el evento de que se decida dar prioridad a la propiedad privada sobre la propiedad comunal, deberá ofrecerse a la comunidad indígena o tribal tierras alternativas o una indemnización en dinero o especie. La comunidad decidirá conforme a sus usos y costumbres.
  10. Cuando se trate de intereses estatales, tales como proyectos de inversión o desarrollo, deben incluirse como elementos para evaluar la proporcionalidad de la restricción (*supra* 7.d) los siguientes requisitos:
    - a. *Consulta previa, libre e informada.*- Los miembros de las comunidades indígenas o tribales deberán ser consultados por el Estado i) de manera previa a la realización del proyecto en cuestión; ii) conforme a las propias formas de consulta de la comunidad; iii) sin fuerza o coacción, y iv) previa entrega de toda la información relevante, con miras a llegar a un acuerdo.

- b. *Elaboración de estudios de impacto ambiental y social.*- Las autoridades estatales deberán realizar o supervisar los estudios necesarios para asegurar que los proyectos que se realicen afecten en la menor medida posible los derechos de los miembros del pueblo indígena o tribal en cuestión.
- c. *Compartir beneficios.*- El Estado deberá compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales de los territorios indígenas o tribales como una forma de justa indemnización.



# TEORÍA Y PRÁCTICA EN EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA EN COLOMBIA

Rósembert Ariza Santamaría<sup>1</sup>

La administración de justicia en Colombia se cumple mediante un conjunto de jurisdicciones (Artículos 242 y ss. de la Carta Política), pero particularmente nos referiremos en este trabajo a la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), reconocida en el artículo 246.

Esta jurisdicción, denominada “especial”, tiene una evolución y tratamiento diferenciados desde los pronunciamientos de la Corte Constitucional y, por supuesto, de los desarrollos legales e institucionales. Abordaremos este estudio a partir de lo planteado por la jurisprudencia nacional<sup>2</sup> y seguidamente revisaremos un caso de homicidio ocurrido en el municipio de Páez (Cauca). Tiene especial relevancia en el presente análisis examinar si, en la práctica, tal acervo conceptual termina paralizando el ejercicio de administrar justicia por parte de las autoridades indígenas y si existe dificultad de los jueces formales para coordinar con dicha jurisdicción especial.

## Los límites

Los derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos constituyen, en el sistema jurídico colombiano, un límite a la Jurisdicción

---

1 Abogado. Docente e investigador de la Universidad Santo Tomás. El presente texto hace parte de la tesis doctoral que está realizando en la actualidad.

2 Intentando, de ser posible, construir la línea jurisprudencial en el tema, siguiendo metodológicamente lo planteado por Diego Eduardo López Medina en: *Módulo de Interpretación Constitucional*, Consejo Superior de la Judicatura, pp. 118-137.

Especial Indígena. En ese sentido, la sentencia T-254<sup>3</sup> de 1994, con ponencia del magistrado Eduardo Cifuentes M., afirma:

*La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y cultural es acogida 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 naciones, presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos.*

Vale la pena entonces mirar, en este ejercicio de reflexión, si lo que acontece es que ha habido un desborde de los límites por parte de la Corte y si ésta más bien ha caído en las llamadas “limitaciones”. Éstas, al contrario de los límites, no derivan ni son consecuencia directa de la naturaleza y estructura de los derechos fundamentales sino de la regulación concreta que se haga de los mismos. Entre los límites y las limitaciones existe una relación muy estrecha, que se puede sintetizar en los siguientes puntos:

- Las limitaciones son especificaciones normativas a los límites que los derechos fundamentales tienen en cuanto derechos humanos.
- Las limitaciones no pueden exceder el ámbito de los límites de los derechos humanos, pues lo contrario supondría la pura y simple supresión del derecho fundamental de que se trate. Este principio es fundamental e incondicionado; es válido, en consecuencia, incluso para situaciones sociales excepcionales.

De lo anterior se deduce que existe una total dependencia y derivación de las limitaciones respecto de los límites de los derechos fundamentales.

La Corte Constitucional colombiana ha sostenido la tesis de que “la Constitución Política no adopta ni una posición universalista extrema ni una relativista cultural incondicional”, como muestra de lo cual prescribe, como regla general, el respeto a la autonomía y a la diver-

---

3 Sobre esta tutela afirmó la antropóloga Esther Sánchez: “[L]a tutela T-254 de El Tambo es la máxima expresión de la diversidad negada, y [...] discriminación”, en *Justicia y pueblos indígenas en Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural* (2004), 2ª ed., UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, p. 205, Bogotá.

sidad étnica y cultural, pero simultáneamente establece sus límites al obligar a que su ejercicio esté conforme con los preceptos constitucionales o legales.

Sin embargo, como la autonomía y la diversidad étnica y cultural tienen carácter de principios constitucionales, para que una limitación de estos principios esté constitucionalmente justificada es necesario que se cumplan dos condiciones<sup>4</sup>: la primera, que la medida sea necesaria para salvaguardar un interés de mayor jerarquía o, lo que es lo mismo, que se fundamente en un principio constitucional de un valor superior al de la autonomía y la diversidad étnica y cultural; la segunda es que, del catálogo de restricciones posibles, se elija la menos gravosa para la autonomía de las comunidades indígenas. De no cumplirse estas condiciones –puntualiza la Corte–, el pluralismo que inspira la Carta Política devendría en ineficaz<sup>5</sup>.

Lo anterior llevó a la Corte a establecer dos reglas que parecen independientes entre sí: la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas; y, correlativa a ella, la minimización de las restricciones a dicha autonomía a las absolutamente indispensables para salvaguardar los intereses de superior jerarquía<sup>6</sup>. Adicionalmente, dado el carácter indeterminado propio de las normas constitucionales, la interpretación prevalente es aquella que “mejor capte las circunstancias y la posición cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros”<sup>7</sup>.

No podemos pasar por alto la sentencia T-349 de 1996, cuyo magistrado ponente (en adelante M.P.) fue Carlos Gaviria Díaz, en la que se concluye que el núcleo de derechos que limita a la jurisdicción indígena está integrado por el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, y aduce dos razones para establecer dicho núcleo: la primera es que “únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural”; la segunda es porque este grupo “se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de

---

4 Sentencia C-139 de 1996 y T-349 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

5 Sentencia C-139 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz

6 Sentencias T-349 de 1996, T-523 de 1997 - M.P. Carlos Gaviria Díaz; y C-127 de 2003 - M.P. Alfredo Beltrán S.

7 Sentencias SU-510 de 1998 - M.P. Eduardo Cifuentes M.; y C-127 de 2003 - M.P. Alfredo Beltrán S.

conflicto armado”. A ellos se suman, por expresa exigencia del artículo 246 de la Carta Política, la legalidad del procedimiento, de los delitos y de las penas.

La sentencia SU-510 de 1998, que trata de unificar los criterios respecto de los asuntos sobre los cuales hay divergencias en las diversas salas de tutela, reitera esta última fundamentación y adiciona que la dignidad humana, esto es, la no afectación del “núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad” también constituye un límite a la autonomía de las autoridades indígenas.

En esta misma sentencia, la Corte declara que el principio del bien jurídico es un límite material de la jurisdicción indígena, al declarar como ilegítimo y arbitrario que se sancione a un miembro de la comunidad por el simple hecho de abandonar la cosmovisión indígena y adoptar un nuevo credo religioso, lo que fundamenta aduciendo que “la mera creencia no amenaza gravemente la supervivencia de la cultura y, en cambio, sí viola el núcleo esencial –el mínimo de los mínimos– de la libertad de cultos”<sup>8</sup>.

Igualmente es necesario destacar que, en el mismo fallo, se declaran constitucionalmente válidos los siguientes hechos:

1) Que la comunidad indígena les imponga sanciones a quienes, con motivos de sus nuevas creencias, incumplen las normas tradicionales, omiten sus deberes colectivos o irrespetan a la autoridad, porque son prescripciones que obligan igualmente a los restantes integrantes de ella. 2) Que las autoridades indígenas impidan la práctica del culto evangélico dentro del territorio del resguardo mediante formas como el cierre del templo y la prohibición del culto colectivo en lugares públicos. O que prohíba el ingreso al resguardo de personas extrañas a la comunidad, por ejemplo los predicadores de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (IPUC). 3) Que se construyan, en el resguardo, instalaciones para realizar el culto evangélico.

Las razones expuestas para sustentar estas decisiones fueron: Que los dogmas y prácticas del grupo evangélico amenazaban la existencia

---

8 En el estudio de un supuesto de hecho de un tema similar (Alexy, Robert, p. 293) sostiene que el supuesto de hecho y ámbito protegido coinciden plenamente. Éste no es por supuesto el caso de la Corte pero evidentemente el mínimo de los mínimos no protege el principio de autonomía ni el ámbito protegido.

misma de la cultura indígena<sup>9</sup> y que los resguardos y territorios eran propiedad colectiva, con carácter de “derecho fundamental”, por constituir el principal medio de subsistencia y formar parte de la cosmovisión y religiosidad indígenas, razón por la cual la comunidad tiene la facultad tanto de decidir autónomamente quién puede o no entrar y permanecer en su territorio, como prohibir la construcción en él de instalaciones por parte de personas extrañas a su cultura. La sentencia T-1022 de 2001 reitera las conclusiones anteriores al analizar un conflicto similar con los predicadores de la IPUC.

El artículo 246 de la Constitución Política ha adscrito ciertamente funciones jurisdiccionales a las autoridades de los pueblos indígenas. La consistencia relativa de esta jurisdicción parece ser admitida por la Corte Constitucional, que reconoce en ellas un elemento central y una condición de posibilidad (la Corte habla de “la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas”).

Tal como lo afirma Benítez (1997):

*A primer golpe de vista se advierte la falta de correspondencia entre órgano y función: normalmente la autoridad se encarna en un Cabildo o en una asamblea que toman todo tipo de decisiones, resultando que el órgano pensado inicialmente como jurisdiccional extiende su competencia más allá de ello; queda así invalidado el primer criterio, que se denomina orgánico, para determinar la naturaleza de la jurisdicción. La monta de la cuestión no es poca, si se considera que se han rechazado tutelas al no tener la judicatura claridad sobre la clase de acto controvertido, precisamente porque no es fácil establecer la naturaleza del órgano.*

En cuanto al llamado *criterio funcional*, es tal vez el que mejor caracteriza la naturaleza de la Jurisdicción Especial Indígena por el manejo que el artículo 246 da a lo jurídico desde la semejanza –la Constitución y las leyes operan como referencias excluyentes de lo que les sea contrario–, lo que le permite reconocer previamente ciertos elementos culturales locales como jurídicos en virtud de una comparación puramente analógica (que sin embargo poco o nada se sirve de la diferencia) para después subsumirlos y dar la impresión de constituir con ellos una sola unidad. Esta situación no ha sido pasada por alto por ciertos teóricos y altas instancias judiciales

9 Sentencia SU-510 de 1998, donde se compara las dos cosmovisiones involucradas en el conflicto.

para construir conceptos, supuestamente comunes, a la medida de las necesidades del momento. Es así como vemos aparecer “sistemas jurídicos indígenas” y dentro de ellos “instituciones civiles” que abarcan... ¡un derecho de herencia y de las obligaciones!, e “instituciones penales” con categorías como... ¡tipicidad, responsabilidad, punibilidad!, e incluso un “compendio de derecho penal especial” que nada tiene que envidiar a sus matrices romano-germánicas<sup>10</sup>.

La postura de la Corte Constitucional, que a través de la revisión se ha convertido en tribunal de homologación, asume de alguna manera el control de los problemas, en el sentido no ya de exigir un nuevo juzgamiento, sino de *consultar* a la comunidad, consulta que en últimas se convierte en mecanismo de control.

La Corte ha tenido en estos años diferentes posturas frente a las decisiones de las autoridades indígenas. Entre las más destacadas citemos:

- Pedir que se repita el juzgamiento.
- Ordenar que se consulte de nuevo a la comunidad a ver si se repite o no el juicio y si no se repite, pasárselo a las autoridades judiciales ordinarias.
- Reconocer plenamente la decisión.
- Reconocer parcialmente la decisión y pedir revisión de la misma.

Lo normal en las tutelas concedidas en revisión por la Corte Constitucional —siempre a través del mecanismo de revisión—, es que ellas hayan sido negadas en las primeras instancias judiciales ordinarias. Incluso a veces —no siempre— estas instancias judiciales ordinarias han exhibido posturas un poco más abiertas que las de la Corte misma. No obstante, la Corte ha definido una línea en el tema, que tiene su culmen en la exigibilidad a las autoridades indígenas del cumplimiento del mínimo vital legal que se debe respetar por parte de ellas.

En la sentencia de tutela T-523<sup>11</sup> de 1997, afirma el magistrado Carlos Gaviria:

---

10 Benítez, Hernán Darío (1997), “Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración constitucional”, en: *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*, Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior, Bogotá.

11 Esta sentencia se titula “La solución constitucional a los conflictos entre el principio de diversidad étnica y otros principios de igual jerarquía”.

*... 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 una mayoría los 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<sup>12</sup>.*

En cuanto a la violación del debido proceso, la sentencia del doctor Gaviria Díaz afirma que el debido proceso nuestro<sup>13</sup> encuentra un equivalente en las culturas indígenas, en la medida en que en todas partes se quieren castigar los abusos y en todas partes hay personas que abusan del poder. En esta interpretación bastante sui generis debemos ver entonces una manifestación del debido proceso. Otro ejemplo proviene de los casos en que se analiza el juzgamiento en asamblea de una persona. Es común en ciertas etnias que la parentela esté presente en ella; la garantía del derecho de defensa la ve la Corte en el hecho de que la parentela efectivamente esté presente en la asamblea que señala el castigo para la persona y en eso, según la Corte, radica la equiparación del derecho de defensa; si no se encuentran presentes sus familiares, se vulnera el derecho de defensa.

En la Sentencia T-552 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se expresa así la Honorable Corte:

*Hasta aquí se tendría que para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que 1) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que 2) cuenta con autoridades tradicionales, que 3) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado. Lo anterior, sin embargo, no sería suficiente, por cuanto se requiere, además, establecer la capacidad de esas autoridades de los pueblos indígenas para ejercer jurisdicción conforme a usos tradicionales. Esto es, puede existir un reconocimiento formal de resguardo y cabildo, pero no darse materialmente los supuestos de la jurisdicción, por carencia de normas y prácticas específicas*

12 Carlos Gaviria Díaz (2002). *Sentencias: Herejías constitucionales*, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed., Bogotá, p. 335

13 *Ídem*.

*de control social, por ausencia de procedimientos de juzgamiento, o porque las autoridades tradicionales han dejado de ejercer ese tipo de funciones.*

En igual sentido se pronuncia el Alto Tribunal en la sentencia T-1238 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

La Corte también ha previsto el hecho de que el indígena pueda tener interés en escoger a su arbitrio la jurisdicción que considere más conveniente. Esta posibilidad es rechazada en principio, pero se acepta que la jurisdicción nacional, por solicitud del indígena, sea la que lo juzgue cuando se acredite, por ejemplo, que la jurisdicción indígena "no está en condiciones de garantizar el debido proceso"<sup>14</sup>. Londoño comenta al respecto (2006, p. 180) que no sobra anotar que el fallo no formula la hipótesis de una jurisdicción nacional incapaz de garantizar el debido proceso, muy posiblemente porque lo considera un imposible fáctico y jurídico.

La Corte se encuentra en el incómodo papel de fallar sobre sistemas y formas de ver el mundo que no comprende y, pese a sus esfuerzos, no ha podido asumir una posición neutral, tal vez porque no es posible hacerlo. Nadie puede desprenderse de su cultura, pues ello es equivalente a arrancarse la piel. Además, el llamado a definir las reglas de las relaciones interculturales no es un juez "blanco" —ni unipersonal ni colectivo—. Estas relaciones, si se pretenden respetuosas de la diversidad, deben ser elaboradas tras un proceso de diálogo y concertación entre los actores involucrados. Un proceso así toma tiempo, y no son los tribunales los espacios apropiados para su desarrollo (Sánchez 1998, pp. 352-353).

Compartimos entonces con la doctrina nacional y extranjera que la definición de las reglas de juego sobre los límites y competencia de la Jurisdicción Especial Indígena no es asunto que deban decidir los tribunales<sup>15</sup>. Esas reglas deben construirse en escenarios de diálogo intercultural, en consulta interna y externa con cada pueblo. Sin embargo, el contenido esencial de los derechos no es discutido con los respectivos pueblos, pese a los esfuerzos de la Corte Constitucional, a los peritazgos antropológicos y a oír en audiencia pública a diferentes

14 Sentencia T-522 de 2003, M.P. Clara Inés Vargas H.

15 Londoño 2006, pp. 203-206; Sánchez 1998, pp. 352-353; Uprimny 1998, pp. 105-106.

estamentos. Adicionalmente, aún no está claro en estos diecisiete años de producción jurisprudencial el núcleo central de valores que la Corte suscribe en cada cultura; hay de hecho en la jurisprudencia revisada asomos de respeto intercultural pero el centro de la complejidad está en el límite de los diferentes derechos encontrados tanto al interior de los pueblos como en la sociedad mayor. Resolver esta dicotomía implica una reinterpretación de lo ya dicho y ubicar, o mejor, encontrar una tesis que no sea ecléctica siempre.

La jurisprudencia analizada respecto a la jurisdicción indígena y sus múltiples interpretaciones por parte de la Corte, deja ver que ésta ha llevado a una restricción de los derechos de los pueblos considerados tanto en lo referente a sujetos colectivos como a sujetos individuales. Estas múltiples interpretaciones conllevan el menoscabo de diferentes derechos de los pueblos indígenas, pero de hecho el más afectado a lo largo de estos años es el del ejercicio de la propia jurisdicción, porque a medida que pasa el tiempo se establecen mayores limitantes que impiden a las autoridades indígenas administrar justicia.

Se presenta a continuación un caso acontecido en el pueblo Nasa en el resguardo de Togoima (Tierradentro, departamento del Cauca, Colombia). Este caso forma parte de varios estudiados para el trabajo de tesis doctoral y tiene diferentes elementos que permiten entender, además de lo reflexionado hasta aquí, otros aspectos del mapa decisonal jurisdiccional de Colombia.

## La cárcel, un asunto muy serio

**Hecho:** Homicidio. El cabildo lo conoce directamente porque sucedió en la plaza pública de la vereda Mesa de Togoima, después de un partido de fútbol.

**Implicado:** Édgar Olimpo Liz Chasqui

**Hechos:** Édgar Olimpo Liz Chasqui, comunero del resguardo de Togoima, comete homicidio en la persona de Olivo Medina Achipiz en la vereda de Mesa de Togoima. Cabe anotar que el mismo día de los hechos, el comunero implicado se entregó a la Fiscalía de Belalcázar (Páez) y ésta dispuso enviarlo a la cárcel San Isidro de la ciudad de Popayán (Cauca) el día 25 de febrero de 2002, según la Boleta de Detención 03 de esa fecha, librada por la Fiscalía 001, Seccional Belalcázar (Páez).

El 8 de abril de 2002, el resguardo indígena de Togoima se reunió en asamblea para tratar el caso del asesinato cometido por el señor Olimpo Liz. En dicha asamblea participaron los familiares de la víctima; la familia del sindicado al parecer no fue informada y por eso no asistió a la misma; tampoco asistió el sindicado porque para esta fecha se encontraba en la cárcel San Isidro. En esta asamblea se decidió condenar al implicado a 60 años de cárcel por el asesinato del señor Olivo Medina, comunero del resguardo de Cohetando. Los elementos para la decisión fueron los testimonios de los miembros de la comunidad de Mesa de Togoima que asistían a un partido de fútbol en la cancha de la plaza de esta vereda. Quienes testificaron dijeron que el sindicado, después de una pequeña discusión, le propinó un disparo a su víctima, lo que le ocasionó la muerte minutos después. Adicionalmente, el implicado reconoció el delito y por voluntad propia se presentó en la Fiscalía Seccional de Belalcázar, que, como ya dijimos, lo envió a la cárcel.

### *Procedimiento de la Jurisdicción Especial Indígena*

Según actas de Asamblea General del resguardo indígena de Togoima (Acta 8 de abril de 2002 y Acta 1° de septiembre de 2002), consta lo siguiente: La asamblea se realizó en la vereda de Togoima Centro, con la participación de todos los cabildantes tanto principales como los de las veredas. Se contó con la asistencia de los comuneros de las 7 veredas del resguardo; el objetivo del encuentro era analizar los problemas internos y buscar solución a los mismos. Los casos que se trataron fueron dos homicidios y un caso de hurto, y el orden en que se trataron fue, en primer lugar, el asesinato cometido por el señor Édgar Olimpo Liz Chasqui en la persona de Olivo Medina Achipiz, en la vereda Mesa de Togoima, seguidamente el asesinato de John Léider García y por último el caso de hurto.

La asamblea se desarrolló en el siguiente orden: se nombró una mesa coordinadora cuyos integrantes, un coordinador y dos secretarías, fueron elegidos por consenso. Una de ellas era la secretaria principal del cabildo. Se realizó la oración como es costumbre, dirigida por un voluntario de la asamblea. Se procedió al llamado de asistencia para verificar la presencia de los comuneros de las veredas. Se inició con el primer tema por el que se había hecho la convocatoria, para lo cual una de las secretarías leyó el acta de la asamblea anterior, realizada el 8 de abril de 2002 y cuya sentencia trata principalmente sobre la condena

en contra del señor Édgar Olimpo Liz Chasqui por el asesinato cometido, aclarando que esa acta no está aprobada. Una vez leída el acta se da la palabra a los familiares de las partes.

La víctima y sus familiares recordaron pertenecer al resguardo vecino de Cohetando, quienes asisten previa invitación escrita de parte del gobernador de Togoima.

La intervención de los familiares se inicia con la hermana del sindicado, quien aclara que su hermano en ningún momento solicitó que el caso fuera llevado por la Jurisdicción Especial Indígena y que por el contrario pidió ser juzgado por la justicia ordinaria.

El gobernador manifiesta que si el caso lo ha asumido el cabildo del Resguardo es porque el responsable del hecho envió una carta al gobernador pidiendo que su caso lo llevara la Jurisdicción Especial Indígena, carta que se leyó en la asamblea del 8 de abril.

Luego intervino la familia de la víctima manifestando que la Jurisdicción Especial Indígena es legítima para conocer de estos casos y que las decisiones de asamblea se deben respetar.

La discusión se amplió luego a todos los asistentes, cuyas intervenciones se centraron en expresar que la jurisdicción indígena es legítima y que la asamblea es la que decide; la intervención de la familia del responsable de los hechos se centró en solicitar el debido proceso, la intervención de un abogado defensor y la presencia del sindicado en la asamblea, pues a su juicio el no cumplimiento de estos detalles hace que las decisiones sean ilegítimas, e insistieron en que el caso sea dejado a la jurisdicción ordinaria y si no es así que se le garantice el debido proceso con la presencia de un abogado que explique cómo resolverlo.

Un comunero le responde diciendo que “si están presentes los cabildos y la comunidad, entonces para qué un abogado si las decisiones las toma la asamblea” y que la jurisdicción especial tiene sus usos y costumbres.

Ocurre luego la intervención general de familiares, y en la asamblea todos opinan y argumentan acerca de por qué se debe juzgar, de lo que significa un asesinato, de la legitimidad de la asamblea, la responsabilidad de los familiares en la educación, de la conciencia del delito cometido; se

habló igualmente sobre la firma en asamblea y aclararon que la firma en asamblea no necesariamente es aprobatoria de la misma, del respeto a las decisiones tomadas en asamblea, de la presencia del sindicato en la asamblea, de la responsabilidad y seguridad de su traslado, y del desconocimiento de las leyes que regulan la Jurisdicción Especial Indígena.

La asamblea concluyó que el caso es complicado porque se trata de comuneros de dos resguardos: el responsable es una persona con antecedentes y es considerado peligroso; se dijo que hay desconocimiento de las leyes que regulan la Jurisdicción Especial Indígena y la jurisdicción ordinaria, y que por tanto para solucionar el caso es necesario llamar a todos los gobernadores del municipio de Páez, de la asociación de cabildos Nasa Cxaxaha y a un abogado experto en el tema. Se definió aplazar el caso para una próxima asamblea y que si el sindicato quiere hacerse presente en la próxima asamblea, que lo haga. Se aclara que de su seguridad se deben responsabilizar sus familiares.

En el Acta de la Asamblea de los días 7 y 8 de octubre de 2002, consta que se contó con la presencia de los gobernadores del municipio de Páez, de un abogado experto en el tema enviado por el Consejo Regional Indígena de Cauca (CRIC), la Junta Directiva de la Asociación de Cabildos Nasa Cxaxaha de Páez, los familiares de la víctima y familiares del sindicato. El sindicato no se hizo presente pues no fue posible gestionar su permiso en la cárcel de San Isidro; además se temía por su seguridad. Igualmente y como de costumbre asistieron los comuneros del resguardo. En esta asamblea de octubre, básicamente lo que hicieron los cabildos de Páez y todos los asistentes fue ratificar lo decidido por la asamblea del 8 de abril y discutido el 1 de septiembre de 2002.

Revisada el Acta de 7 y 8 de octubre de 2002, se confirma que todas las asambleas se llevaron a cabo realmente para definir cuál jurisdicción conocería el caso y la condena, porque en cuanto al hecho está probado, debido a que el asesinato se realizó a la vista pública, aunque los familiares, con el fin de que mermara la pena, insistieron en afirmar que era un accidente porque la víctima era amigo de su homicida. Esto no se probó y la asamblea tampoco lo creyó.

### *Correctivo*

A Édgar Olimpo Liz Chasqui, la asamblea lo encontró responsable del asesinato. Por ello determinó 60 años de prisión por parte del cabildo

y la comunidad de Togoima, y de ahí que fuera enviado a la cárcel de San Isidro de Popayán desde el 27 de enero de 2002.

El 18 de septiembre de 2003, el cabildo de Togoima recibe un oficio de Édgar Olimpo Liz Chasqui, que manifiesta que:

- La condena de los 60 años sobrepasa los límites de la justicia colombiana y además se le violaron los derechos fundamentales por cuanto:
- No se llevó a cabo el debido proceso.
- No se le admitió el derecho a la defensa.
- La decisión del cabildo y la Asamblea General viola el derecho a la igualdad. Liz Chasqui solicita revocatoria de esta determinación para iniciar un nuevo proceso de juzgamiento de acuerdo con los usos y costumbres. Por tanto, presentó una acción de tutela para amparar el derecho a la igualdad, al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

El 13 de noviembre de 2003, el señor Édgar Olimpo Liz Chasqui, desde el centro penitenciario de San Isidro interpuso una acción de tutela ante el Tribunal Superior del Cauca (Juzgado Sexto Penal Municipal de la ciudad de Popayán, capital del departamento del Cauca) en contra del cabildo indígena del resguardo de Togoima, alegando que se le violó el derecho a la igualdad y a la administración de justicia (consignados en los artículos 13 y 29 de la Constitución Política).

El 10 de diciembre de 2003, el Juzgado Sexto Penal Municipal de Popayán remitió la acción de tutela por competencia funcional y territorial al Juzgado Promiscuo Municipal de Páez.

El 15 de diciembre de 2003, el cabildo indígena de Togoima, en cabeza de su gobernador Juan Abel Nez, respondió la acción de tutela instaurada por Édgar Olimpo Liz Chasqui contra el cabildo indígena de Togoima, justificando y argumentando que tal acción no era procedente.

El 19 de diciembre de 2003, el Juzgado Promiscuo Municipal de Páez notificó al gobernador la decisión de no tutelar los derechos de acceso a la administración de justicia e igualdad invocados por el señor Édgar Olimpo Liz Chasqui en su acción de tutela contra el Gobernador del Resguardo Indígena de Togoima.

El día 10 de junio de 2004, el gobernador del cabildo indígena de Togoima solicitó al director de la penitenciaría San Isidro, que le entregara al comunero indígena Édgar Olimpo Liz, fundando su solicitud en el cumplimiento de lo que se supone fue ordenado por la asamblea comunitaria del 7 de junio de 2004. El interno fue entregado el día 11 de junio de 2004, fecha en que se recibió en el establecimiento carcelario el oficio.

Sin embargo, no existe documentación de la asamblea del 7 de junio de 2004, cuando había pasado a ser gobernador el señor Ovidio Ramos, y tampoco hay conocimiento sobre el compromiso de Édgar Olimpo Liz con la comunidad, después de haber estado en la cárcel 2 años, tres meses y 16 días de la condena inicial de 60 años emitida por la asamblea del 8 de abril de 2002, discutida el 1 de septiembre de 2002 y ratificada el 7 y 8 de octubre de 2002.

En la actualidad, Olimpo Liz se encuentra en el resguardo, no como condenado sino como comunero libre. Olimpo Liz fue sacado de la cárcel y está en la comunidad gozando de libertad, razón por la cual prima entre los habitantes una sensación de incertidumbre acerca de la justicia indígena.

Se ha pensado hacer un juicio al ex gobernador que procedió de esta manera, al solicitar la salida de esta persona de la cárcel sin autorización de la asamblea.

### *Análisis de los hechos y de lo actuado por la autoridad indígena*

Marcelino Nez, gobernador en el período 2002, tuvo a su cargo el conocimiento de los hechos de la muerte de Olivo Medina y para la fecha de la entrevista (15 de enero de 2008) era el Capitán del Resguardo. Manifiesta respecto al hecho:

*Los hechos que yo conocí fue cuando el Gobernador Suplente me llamó y me informó que había ocasionado homicidio [de] este Olivo Medina, ocasionado por Olimpo Liz y entonces ellos lo habían seguido, ¿no?, para capturarlo, pero entonces él se fue y pues salimos para Guadualejo y allí pues ya se entregó a la Policía Nacional de Belalcázar, Páez, Cauca. Entonces, de ahí, pues ya lo detuvieron hasta que se siguió la investigación; entonces pues él había dicho que se iba a entregar por la ley ordinaria, pero ya vio pues que*

*la cuestión ahí iba más grave; entonces pues él mismo solicitó al Cabildo como diciendo que él era [...] un comunero del Resguardo.*

Frente a la pregunta de si este era un hecho de competencia de la jurisdicción ordinaria o indígena, de hecho considera Marcelino Nez que lo sucedido era de estricta competencia del resguardo indígena, toda vez que los dos implicados eran comuneros del resguardo de Togoima y los hechos ocurrieron a los ojos de todo el mundo.

Respecto a los correctivos aplicados y a la pena impuesta de sesenta años, varios aspectos suscitaron tal decisión por parte de la asamblea. Al respecto, varios de los entrevistados participes de la Asamblea señalaron que no se hizo mucho énfasis en lo justo o no de la pena, debido al temor que el sujeto ha infundido en la comunidad pues tiene antecedentes de hurto, intimidación, porte ilegal de armas, lesiones personales contra su compañera permanente y contra un ex gobernador, situaciones que la gente por temor nunca denunció, y tal vez fue el motivo que impulsó a la comunidad a no tener compasión y condenarlo a 60 años de prisión, pues se mezclaron todos los anteriores hechos.

La familia del sindicado en algún momento de la asamblea insinuó que “no se mezclaran los casos”, pero la comunidad consideró que el sujeto estaba muy “enfermo” y por lo tanto había que aplicarle “remedios fuertes”.

Podemos decir que a pesar de que el hecho se cometió a la vista pública y que era sabido por todos, el implicado insistía en tergiversarlo manifestando que había sido un accidente. Dicha situación molestó a la comunidad, que todavía espera que el sujeto confiese y acepte la comisión del hecho, como una manera de ratificar la verdad que todos saben y “sanar la herida” a partir del reconocimiento del error.

Frente a la responsabilidad del hecho, el propio implicado Édgar Olimpo Liz afirma:

*En un momento de embriaguez, o sea, se me fue un disparo y le impacté a un amigo, ¿ya? Yo con el temor pues de que alguien tomara represalias contra mí, me presenté voluntariamente ante la Fiscalía, ante la Policía de Belalcázar. Siendo así, me tuvieron en la Cárcel Distrital de aquí de Belalcázar; de ahí me trasladaron a la Penitenciaría Nacional San Isidro.*

Igualmente, respecto a su consideración sobre la sanción de 60 años, Olimpo Liz opina:

*Bueno, o sea, lo que pasa es lo siguiente: En esos años anteriores unos comuneros de por acá arriba del Resguardo Guambio cometieron un delito, un homicidio contra un gobernador, contra un líder, ¿ya?, un gobernador principal. Entonces ¿qué pasa? El homicidio de ellos, pues según la investigación es casi un homicidio agravado prácticamente, porque lo cogieron, lo acuchillaron, lo abalearon, le chuparon la sangre. Entonces yo pienso que en ese sentido hay agravantes. Entonces ¿qué pasa? Llega el momento en que yo cometo el error, entonces ellos retoman prácticamente ese modelo de castigo que ellos aplicaron a esos muchachos... Ellos llegan y tienen en cuenta, ¿no?, que como allá en ese resguardo castigaron a sesenta años, a este indígena también lo vamos a castigar a sesenta años, pero sin tener en cuenta, digamos, de que yo por lo menos me presenté voluntariamente y acepté el error prácticamente, que es lo más esencial cuando alguien comete un delito ¿no?... Aceptar ¡claro! Prácticamente yo, al presentarme y decir, vea, tal cosa, por seguridad yo estaba aceptando el error que había cometido. Ellos nunca tuvieron en cuenta eso... Ellos se basaron a lo que los otros muchachos allá habían cometido.*

La visión del mundo de la comunidad de los paeces es referida en el concepto que solicitó la Corte Constitucional para el caso de Édgar Olimpo Liz:

*Existe una unidad fundamental del cosmos, y en este sentido los conflictos sociales son análogos a los desequilibrios orgánicos –las enfermedades– en el sentido de que uno y otro son consecuencia de la trasgresión de normas de la cultura, entre ellos el irrespeto por la naturaleza [...] Dentro de este contexto [...] el acto de hacer justicia implica, entonces, curar: el procedimiento de castigo, por ejemplo, la aplicación del látigo, práctica heredada de los españoles, pero con un significado cultural propio, es pensado como elemento purificador. [Por ello] no hay una única forma de curar, o de resolver una situación particular, sino que las estrategias son abiertas y quedan, en cierta forma, a discreción de la experiencia y criterios del Cabildo, los familiares o el the'wala.*

Afirma igualmente el concepto en mención:

*[E]l modelo de justicia que poseen y aplican se aleja, en sus principios, de las modalidades de justicia imperantes en el marco jurídico nacional y su sistema penal. En particular, su modelo de justicia no está fundado en el modelo de “adversalismo”, propio de nuestro sistema legal, y en consecuencia los actos de acusación, culpabilidad y argumentación tienen otro significado, o se enmarcan en un proceso cultural distinto. En este sentido, en el derecho Páez, la meta no es “vencer” en juicio al acusado (quien tendrá el derecho de defenderse a través del debido proceso occidental) sino fundamentalmente resolver los conflictos y establecer un proceso de paz, una especie de tregua, entre las personas y los grupos involucrados. Esto significa que existen diversas y siempre abiertas opciones de sentencia, y sólo en casos extremos –como homicidios– los responsables pueden ser (aunque no necesariamente) forzados a salir de la comunidad, entregados a las autoridades nacionales, o ser tratados en condiciones de aislamiento. Pero en términos generales, los diferentes grados de infracción no son únicamente percibidos como responsabilidad individual del acusado, sino que implican o afectan a un grupo mayor, o incluso a la comunidad, que se percibe también afligida y responsable por la situación. La meta es la búsqueda del equilibrio, el restablecimiento de la armonía entre los miembros de la sociedad y la naturaleza. En alguna medida es un proceso de catarsis, en el cual el lenguaje es muy importante. El acusado es tratado de la misma forma como si estuviese “enfermo” y la meta es “curarlo”, lo que significa en realidad un proceso de restauración colectiva. En conclusión, la aplicación de la justicia tiene como objeto, entonces, la restauración de una armonía colectiva, perdida temporalmente, en la que la reflexión del acusado es parte fundamental del proceso, y cuya meta, salvo en casos extremos, es su reincorporación a la sociedad.*

El concepto recalca que, en este marco, el “debido proceso” tiene como meta la restauración de un estado de equilibrio y el logro de la armonía, y que por ello reviste gran importancia la confesión del acusado, pues sólo esta posibilidad le permite alcanzar la propia armonía individual. En este contexto, sustraerse a la acción del Cabildo y de la Asamblea implica negarse a participar en el proceso restaurativo.

## *La Asamblea, única instancia*

La Asamblea es benevolente e incluso flexible en ciertos casos, pero en atención a las circunstancias y a la actitud del propio responsable, le aplica un correctivo fuerte que implica, tanto para la jurisdicción indígena como para la ordinaria, un hecho que desafía los límites y coloca en calzas prietas algunos derechos.

La decisión de la Asamblea es, como se vio anteriormente, ratificada en dos asambleas posteriores, en las que las consideraciones frente a mantener la decisión respecto al condenado gravitan alrededor de tres ideas fundamentales:

- Lo que se decide es una decisión de todos, y uno o unos no la pueden invalidar.
- Si la asamblea es la máxima autoridad, después de que ésta resuelve no se puede echar para atrás lo decidido.
- Si se reconsidera la decisión la asamblea pierde su autoridad.

En igual sentido afirma el concepto antropológico:

*[L]a sentencia dada por la Asamblea de la comunidad se considera inapelable, en cuanto se estima que es verdad, en tanto que expresa la memoria y la tradición de la colectividad.*

La inapelabilidad de lo decidido por la Asamblea y la persistencia del señalado como responsable del homicidio en pedir que la asamblea revise su caso, provocan una vez más que la máxima autoridad del resguardo se mantenga firme en su decisión y en que no existe ninguna manera de cambiarla.

Dadas las circunstancias, encontramos que el responsable del homicidio se halla en la comunidad gozando de libertad, pero sigue siendo objeto de señalamiento por parte de los comuneros, que en todas las asambleas mencionan que la situación de Olimpo Liz está sin resolver. Al respecto, el propio Olimpo Liz dice:

*... hasta el sol de hoy, pues en cada reunión que se hace... ¡No, que fulano de tal, que fulano de tal, que Olimpo, que no ha pagado! Yo siempre he permanecido aquí desde el 2004... Prácticamente*

*llevamos tres años, he permanecido aquí, me han llamado, les digo: ¡Sí, aquí estoy!, pero nunca me han solucionado nada y hasta hoy, que, pues, volvieron otra vez a resonar ahí. Pero nadie me resuelve mi situación...*

Lo cierto es que la Asamblea opera como mecanismo de seguimiento y control de sus comuneros tanto como de sus propias decisiones. En las asambleas observadas por el autor, se detecta que tal papel es conatural a la propia Asamblea y siempre se hace alusión a lo pendiente, a lo que se encuentra por resolver.

Es evidente entonces que la sanción social opera de manera determinante dentro del resguardo, tanto como el propio correctivo impuesto y confirmado por la Asamblea.

### ***Consideraciones de la Corte Constitucional colombiana en el presente caso***

La Corte aborda el conocimiento de este caso en la Sentencia SU-154 de 2006, Acción de Tutela contra cabildo indígena / acción de tutela temeraria / presentación de varias tutelas por los mismos hechos / acción de tutela contra acción de tutela / improcedencia<sup>16</sup>.

Sobre la procedencia de la acción de tutela manifiesta el Alto Tribunal Constitucional:

*Del acervo probatorio existente en el expediente, especialmente de la constancia secretarial expedida por el Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, se desprende lo siguiente: el aquí accionante interpuso la presente acción de tutela ante los juzgados penales municipales de Popayán (reparto), correspondiéndole el asunto al Juzgado Sexto Penal Municipal de esa ciudad, el cual por razones de competencia territorial la remitió al Juez Promiscuo Municipal de Páez, Belalcázar, Cauca, quien le dio trámite a pesar de haber fallado otra acción de tutela incoada por el mismo actor, dirigida contra el mismo demandado, por la presunta violación de los mismos derechos y con fundamento en idénticas*

---

16 Expediente T-882370; Peticionario: Édgar Olimpo Liz Chasqui; Procedencia: Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, Cauca; Tema: Debido proceso en la jurisdicción indígena; Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra; Bogotá, D.C., 1° de marzo de 2006.

*razones de hecho, acción esta última que había sido decidida desfavorablemente a las pretensiones del actor y, al no haber sido impugnada, remitida a esta Corporación para eventual revisión. La Corte, mediante providencia de 30 de mayo de 2003 decidió excluirla de revisión y devolvió el expediente al juzgado de origen. (Expediente T-720519)<sup>17</sup>.*

*Posteriormente, descontento con la decisión que no impugnó, el aquí demandante interpuso ante el Juzgado Promiscuo de Silvia, Cauca, otra acción de tutela, esta vez en contra del Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, Belalcázar (fallador de la primera tutela), arguyendo que ese despacho judicial no había hecho un estudio profundo de su caso, por lo cual habría incurrido en vía de hecho al decidir la primera acción de amparo incoada por él. Esta segunda acción también fue decidida en forma desfavorable a sus pretensiones, y al no ser impugnada se remitió a esta Corporación, que nuevamente la excluyó de revisión mediante auto de 30 de octubre de 2003. (Expediente T- 805318)<sup>18</sup>.*

*Es decir, el aquí accionante ha incoado tres acciones de tutela, así:*

*a. Una primera, ante el Juez Promiscuo Municipal de Páez, Cauca, dirigida en contra del Gobernador del Cabildo Indígena de Togoima, por haberlo condenado a la pena de prisión de sesenta años, con violación del derecho al debido proceso, tutela que fue denegada en decisión de única instancia.*

*b. Una segunda, interpuesta ante el Juzgado Promiscuo de Silvia, Cauca, en contra del Juez Promiscuo Municipal de Páez, Cauca, por haber incurrido en vía de hecho al fallar la anterior acción. Esta segunda acción, que corresponde a una tutela contra tutela, también fue denegada.*

*c. Una tercera acción, que es la presente, interpuesta ante los juzgados penales municipales de Popayán (reparto), correspondiéndole el asunto al Juzgado Sexto Penal Municipal de esa ciudad, el cual por razones de competencia territorial la remitió al Juez*

---

17 Copia de la correspondiente reseña esquemática fue agregada al expediente por el magistrado sustanciador.

18 Copia de la correspondiente reseña esquemática fue agregada al expediente por el magistrado sustanciador.

*Promiscuo Municipal de Páez. Esta acción nuevamente se interpuso en contra del Gobernador del Cabildo Indígena de Togoima, por haber condenado al accionante a la pena de prisión de sesenta años, con violación del derecho al debido proceso.*

*Del anterior recuento se desprende que esta tercera acción, que ahora debe decidir la Corte, ya había sido interpuesta por los mismos hechos y en procura de la protección de los mismos derechos. Esto significa que la presente tutela es improcedente.*

*Dado que en la presente oportunidad se evidencia la presentación sucesiva de dos acciones de tutela ante distintos jueces<sup>19</sup>, motivadas en los mismos hechos y para la protección de los mismos derechos, la Corte debe declarar la tutela como improcedente.*

*Adicionalmente, la Sala constata la interposición de una tercera tutela, la intermedia en el tiempo, dirigida en contra de la primera sentencia proferida por la jurisdicción constitucional. Se trata de una “tutela contra tutela” que en su momento debió ser denegada por el juez que conoció de ella, pues, como lo ha explicado esta Corporación, el mecanismo para oponerse a la decisión de un juez de tutela es la impugnación de la misma, si es de primera instancia, o la solicitud de selección para revisión por parte de la Corte Constitucional.*

Así las cosas, la Corte concluye que en el presente caso (tercera tutela) el demandante no podía instaurar la acción, dado que la misma se había negado por decisión que hizo tránsito a cosa juzgada.

Por todo lo anterior, la Corte revocó la Sentencia proferida el 19 de diciembre de 2003 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Páez, Cauca, que declaró infundada la acción de tutela instaurada por el señor Édgar Olimpo Liz Chasqui contra el Cabildo Indígena de Togoima, y en su lugar rechaza por improcedente la acción de tutela.

### ***Entre el fondo y la forma***

Efectivamente, en el presente caso la Corte no asumió una decisión de fondo sobre el tema en estudio y prefirió circunscribir su análisis al

---

19 El demandante intentó la acción ante un juzgado distinto del inicial (el Penal Municipal de Popayán), pero por razones de competencia se remitió al mismo juez que había conocido la primera acción.

reglamento de la tutela. Sin embargo, se destaca que la propia Corte solicitó un peritazgo antropológico para establecer el tipo de juzgamiento que se realiza en esta comunidad indígena y constatar el debido proceso y los demás derechos en comento.

Igualmente se puede colegir de lo expuesto por el ponente que esta decisión se convierte en sanción por el abuso de la acción de tutela, hecho bastante frecuente en el país, especialmente para quienes los fallos les son adversos.

En los pueblos indígenas colombianos sucede con frecuencia lo referido en el caso: que el castigado por la Jurisdicción Especial Indígena, cuando conoce el correctivo, se quiera acoger a la jurisdicción ordinaria porque le resulta más benévola.

Uno de los problemas más destacados, sin embargo, es el planteado por algunas cortes y tribunales que ven en los pueblos indígenas una suerte de incapacidad para juzgar delitos graves. Prueba de ello ocurre en Colombia con la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que en los últimos años ha dirimido conflictos de competencia entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, retomando, en la mayoría de asuntos sometidos a su estudio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero con una interpretación de la misma en la que reiteradamente se afirma que los pueblos indígenas no tienen competencia ni capacidad para asumir el juzgamiento de indígenas que cometan delitos que atenten contra el orden público (subversión), ni tampoco asuntos referidos al tráfico de estupefacientes.

Por ejemplo, en sentencia del 29 de septiembre de 2005, el magistrado Jorge Alonso Flechas sostiene:

*Al tipificar el delito de tráfico de estupefacientes, el legislador tuvo en mente proteger el bien jurídico primordial, la salud pública, como lo aseguró la Fiscalía, no sólo de la comunidad indígena, toda vez que se trata de un actuar que afecta a la sociedad en general, incluida la extranjera, pues, como es de conocimiento público, este delito ha traspasado las fronteras nacionales para ocasionar una serie de daños en la población internacional, aparejando con ello la comisión de una serie de acciones que atentan contra la seguridad nacional e internacional; razones que conllevan*

*van la determinación de la competencia en la Justicia ordinaria, como lo ha venido recalcando la Fiscalía, a donde se devolverá el expediente para que continúe el curso de la actuación penal.*

Frente a un conflicto positivo de competencia en un caso de rebelión, el mismo magistrado sostiene

*... En efecto, en el caso que ocupa la atención de la Sala, es de clara inferencia que los actos materia de juzgamiento e imputables al procesado, resultan manifiestamente ajenos a su tradición cultural, reconocida su identidad sobre expectativas socioculturales que se oponen a esta práctica delictiva.*

En su mayoría, las sentencias revisadas tienen una estructura de análisis similar, que retoma la sentencia T-496 de 1996 de la Corte Constitucional y los pronunciamientos del propio acervo de la Sala Disciplinaria, particularmente la decisión contenida en la providencia del 18 de marzo de 1999, Expediente 19990138-A, en el que se delimitan retomando los postulados interpretativos trazados por el tribunal constitucional, sin tener en cuenta los ingredientes, ya personales, ora territoriales, bien subjetivos o sociológicos para radicar en la comunidad indígena la competencia por conducta delictiva que resulte materia de juzgamiento, habida cuenta de la naturaleza del hecho.

En un conflicto positivo de jurisdicción por un caso de acceso carnal violento, la Sala Disciplinaria presenta el siguiente análisis:

*En el caso a examen, pese a ostentar la calidad de indígena el sindicado y que la comisión del punible de acceso carnal violento ocurrió en territorio indígena, exactamente en la Escuela de Carrizal (Guaviare), el hecho imputado no fue producto propio de su cultura indígena, pues el inculpado al momento de cometer el acto punible, obró con la conciencia valorativa, no de su comunidad sino como resultado de la comprensión del mundo y de las relaciones con el resto de ciudadanos del común, con adopción de costumbres del medio, es decir, ha ingresado en una aculturación, toda vez que se trataba de un directivo docente con estudios profesionales superiores, como lo reconoce en la diligencia de indagatoria, con la adopción de valores propios de la cultura predominante, pudiéndose predicar en el presente caso que el sin-*

*dicado al momento de la ejecución del ilícito, podía comprender perfectamente el carácter criminal que la sociedad mayoritaria atribuía al acto, caso en el cual deberá ser juzgado por la jurisdicción ordinaria.*

En un caso de abuso sexual en la comunidad Monilla Amena, la misma Sala, con ponencia del magistrado Temístocles Ortega, consideró que mal podría el Estado contribuir a la desaparición de esa cultura sustrayéndola del juzgamiento de sus propios pares por hechos ocurridos dentro de su comunidad y allí también previstos como delincuenciales.

Esta providencia, a diferencia de la anterior, argumenta:

*Además, porque como igualmente lo ha dicho la Corte Constitucional en proveído de T-496 de 1996, en ningún momento le es dable al Estado interferir en los parámetros culturales del individuo señalando, desde su punto de vista, las pautas que se debe seguir para “corregirlo”. Este tipo de interferencia restaría eficacia al reconocimiento constitucional del pluralismo como pilar axiológico de nuestro Estado Social de Derecho.*

Ni en este ni en el anterior caso, la Sala Disciplinaria se auxilió de peritazgo antropológico alguno, ni consultó a la comunidad de los respectivos “sindicados”: este tribunal acudió únicamente al fallo de la Corte Constitucional y a los elementos de jurisprudencia de la misma.

En otro pronunciamiento, la misma Sala Disciplinaria, en un conflicto positivo de jurisdicciones del ente jurisdiccional estatal expresa:

*... En conclusión considera la Sala que no es dable reconocer el fuero de juzgamiento que prevé la Carta Política en el caso de estudio, con base exclusiva en el factor personal, pues al ser un sujeto capaz de entender los valores de la conducta mayoritaria, no resulta inconveniente juzgarlo de acuerdo con el sistema jurídico nacional. Además, y en gracia de discusión, si bien una de las partes demandas en el proceso ordinario laboral es el Cabildo Indígena, no debe dejarse de lado que el mismo vinculó no sólo a la mencionada Ulluné Morales, sino que también al amparo de las leyes que regulan la cultura mayoritaria aceptó en el seno de su territorio y trabajando en el hospital de la comunidad indí-*

*gena a otras dos señoras ajenas del todo a la cultura aborígen, es decir, que como miembro del territorio colombiano gozan de las mismas prerrogativas de todo ciudadano, pero también está expuesto al cumplimiento de deberes y sanciones que imponen las autoridades de la República.*

Aparentemente está claro, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, que el ejercicio de funciones jurisdiccionales por parte de las autoridades indígenas es un derecho y no una obligación. Esto quiere decir que los pueblos indígenas, dentro de la autonomía que se les confiere, pueden decidir asumir o no el ejercicio de estas funciones. En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en una denegación de justicia: simplemente está ejerciendo su derecho.

La Sala, no obstante el anterior predicamento, dice lo siguiente en la providencia que expide dentro de un conflicto negativo de competencia:

*... De la misma forma se observa que a pesar de que los Gobernadores y caciques del Cabildo Indígena de la comunidad de Calafitas hayan manifestado su rechazo al conocimiento del hecho punible, por cuanto no aceptan el regreso de Arnulfo Pérez, de quien se predica fue expulsado de esa congregación, no se puede interpretar ello como un desconocimiento del inculcado a ser miembro de la comunidad indígena, porque contrariamente a la manifestación de sus gobernantes, lo que se descubre es una situación totalmente diferente, en la que se acepta no sólo que es indígena, sino que se oponen a su regreso, lo cual traduce tanto el origen como la condición de miembro de esta etnia.*

*Desentraña la Corporación, en la manifestación de estas autoridades indígenas, un sentimiento de repudio contra Arnulfo Pérez, originado en su mal comportamiento, ya que había sido objeto de castigo por maltrato a su compañera, a quien finalmente eliminó; pero lo que no impide –conforme al ordenamiento constitucional– determinar la competencia del Cabildo para juzgarlo en razón del fuero especial indígena a que está sujeto el procesado y el que no es susceptible de desnaturalizarse por los sentimientos o la valoración que se tengan respecto a su personalidad. Lo indicado por las pruebas es que se trata de un indígena que venía integrado a la*

*etnia U'wa y que, se repite, está probado testimonialmente que le habían sido impuestas, con anterioridad al delito, sanciones por su mal comportamiento en la comunidad, pero es a sus autoridades a quienes corresponde juzgarlo de acuerdo a sus normas de comportamiento, costumbres y procedimiento y no a los jueces nacionales de la justicia ordinaria, por lo que le asiste toda razón a la Sala Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, cuando arribó a la misma conclusión en su providencia del 2 de junio del año 2000.*

La anterior interpretación denota claramente el desconocimiento por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, de los avances en materia intercultural y de las propias reglas que la Corte Constitucional fijó y que la misma Sala invoca casi siempre equivocadamente.

De las sentencias analizadas, encontramos entonces que en un 70 por ciento esta Sala niega la competencia de la jurisdicción indígena. Ello ocurre, como se ha explicado, por una interpretación bastante restringida, monista y sobre todo, por el exacerbado positivismo de parte de esta colegiatura.

Las llamadas leyes de coordinación no se han implementado en ningún país de América Latina. Por ello existe entonces la posibilidad de una real coordinación, en cada contexto, entre los operadores judiciales y las autoridades indígenas.

La Corte Constitucional colombiana en algunas sentencias ha sostenido que la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) no puede ser reglamentada, básicamente por dos razones: primera, se presume –y con razón– que dentro de las tradiciones propias subyace de por sí una normatividad o reglamentación cultural; y, segunda, de hacerse eso, se atentaría contra la diversidad étnica y cultural del país.

A pesar de los múltiples esfuerzos de diversos sectores por tener una ley de coordinación, los pueblos indígenas de Colombia coinciden en que efectivamente no se requiere dicha ley, que con los elementos existentes desde la jurisprudencia nacional y lo pensado y aplicado por los propios pueblos ese tipo de norma es innecesaria.

## Bibliografía

- Aba Catoira, Ana (1999). *La limitación de los derechos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español*, Tirant Monografías, Valencia.
- Alexi, Robert (1997). *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Arango, Raúl y Enrique Sánchez (1998). *Los pueblos indígenas de Colombia*, Tercer Mundo Editores, Bogotá.
- Barrios, Adriana (comp.) (1997). *Conflicto y contexto: resolución alternativa de conflictos y contexto social*, Instituto SER de Investigaciones, Tercer Mundo Editores, Colciencias y Programa de Reinserción, Santafé de Bogotá.
- Benítez, Hernán Darío (1997). “Jurisdicción Especial Indígena: implicaciones de su consagración constitucional”, en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*, Ministerio de Justicia y Ministerio del Interior, Bogotá.
- Borja Jiménez, Emiliano (coord.) (2005). *Diversidad cultural: conflicto y derecho. Nuevos horizontes del derecho y del derecho de los pueblos indígenas*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- Clavero, Bartolomé (2006). “Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas”, en *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Vol. 14, Instituto de Derechos Humanos - Universidad de Deusto. Serie Derechos Humanos, Bilbao.
- Cuéllar, Jaime (coord.) (2003). *Estado actual de la justicia colombiana. Diagnóstico y soluciones*, 1ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Dworkin, Ronald (1995). *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona.
- Fiorivanti, Mauricio (1998). *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid.

- Ferrajoli, Luigi (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- Londoño Berrío, Hernando León (2006). “El fuero y la Jurisdicción Especial Indígenas en Colombia”, en *Derecho penal y pluralidad cultural - Anuario de derecho penal*, Lima.
- López Medina, Diego Eduardo (2002). *Módulo de interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Nemogá, Gabriel (2001). “Contexto social y político de las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”, en Mauricio García Villegas y Boaventura de Sousa Santos (eds.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia: análisis sociojurídico*, Siglo del Hombre Editores, Uniandes, Colciencias, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá.
- Sánchez Botero, Esther (2004). *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*, 2ª ed., UNIJUS, Universidad Nacional de Colombia - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales, Bogotá.
- Zagrevelsky, Gustavo (1999). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Marina Gascón (trad.), Taurus, Madrid.

## **PROGRAMA PARTICIPACIÓN POLÍTICA INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA (PPI)**

La Fundación Konrad Adenauer (KAS) ha estado presente en los países andinos desde hace cuarenta años. Desde su establecimiento la KAS ha contribuido en cada uno de ellos con programas y proyectos en favor de la estabilidad y sostenibilidad del sistema político.

La Fundación promueve el desarrollo de una cultura política orientada al diálogo permanente, para la construcción de una relación de confianza entre fuerzas de la sociedad e instituciones políticas.

A fines de 2005, como contribución a las políticas de desarrollo en América Latina, se crea en la KAS el Programa Regional “Participación Política Indígena en América Latina” (PPI). La sede del programa se encuentra en Quito, Ecuador.

El programa está orientado a fortalecer la participación de la población indígena en los procesos democráticos –de corto, mediano y largo plazo–, a través de la capacitación y formación política integral. Los aspectos generales que motivaron el establecimiento del PPI en la región son tres:

- La creciente participación de la población indígena en los procesos políticos de sus países.
- La falta de conocimiento e información de los pueblos indígenas sobre las herramientas adecuadas para incidir en lo político y así representar los intereses del común de sus pueblos.
- La necesidad de implementar nuevas formas de capacitación y formación de los ciudadanos del conglomerado indígena que estén interesados en la participación política y en el reconocimiento de los derechos colectivos, en un marco de derecho general que sustente a la sociedad y a la democracia.

### **Propósitos**

Para el PPI es trascendental fortalecer la participación de los pueblos indígenas y campesinos en los procesos políticos de los países de la Región Andina.

El PPI tiene como propósito principal la promoción de procesos de capacitación y formación, con énfasis en el conocimiento y la utilización de las herramientas políticas y administrativas que faciliten un ejercicio transparente de la gestión pública y la participación democrática.

Igualmente, el Programa busca impulsar la conformación de espacios democráticos, con principios filosóficos que faculten un ejercicio político organizado y que contribuya al fortalecimiento de un sistema político representativo, en el cual las voluntades políticas constituyan las vías de acuerdo político entre los distintos grupos sociales.

## **Características de la capacitación**

Los proyectos de capacitación del PPI cubren tres ámbitos: gestión, currículo y producción de materiales didácticos. La *gestión* define la misión, visión, valores y principios pedagógicos, perfiles de entrada y salida de los beneficiarios. El *currículo* establece el plan de formación, compuesto por una malla curricular conformada por los tres ejes del aprendizaje –conocimiento, destrezas, actitudes/valores– y recoge los principios pedagógicos generales de la capacitación, así como las competencias que se van a potenciar. A su turno, la *producción de materiales didácticos* fortalece y apoya el proceso de formación política de los estudiantes.

El programa de formación y capacitación se desarrolla en dos años. Durante este período la matriz curricular se distribuye de manera compleja y complementaria, con lo cual se da lugar a que los estudiantes tengan un proceso de formación secuenciado.

Para la realización y éxito del PPI contamos con la cooperación de instituciones con experiencia en el campo formativo. Con la ayuda de gobiernos locales –prefecturas y municipalidades– se establecen lazos de compromiso y trabajo conjunto en favor de los beneficiarios del Programa, quienes podrían vincularse como recursos humanos capacitados al desempeño responsable de las funciones públicas y/o políticas.

### **Director del programa**

Dr. Berthold Weig  
Representante en el Ecuador

### **Coordinación regional**

Guadalupe Soasti

### **Fundación Konrad Adenauer**

Av. República de El Salvador 361 y Moscú.

Edif. Aseguradora del Sur, piso 7,

Quito, Ecuador

PBX: (593 2) 2269763

Fax: (593 2) 2242438

Email: [Info.kasppi@kas.de](mailto:Info.kasppi@kas.de)

[http://www.kas.de/proj/home/home/54/4/about\\_us-1/index.html](http://www.kas.de/proj/home/home/54/4/about_us-1/index.html)

## ÍNDICE TEMÁTICO

### A

Abia-Yala, 203  
Acta conciliatoria, 110  
Acta, Valor del, 106  
Acuerdos de San Andrés Larraínzar, 88  
Acumulación de capital simbólico o material, 52, 54  
Administración de justicia y leyes comarcales en Panamá, 211  
Agrario, Concepto de lo, 46  
Allanamiento por un saila, 231  
Anomia, 18, 168  
Arrepentimiento, Valor del, 161, 163, 169, 173, 176, 277  
Asamblea indígena, Decisiones de, 272, 278  
Asuntos de menor cuantía, 37  
Audiencia, etapa del procedimiento, 108  
Audiencia conciliatoria, 91, 98  
Autoridades tradicionales mayas, 153, 155, 157  
Autoridades tradicionales, Panamá, 212

### B

Bien jurídico, Principio del, 264

### C

Caducidad de posesión de tierras, 244  
Campo, Concepto de, 30  
Campo de competencia, 54  
Campo de poder, 52, 56  
Campo jurídico, 30  
Campo social semiautónomo, 42, 77  
Capacitación a funcionarios judiciales en jurisdicción indígena, 233  
Carácter reparador del derecho maya, 167, 173  
Cárcel, Efectos sobre indígenas, 182  
Cargos, Sistema de, 40, 44  
Casación, 181  
Caso Arco Oriente-Pueblo Shuar, 59  
Caso Comunidad de La Cocha, 57  
Caso Chico, Guatemala, 151  
Caso Chogaly, Panamá, 226  
Caso Homicidio Olimpo Liz, 269  
Caso Juzgado de Paz de Zinacantán, 92

Caso paez, Francisco Gembuel, 123  
Caso paez, Vitelio Velasco, 124, 140  
Caso Pueblo Saramaka vs. Suriname, 251  
Caso Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 242  
Caso wayú, Empresa de carbón, 125, 146  
Castigo, Sentido del, 129, 172  
Castigos indígenas, 134, 160, 173, 179  
Ciudadanía-nacionalidad, 52, 62, 65, 67  
Colectivo, Sujeto, 127, 128  
Colonialismo, 53, 64  
Comarca Emberá-Wounaan, 215  
Comarca Kuna de Madungandi, 217  
Comarca Kuna de Wargandi, 220  
Comarca Ngöbe-Buglé, 218  
Comarcas indígenas en Panamá, 204 y ss.  
Competencia de autoridades tradicionales, Panamá, 223, 224  
Comunalidad, 19, 35, 39, 41  
Conciliación, 87, 108, 112, 114  
Confesión, Valor de la, 169, 277  
Conflicto de justicias, 37, 51, 56, 164, 167, 170, 177, 212, 233, 261  
Conflicto, Concepción del, 22, 87  
Consolidación de autoridad indígena, 154, 156, 158  
Constitución colombiana de 1991, Impacto de la, 120  
Constitucionalismo, Nueva ola de, 187  
Consulta y consentimiento (en planes de desarrollo), 255  
Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 240  
Convenio 169 OIT, 51, 55, 59, 60, 170, 175, 177, 178  
Convenio 107 OIT, 222  
Coordinación entre derechos, 12, 29, 34, 39, 44, 47, 77, 80, 81, 153, 165, 212, 232  
Coordinadores libro, 295  
Corte Constitucional colombiana, 25, 138, 180, 265, 266, 280  
Corte Constitucional plurinacional, 66  
Corte Interamericana de Derechos Humanos (CADH). Jurisprudencia, 239  
Cosmogonía, 96, 99

Cosmogonía del espacio judicial, 92  
Cosmovisión, 25, 203  
Criterios reforma a la justicia, 72, 81 y ss.  
Cultura, normas y procedimientos, 122, 125, 126, 128

## D

Dar, Sentido del, 140  
Debido proceso, 130, 273  
Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas, 228  
Defensoría K'iche', 153, 158  
Derecho (noción de), 43  
Derecho a la defensa, 132, 273  
Derecho al intérprete, 225  
Derecho, Fuentes del, 87  
Derecho indígena y principio jurídico de la comunalidad, 41  
Derecho internacional, 12  
Derecho maya, 161  
Derecho moderno, Imperfecciones del, 87  
Derecho no escrito, 224  
Derecho propio, 23, 29, 37, 44, 47, 121, 127, 147  
Derecho propio, Limitaciones, 179  
Derechos de pueblos indígenas, Reconocimiento de, 11, 12, 15, 16, 30, 51, 61  
Derechos humanos vs. jurisdicción indígena, 262  
Derechos indígenas, Panamá, 210, 221  
Derechos, Núcleo duro, 171, 263  
Deslegitimación de justicia indígena, 56, 58, 61, 65  
Diálogo y concertación entre actores (no tribunales), 268  
Discriminación y racismo, 162  
Diversidad cultural, 187  
Drogas, Sanción indígena en Panamá por delitos con, 230  
Dualismo, 18

## E

Encarcelamiento, Valor del, 37  
Estado-Nación, 62  
Estructura constitucional, 52  
Etnia, Concepto de, 64  
Etnolingüístico, Grupo, Concepto de, 46  
Etnocéntrica, Visión, 31  
Expulsión, 37, 38, 179

## F

Falta de reconocimiento de justicia indígena, 16, 52, 57, 59, 61  
Formas de hacer justicia en comunidades indígenas, 21, 40  
Fundamentalismo estatal, 55

## G

Gestos y ritos en audiencias, 102  
Globalización y localización, 53, 73

## H

Hábitus, 20, 52, 58, 61, 64  
Hegemonía estatal, 51  
Hermenéutica intercultural, 188, 200  
Hermes, Juez, 188, 200

## I

Identidad, Peritaje de, 191  
Impunidad en Guatemala, 157  
"Incapacidad" indígena de juzgar, 282  
Inclusión de leyes indígenas en Constitución, 204  
Inclusión-exclusión, 67, 74  
Incumplimiento Convenio 169 OIT, 51, 55, 56, 60  
Interacciones en audiencia, 100  
Interculturalidad, 148, 200  
Interlegalidad, 22, 24, 32, 35  
Interpretación de jueces, 24

## J

Júpiter, Juez, 187  
Jurídicos, Comparación de sistemas, 40, 193  
Jurisdicción especial indígena, 55, 148  
Jurisdicción Especial Indígena, Colombia, 261  
Jurisdicción indígena, 24, 47, 203  
Jurisdicción indígena: competencia y territorialidad, 45  
Jurisprudencia sobre casos indígenas, Panamá, 226  
Jurisprudencia, Valor de la, 183  
Justicia comunal, 21, 85  
Justicia de paz, 78  
Justicia indígena, Deslegitimación de, 56, 58, 61, 65, 122  
Justicia plural, 187, 200

- Justicia tradicional, 216  
 Justicia y derecho en dinámicas locales, 39, 78  
 Justiciabilidad, 43  
 Justo/injusto, Criterios de análisis de, 197  
 Juzgados de Paz y Conciliación Indígena, 88, 89, 109
- K**  
 Kuna Yala, Comarca de, 211
- L**  
 Ley 38 de 2001, Panamá, 220  
 Ley Fundamental y Estatuto de la Comarca Kuna Yala, 213  
 Libre autodeterminación de pueblos, 15  
 Límites de injerencia de Estado en derecho indígena, 20  
 Límites vs. limitaciones jurídicas, 262  
 Linchamientos, 153, 158, 162, 168
- M**  
 Malentendido, Valor del, 95  
 Medios masivos de comunicación, Papel de los, 160, 174  
*Memoria del Silencio* y justicia, 156  
 Menoscabo de derechos indígenas por decisiones Corte Constitucional colombiana, 269  
 Monopolio del poder de juzgar, 52, 54, 55, 56, 59, 65  
 Municipal vs. agrario, 46
- N**  
 Nación, Concepto de, 62  
 Nación vs. naciones indígenas, 207  
 Neocolonialismo, 53  
 Niveles de pobreza y exclusión, 74, 75  
*Non bis in ídem*, 23, 57  
 Normas, instituciones y procedimientos de justicia comunitaria, 85, 119  
 Núcleo duro de derechos, 171, 263  
 Nuevo Código Procesal Penal, Panamá, 213, 222
- O**  
 Operadores de justicia estatales, Responsabilidad de, 12, 66  
 Órdenes de justicia indígenas, 55  
 Órgano judicial, 43
- P**  
 Pacto de Estado por la Justicia, Panamá, 222  
 Palabras comunes, 98  
 Palabras marginales, 98  
 Palabras puras, 98  
 Panameña, Legislación, 24, 203  
 Papel de los medios masivos de comunicación, 160, 174  
 Papel ONG, 154  
 Perdón, Valor de pedir, 93, 102, 114  
 Periciales antropológicas, 188  
 Peritaje cultural, 189  
 Peritaje cultural, Necesidad de, 228  
 Peritaje jurídico antropológico, 17  
 Peritaje jurídico-antropológico, 23, 192, 189  
 Peritaje, Críticas al, 200  
 Peritaje, Errores del, 190, 191  
 Peritaje, Finalidad del, 198  
 Peritaje, Naturaleza jurídica del, 198  
 Peritaje, Valor del, 197  
 Peritaje, Valor judicial del, 199  
 Peritos no diplomados, 226  
 Pluralismo en el Perú, 75  
 Pluralismo jurídico, 16, 20, 31, 32, 33, 34, 35, 53, 66, 75, 76, 137, 148  
 Pluralismo jurídico de tipo igualitario, 137  
 Pluralismo jurídico formal, 52, 66  
 Pluralismo jurídico y derecho indígena, 31  
 Pluralismo jurídico y justicia, 183  
 Pluralismo jurídico: campo de competencia de órdenes normativos, 53  
 Pluralismo sociocultural, 16  
 Pluriétnicidad, 62  
 Pluriculturalidad, 62, 66  
 Policéntrica del derecho, Perspectiva, 30, 33, 76  
 Posesión de las tierras, 247, 256  
 Positivismo jurídico, 31  
 Positivista, Tradición jurídica, 18  
 Posmodernismo, 200  
 Principios del procedimiento de un juicio, 106  
 Principios generales del derecho en una comunidad, 35, 36, 43  
 Principios generales del derecho indígena, 29, 40, 41, 119  
 Prisión, Sentido de la, 37, 172  
 Procesos coloniales de dominación, 54, 64

- Procesos históricos, Importancia de, 47  
Procesos locales de justicia, 21, 76, 79, 81 y ss.  
Procesos para restablecer el equilibrio dentro de comunidad, 128  
Programa Participación Política Indígena en América Latina (PPI), 289  
Programa Estado de Derecho, Ver solapas de la Portada.  
Propiedad comunal indígena vs. propiedad privada e intereses estatales, 239  
Propiedad de los recursos naturales, 252  
Propiedad privada y propiedad colectiva, Conflictos de, 240, 257  
Propiedad, Derecho a la, 240, 257  
Proporcionalidad, Juicio de, 246, 253
- R**  
Reconocimiento de derechos de pueblos indígenas, 11, 12, 15, 16, 30, 51, 52, 61  
Reformas a la justicia, 72, 157  
Regulación jurídica plural, 71  
Resolución de conflictos, 122  
Reparador del derecho maya, Carácter, 167, 173  
Retoma de instituciones y discursos, 30  
Revolución Dule o Kuna, 208  
Rezago de aplicación de normas, 15  
Ritual jurídico, 91, 95, 96, 98  
Robo conocimiento indígena, Delito, 222
- S**  
Sanciones indígenas y proporciones, 134  
Saramaka vs. Suriname, Caso Pueblo, 239, 251  
Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Caso Comunidad indígena de, 239, 242  
Servicios y colaboraciones como obligaciones, 142  
Sistema de cargos, 40, 44  
Sistema normativo interno, Elementos del, 194  
Sistemas clasificatorios, 140  
Sistemas jurídicos indígenas, Pervivencia de, 17  
Sistemas normativos indígenas, 11, 29, 41, 44, 187  
Sistemas tradicionales de organización, Vacío de, 154
- Sociedad de derechos, 187  
Solución de conflictos, 90, 96  
Subordinación de estructuras indígenas, 20, 66  
Sujeto colectivo, 127, 128
- T**  
Territorialidad, 45, 46  
Territorio, 45  
Tierra, Concepto de, 19, 25, 45  
Tipos de sanciones y sus proporciones, 134  
Trabajo comunitario como sanción, 215
- V**  
Vacío de sistemas tradicionales de organización, 154  
Valoración de conductas como delitos, 34  
Ventaja, Carencia de, 144  
Verdad, Valor de la, 169  
Violencia, Obligación del colectivo de evitarla, 135  
Visión paez del castigo, Colombia, 276  
Visión del derecho indígena, 40
- W**  
Wayú, Caso, 125, 146

## LOS COORDINADORES

### **Rudolf Huber**

Licenciado en Derecho por la Universidad de Friburgo y el Estado federal de Baden-Württemberg, Alemania (primer examen de Estado). Segundo examen de Derecho (examen de juez) en el Estado federal de Renania del Norte - Westfalia, Alemania. Investigación sobre la situación de los derechos humanos en Mozambique. Estancia corta de estudio y asesoría jurídica en un proyecto sobre la reforma de la justicia penal de la Agencia de Cooperación Técnica Alemana (GTZ) en La Paz, Bolivia. Abogado litigante en el bufete Gómez-Acebo & Pombo, Madrid. Desde 2003, director del Programa Estado de Derecho para México, Colombia y Centroamérica de la Fundación Konrad Adenauer.

### **Juan Carlos Martínez**

Doctor en Antropología Social por el CIESAS y licenciado en Derecho por la UNAM. Tiene estudios de maestría en Estudios Latinoamericanos por el Instituto Pedro de Córdoba de Santiago de Chile y ha realizado estancias de investigación en la Universidad de California en San Diego y en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica en Oñate, España. Se ha desempeñado como abogado y capacitador de derechos humanos en los centros Fray Francisco de Vitoria, Miguel Agustín Pro y Fray Bartolomé de las Casas, en Chiapas; también ha sido asesor de organizaciones y comunidades indígenas en los estados de Hidalgo, Chiapas y Oaxaca, así como consultor de la Red Oaxaqueña de Derechos Humanos, la Fundación Konrad Adenauer en Perú, el Centro de Investigaciones Regionales sobre Mesoamérica (CIRMA) en Guatemala, la Oficina de Enlace con los Pueblos Indígenas del Ministerio de Cultura de Venezuela y la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México. Actualmente es coordinador del área de Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana en Fundar, Centro de Análisis e Investigación, México.

### **Cécile Lachenal**

Doctora en Derecho Público por la Universidad de la Sorbona Nueva (París). Maestría en Estudios Latinoamericanos en el Instituto de Altos Estudios de América Latina (París). Ha colaborado en numerosas estancias de investigación como doctorante en el CIESAS, en Oaxaca. Consultora para el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el proyecto de acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en Oaxaca. Actualmente trabaja en el área de Derechos Humanos y Seguridad Ciudadana, en Fundar, Centro de Análisis e Investigación, México.

### **Rósembert Ariza**

Abogado. Candidato a doctor en Sociología Jurídica. Docente investigador en las líneas sociojurídica y de antropología jurídica. Especialista en justicia comunitaria y Jurisdicciones Especiales indígena y de paz. Experiencia en Resolución de conflictos y Administración de justicia. Evaluador de proyectos, par y consultor nacional e internacional.