

Introducción

El presente Manual busca ofrecer a operadores de justicia, claves de interpretación jurídica, que faciliten el funcionamiento de las instituciones de justicia de manera compatible con la noción del Estado de Derecho, en sociedades multiétnicas, pluriculturales y multilingües. Durante las últimas dos décadas los países de América Latina han producido reformas constitucionales y han ratificado tratados y convenios internacionales, que implican una revisión profunda de sus sistemas jurídicos nacionales. Estos cambios implican también, la revisión de su historia y la aceptación del inocultable hecho de que son heterogéneos y plurales. En ellos coexisten culturas que se fundan en valores y principios que nos enriquecen como sociedades y nos retan a construir instituciones afines a esa diversidad.

Asumiendo esta perspectiva socio-cultural y una posición crítica frente a la configuración y el funcionamiento de las instituciones jurídicas existentes, el *Grupo por el Pluralismo Jurídico en América Latina* (PRUJULA), auspiciado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, ha dedicado los últimos años a promover una mayor reflexión sobre la aplicación del pluralismo jurídico entre los tribunales del América Latina; convencidos de que el Poder Judicial tiene un importantísimo papel en las transformaciones esperadas a partir de dos décadas de reconocimiento de derechos a los pueblos indígenas.

Este grupo está conformado por especialistas de diferentes disciplinas: juristas, antropólogos y filósofos del derecho, con amplia experiencia de trabajo en investigación, litigio y promoción de derechos en las regiones indígenas del Continente.

Desde su conformación ha desarrollado interpretaciones y metodologías de trabajo jurídico, que permiten pasar de los buenos deseos a la realización de derechos reconocidos ante los tribunales, algunos de los cuales son presentados en este instrumento de trabajo. Para los miembros de PRUJULA también ha sido un privilegio y una oportunidad de reflexión, los cursos y talleres que se han impartido a jueces y magistrados de diversos países del Continente. Sus dudas, debates, aportes, y contra-argumentos, son ya parte de este manual.

Aunque las presentes reflexiones pueden ser aplicadas en cualquier contexto judicial latinoamericano, los enfoques legales y las realidades planteadas parten del contexto de países con una fuerte presencia indígena: México, Guatemala, Ecuador, Perú, Bolivia, y países en donde la presencia indígena ha tenido un notable impacto jurídico: Panamá y Colombia.

Los miembros de PRUJULA entendemos por Estado de Derecho, aquel en el cual las instituciones, órganos y autoridades que lo constituyen, reconocen, aceptan y respetan los marcos legales que lo regulan, pero también que los marcos legales están aterrizados y son viables en los contextos nacionales y sub-nacionales¹ específicos. Para que el Derecho tenga la capacidad de regir la vida de una sociedad, además de vigente, debe ser eficaz, y no puede haber Derecho eficaz si no está enraizado en las culturas y formas de vida de la gente que se somete a su imperio. En este modelo toda acción, tanto de parte de la administración estatal como del conjunto de la sociedad, esta encuadrada en el marco definido por normas.

La experiencia en los últimos veinte años de reconocimiento legal de la justicia indígena en América Latina, particularmente a partir de la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha permitido que se conozca más sobre la práctica del derecho indígena, se valoren sus aciertos y se detecten sus deficiencias. Lo propio ha ocurrido respecto de la justicia formal, que a partir de la apertura de los Estados al aceptar una quiebra en el monopolio de la justicia, se ha producido una apertura para permitir un incremento de la participación ciudadana y comunitaria; se ha logrado que su práctica se desprofesionalice, buscando hacerla cercana a la gente y con ello se haga más pública y transparente. Estos nuevos modelos de justicia deben ser objeto de mayor escrutinio para así detectar sus oportunidades, deficiencias y omisiones.

El momento actual es de mayor circulación de información en todas las direcciones, tanto desde el Estado que puede percibir mejor las virtudes de la institucionalidad indígena, como los pueblos indígenas pueden comprender mejor el papel de los DDHH como parámetros definitivos de convivencia en el mundo contemporáneo. En algunas legislaciones se visualiza este sistema como una forma alternativa de justicia, mientras que en otros se reconoce como una expresión de la función pública y su carácter de corresponsabilidad con la justicia estatal. De la misma forma que expone sus debilidades, especialmente aquellas relacionadas

¹ Entendemos que en los distintos países de América Latina los conceptos *etnia*, *pueblo*, *Estado*, *nación*, *nacionalidad*, *multiculturalismo*, *interculturalidad*, *idioma*, *lengua* y *dialecto* son usados de manera distinta y cada uno tiene cargas semánticas e históricas que varían. En todos los casos, los conceptos aquí usados no tienen ninguna carga peyorativa, ni discriminatoria, pero quizá en algunos casos tampoco llevan la fuerza reivindicativa que les han dado algunos movimientos indígenas nacionales.

con elementos de los que conocemos como debido proceso y algunos métodos de castigo que pueden entrar en conflicto con los DDHH.

Esta situación es ventajosa tanto en dirección al fortalecimiento y la consolidación del Estado de Derecho, como a la práctica de la justicia indígena, que facilita a las autoridades y pueblos indígenas el acceso a estándares del derecho internacional y a las garantías que el derecho moderno ha generado y que son consideradas como patrimonio de la humanidad, y que pueden aportar al mejoramiento de la práctica de su propia justicia.

El Estado de Derecho deviene de aportes teóricos de Kant y junto con el principio de legalidad y el debido proceso, en la modernidad tienen su origen práctico en la revolución francesa. Estos principios surgen con el fin de garantizar y proteger el fuero ciudadano a través de un mínimo de garantías que facilite una recta aplicación de la justicia. Se aplica el principio de que todo ser humano frente a la justicia, goza de un mínimo de garantías que le posibiliten el acceso a un proceso previsible.

Lo que buscan estos principios, en síntesis, es limitar al Estado, que por su tamaño, complejidad y poder, se obliga a la existencia de normas y procedimientos que impidan y limiten posibles excesos u omisiones, que dañen al ciudadano considerado tanto individual como colectivamente. Con estos principios se establece la doble función de proteger los derechos, en forma individual o colectiva, tanto por parte del Estado que se ha obligado a hacerlo, como por parte del ciudadano y las comunidades a exigirlo y demandarlo, utilizando para ello las reglas del mismo Estado. Esta dinámica define precisamente al Estado de Derecho y es esencial para consolidar y mantener su legitimidad.

Lo descrito respecto al individuo frente al Estado, en un contexto más pequeño, el de las comunidades y los tribunales indígenas, da lugar a una práctica de relaciones más horizontales. La justicia comunitaria ha demostrado ser más accesible porque al ser pequeñas y manejables, sus instituciones son cercanas a las personas y es más fácil el consenso sobre los procedimientos y los resultados esperados. Pero sobretodo por que al hablar el Juez el mismo idioma y compartir valores y cultura, el acceso a la justicia esta mejor garantizado.

Algo que corroboran prácticamente todos los estudios sobre el tema de las prácticas propias de la justicia indígena, es que ésta se da en contextos lingüísticos y culturales que permiten procesos más abiertos, donde toda la comunidad tiene la opción de participar si lo desea. El hecho que estas formas de justicia tengan menos formalismos y hagan innecesaria la existencia de abogados, genera una mayor horizontalidad que facilita el equilibrio en la relación entre el tribunal y los sujetos indígenas.

Pero esto no siempre es así, y de hecho, en la práctica de la justicia indígena, también se presentan omisiones, abusos y excesos que reclaman el establecimiento

de mecanismos de coordinación con el Estado. Esta coordinación implica la subsistencia de sistemas legales indígenas dentro de un marco de respeto a la dignidad y DDHH, de manera que confluyan voces y miradas de esa diversidad que ahora es reconocida constitucionalmente.

En nuestro continente han existido básicamente dos posiciones respecto al desarrollo de mecanismos de coordinación entre sistemas de justicia: una que opta por el desarrollo legislativo, como la ley de deslinde que aprobó el Congreso de Bolivia en diciembre del 2010 y que ha generado una intensa polémica por la excesiva limitación a la justicia indígena, y otra por medio del resoluciones judiciales, como ha sido típicamente el caso colombiano. Esta experiencia ha mostrado las amplias posibilidades de esta vía, la justicia del caso concreto, donde las resoluciones y sentencias que se han producido, a menudo con el auxilio de peritajes culturales o antropológicos, han ido produciendo jurisprudencia y doctrina que constituyen un marco de coordinación, adecuado a las complejidades de la realidad. Colombia cuenta con una modalidad de pluralismo jurídico perfectible, pero que a la fecha ha posibilitado la existencia y coordinación de los diferentes sistemas de justicia, y que ha marcado un nuevo paradigma de pluralismo jurídico, con efectos trascendentes no sólo para la región, sino a un nivel más global.

Con los graves problemas de acceso a la justicia, impunidad, sobrecarga de los despachos judiciales, presos sin condena, un sistema penitenciario que genera más problemas que los que resuelve etc., los Estados deben aprovechar los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, para conformar una gobernabilidad democrática que tanto se echa de menos en nuestros países.

• • •

Este manual pretende contribuir al fortalecimiento del diálogo entre los diferentes sistemas de justicia. Estamos convencidos que es en la práctica de la coordinación, como mejor se interiorizan las bondades del actual marco que norma el modelo del Estado multiétnico, pluricultural y multilingüe. No es tanto la aprobación de leyes lo que cambia la sociedad y el Estado, como la apropiación y el empoderamiento de los derechos, que generan la emergencia de un nuevo tipo de subjetividad.

El manual plantea tres casos tipo, que se basan en realidades experimentadas con frecuencia en nuestros países y ponen en juego principios constitucionales arraigados en el pensamiento del jurista, así como las nuevas normas —principios constitucionales también— que reconocen derechos indígenas. Los casos intentan desafiar los planteamientos del monismo jurídico, e invitan a jueces y litigantes a mirar con ojos —y normas— nuevos temas, que *a priori*, están resueltos en su concepción jurídica tradicional. A partir de estos casos intentamos hacer un análisis sistemático de las posibilidades de interpretación que un juez puede tener frente a

los mismos. En atención a la diversidad de normas y sistemas jurídicos, estatales e indígenas, de cada país latinoamericano, las consideraciones son generales, nunca dogmáticas y en el mismo texto se ofrecen algunas variantes que pueden enriquecer el ejercicio.

Los casos plantean dos hechos de tipo penal con una serie de elementos que ponen en juego no sólo los bienes jurídicamente tutelados a los individuos y a la sociedad, sino también principios constitucionales como el reconocimiento del multiculturalismo, los derechos colectivos de los pueblos indígenas, el debido proceso y la seguridad jurídica, que como veremos, pensados en clave intercultural, ponen al juez en la obligación de ponderar e interpretar las normas que aplicará al caso concreto.

En un sentido similar el tercer caso coloca al juzgador en el dilema de resolver una violación a la libertad de culto, frente a una violación a la autonomía indígena reconocida por las constituciones y los tratados internacionales que regulan la materia.

Después de leer los casos que ponemos a su consideración, el lector encontrará un capítulo por cada tema controvertido que plantea el caso, en donde se desarrolla la problemática de interpretación jurídica que sitúa el mismo, a la luz del pluralismo jurídico, y se ofrecen una o varias alternativas, siempre apegadas a los marcos normativos vigentes.

Así, el primer capítulo desarrolla el análisis de la jurisdicción, ¿quién está facultado para conocer qué asuntos bajo el prisma del pluralismo jurídico?, ¿cómo se deslindan competencias?, ¿cómo se coordinan los tribunales estatales frente a las instituciones indígenas?. Este apartado nos muestra los desafíos de los juzgadores del Estado para comprender los nuevos parámetros del pluralismo jurídico, y reflexiona sobre algunas salidas novedosas para asignar la resolución de conflictos a las distintas autoridades reconocidas constitucionalmente para este fin.

El segundo capítulo versa sobre el derecho aplicable ¿cómo aplicar la jerarquía normativa, el bloque constitucional, los tratados internacionales y la legislación reglamentaria o secundaria en cada caso planteado?. El capítulo ofrece al lector una ponderación de las distintas normas que se ponen en juego al presentarse casos en contextos multiculturales, y nos ofrece una perspectiva en que las resoluciones pioneras de la Corte Constitucional Colombiana, han trazado nuevos paradigmas de abordaje jurídico a dichos casos.

El tercer capítulo hace referencia a las dificultades de los indígenas para acceder a la justicia, los desafíos de la justicia ordinaria para incorporar las medidas recomendadas a nivel internacional, que permitan la inclusión de los pueblos a las instituciones de procuración y administración de justicia. Así mismo se reflexiona sobre los retos de la justicia indígena para incorporar a sus propios grupos excluidos. El capítulo sobre debido proceso parte de casos muy concretos para introducirnos

en los dilemas de lo admisible y no admisible en la impartición de justicia por parte de las autoridades indígenas, lo precario de las instituciones estatales frente a los desafíos que presenta la realidad de nuestros países, y las nuevas interpretaciones pluralistas e interculturales con que las instituciones estatales pueden acercarse a la realidad sin alejarse de sus marcos jurídicos.

El último capítulo nos permite reflexionar sobre las teorías de la pena y sus diferentes aproximaciones desde la filosofía del derecho, para ofrecernos interpretaciones válidas sobre los fines de la pena en el derecho indígena y comprensión en aras de implementar el pluralismo jurídico. En el apartado se reflexiona también sobre los límites que imponen los DDHH y las claves para un diálogo intercultural entre los distintos sistemas jurídicos.

A lo largo del manual se ofrecen referencias y lecturas recomendadas para el lector que busque profundizar en el tema. En el desarrollo del manual los administradores de justicia y abogados litigantes, encontrarán que aún existen más preguntas que respuestas en relación a este tema, pero notarán la urgencia de dar nuevas respuestas a viejas realidades y encontrarán salidas novedosas y desafiantes al pensamiento jurídico tradicional.