

“CRITERIOS Y PAUTAS PARA LA COORDINACIÓN ENTRE EL DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO ESTATAL”

Raquel Yrigoyen Fajardo (raquelyf@hotmail.com)

Tomado del capítulo IV.2. Pautas para el reconocimiento constitucional del derecho indígena y su coordinación con el derecho estatal del libro: *“Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal”* de la misma autora. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.

Los ejes para establecer pautas de coordinación entre el DI y el estatal, deben resolver, entre otros, temas como el establecimiento de criterios y reglas para definir y resolver los conflictos de competencia: 1) material, 2) territorial, 3) personal, y 4) temporal entre ambos sistemas; 5) descriminalización del derecho y la justicia indígenas; 6) mecanismos para el respeto de actos jurídicos del derecho indígena; 7) mecanismos para el respeto de decisiones jurisdiccionales de la justicia indígena; 8) remisión de casos o situaciones al derecho indígena; 9) fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales; 10) mecanismos de colaboración y apoyo entre sistemas; 11) procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por parte del derecho indígena.

1. a) **Competencia material.** Ni el Convenio 169 de la OIT ni los Acuerdos de Paz limitan el conocimiento de alguna materia al derecho y la justicia indígenas. Jurídicamente, pueden regular y conocer todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad. Es más, el Convenio 169 de la OIT especifica que se respetarán los métodos de control penal de los pueblos indígenas, por lo cual inclusive es claro que la materia penal es de conocimiento del DI. A diferencia del sistema colonial y del modelo republicano integracionista, no se limita las materias que pueda conocer el DI a casos de menor gravedad o de mínima cuantía. En síntesis, el derecho y la justicia indígenas están facultados para regular y resolver situaciones y conflictos en todo tipo de materias, sin importar la gravedad o cuantía de las mismas.
- 2.
3. b) **Competencia territorial.** El Convenio 169-OIT no especifica nada sobre la competencia territorial del derecho consuetudinario, aunque en principio se refiere a los pueblos indígenas y tiene un capítulo referido al territorio y tierras de los mismos. En los Acuerdos de Paz no hay tampoco una mención expresa, salvo la referencia a: “normas que rigen en las comunidades” (AIPDI, IV, E, 4). Cabe inferir que la competencia para la regulación del derecho indígena y para la resolución de casos por la justicia indígena es el espacio territorial en el que se ubican los pueblos y comunidades indígenas.
 4. Sin embargo, cabe anotar que puede haber situaciones jurídicas o conflictos que se producen fuera de la comunidad o pueblo indígena pero cuyos sujetos o materia son de competencia de los pueblos indígenas. En tales casos, el derecho y la justicia indígenas también podrían ser competentes para garantizar el derecho a la propia vida cultural de las personas indígenas comprometidas en la situación que se trate. Dichos casos podrían remitirse a la justicia indígena.
- 5.
6. c) **Competencia personal.** El Convenio 169 de la OIT tiene algunos artículos generales que hablan del reconocimiento del derecho consuetudinario, de las costumbres e instituciones, en los cuales no hace mención a la competencia personal (art. 8, 2). Pero en materia de represión de delitos, habla del respeto de los métodos que se aplican a los miembros de pueblos indígenas (art. 9, 1). Se puede interpretar que si bien este artículo no necesariamente limita la intervención de la justicia indígena a los miembros de los pueblos indígenas, sí garantiza que en los casos de indígenas se les aplique el derecho que ellos conocen y del cual participan. Los Acuerdos de Paz, por su parte, no establecen ningún límite específico sobre las personas que deban someterse al derecho y la justicia indígenas. Hay referencias generales sobre la comunidad y los pueblos indígenas, pero no especifican nada al respecto.
 7. Cabría interpretar que en general, las normas indígenas están destinadas a la regulación ordinaria de la vida social y la vida interna de los pueblos indígenas, sus comunidades y miembros, como parte del derecho a la propia vida cultural.
 8. Sin embargo, si alguien que no es miembro del pueblo indígena interviene en un acto con indígenas (ej. una transferencia de propiedad, el uso de recursos como bosques, aguas, etc.) sería natural que la comunidad aplique sus reglas para la regulación de tal hecho y para resolver los conflictos que se deriven del mismo, en tanto corresponda. En principio existe el derecho de ser

regulado y de ser juzgado dentro de la propia cultura y esto vale en general para todos. No obstante ello, debe considerarse que los sistemas jurídicos indígenas han sufrido un proceso de debilitamiento por su desconocimiento legal así como por la intervención del derecho estatal dentro de las comunidades, por lo cual se requiere un proceso de fortalecimiento. Por ello, si bien en principio existe el derecho de ser juzgado por el propio derecho dentro de la propia cultura, ello no sería obstáculo para que los sistemas jurídicos indígenas puedan reaccionar en defensa de sus miembros o bienes, si un tercero no-indígena realiza un hecho dañino contra personas o bienes indígenas dentro del ámbito territorial indígena. Ello permitiría no dejar vulnerables a los indígenas frente al ataque ilegal de terceros y evitar la intervención en las comunidades de aparatos estatales que históricamente han mellado la cultura y el derecho indígenas.

9. En estos casos y en toda situación en general, no obstante, los terceros no-indígenas pueden demandar que se vele por sus derechos, y tanto los hechos como el derecho deberían ser interpretados interculturalmente.

10.

11. d) **Competencia temporal.** Una vez que el derecho indígena regula, conoce o resuelve un caso de su competencia, este no puede ser sometido al derecho o la justicia estatales, pues entonces dejaría sin contenido al reconocimiento del derecho indígena.

12. Si por el contrario, una situación o caso hubiese sido visto por el derecho y la justicia estatales y luego las partes de común acuerdo quieren someterlo a su propio sistema indígena, ello sería legítimo, debido al reconocimiento legal del derecho indígena.

13. Esta situación podría presentarse también en adelante. Es decir, si las autoridades o una parte someten ante el derecho o justicia estatal un caso que correspondería al DI, y las autoridades estatales no lo remiten al DI, cualquiera de las partes o ambas pueden demandar que dicha situación o caso sea sometido al DI en cualquier estado del proceso.

14.

15. e) **Descriminalización del derecho y la justicia indígenas.** Una de las demandas más importantes y urgentes para la coordinación entre sistemas, es que el sistema de justicia estatal descriminalice o despenalice: 1) las prácticas culturales y jurídicas indígenas que considera hechos punibles o delitos (ej. formas de unión conyugal temprana, el "raptó", el uso de plantas medicinales, etc.), y 2) el ejercicio de la justicia indígena en sí mismo. La criminalización de la justicia indígena se da porque a partir de la "exclusividad de la función jurisdiccional" se entiende que las autoridades indígenas (como alcaldes auxiliares, consejos de ancianos o asambleas comunales) que toman decisiones usurpan la función jurisdiccional que sólo es de competencia del Organismo Judicial. Una de las consecuencias del reconocimiento del DI es que el ejercicio de la justicia indígena por sus propias autoridades, al ser legal, ya no configura usurpación de autoridad ni ninguna forma delictiva. Por ello se debe evitar cualquier forma de persecución o estigmatización de autoridades indígenas que administran justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos, y de los miembros de los pueblos indígenas que se someten a su propia justicia. Del mismo modo, tampoco son punibles los procedimientos, mecanismos y medidas de resolución de conflictos, así como los mecanismos coercitivos y sanciones que se den en el marco de la justicia indígena (con el límite de no violar derechos humanos, que se explicara luego). El Estado y sus agencias deben abstenerse de una intervención punitiva cuando los hechos se fundan en la cultura y prácticas jurídicas indígenas. Esto debe explicitarse en normas de desarrollo constitucional, en una ley específica de coordinación y/o en los respectivos códigos penal y procesal penal. Un caso en este sentido es el Código Penal Peruano de 1991 que despenaliza la comisión de hechos punibles cuando están basados en la cultura o costumbres (art. 15). Si hay una denuncia por presunta violación de derechos humanos esta debe investigarse y resolverse según un procedimiento específico que garantice la interculturalidad, para evitar que por la vía de la denuncia se neutralice o criminalice la justicia indígena.

16.

17. f) **Mecanismos para el respeto de actos jurídicos indígenas.** Las normas de coordinación deberían establecer mecanismos registrales para el reconocimiento legal de los **actos jurídicos** realizados dentro del derecho indígena (uniones conyugales, nombres, filiación, formas de contratos, trasposos de propiedad y otros actos), sin establecer nuevos requisitos que en la práctica signifiquen el desconocimiento de lo actuado en los pueblos indígenas. Entre ellos, mecanismos para que se coordine con las instancias registrales (civiles, de la propiedad, etc.) a fin de que los actos jurídicos realizados en los pueblos indígenas con sus procedimientos y dentro de su cultura e idioma, tengan

validez cuando interactúan fuera de sus comunidades.

18.

19. g) **Respeto de decisiones indígenas que resuelven conflictos.** El reconocimiento legal de las **decisiones** tomadas por las autoridades e instancias correspondientes dentro de la justicia indígena, exige que las normas de coordinación establezcan mecanismos para el respeto de las mismas por autoridades jurisdiccionales y otras autoridades estatales. Esto no otorga facultades a las autoridades estatales para la revisión de las mismas o requisitos para condicionar su validez, aceptación y vigencia. El mero reconocimiento del DI implica el reconocimiento de la validez *per se* de las decisiones de autoridades indígenas (alcaldes auxiliares, consejos de ancianos, asambleas comunales, etc.) cuando intervienen para administrar justicia. Esto puede implicar que autoridades estatales deban hacer o abstenerse de hacer algo, suspender actos por los cuales otorgaban derechos u obligaciones de modo distinto a las decisiones indígenas o simplemente homologar tales decisiones para que las mismas sean registradas o ejecutadas como corresponda de modo que sean oponibles incluso ante terceros de fuera de la comunidad o pueblo indígena.

20.

21. h) **Remisión de situaciones o casos a la Justicia Indígena.** Con el reconocimiento del Derecho consuetudinario, le corresponde al derecho y a la justicia indígenas la regulación y resolución de conflictos de la vida social indígena. Para el fortalecimiento de tal sistema, toca a los jueces y otras autoridades del sistema estatal remitir o devolver los casos que presenten indígenas o terceros pero que se refieran a personas o bienes indígenas respecto de casos ocurridos dentro del espacio territorial de las comunidades o pueblos indígenas. Procesalmente esto puede hacerse apenas el juez u operador jurídico se informen de las circunstancias que dan competencia al DI por las propias partes u otras fuentes verificadas. Esto supondrá el establecimiento de mecanismos de comunicación simples y directos entre autoridades estatales e indígenas que deban conocer los casos. Por esta vía se evitará también la duplicidad que pueda haber en el conocimiento de un caso o situación.

22. La remisión de casos judiciales en cualquier etapa del proceso (policial, fiscal, judicial) puede hacerse de modo inmediato por el mero reconocimiento del DI. En cambio, la remisión de oficio de situaciones jurídicas (ej. unión conyugal, filiación, traspaso de propiedad, herencias, etc.) requerirá del establecimiento de mayores coordinaciones a efecto de que el sistema estatal tenga mecanismos procesales y registrales que den seguridad a los pueblos indígenas de que las situaciones que regulan serán reconocidas por el derecho estatal ante terceros o fuera de las comunidades y pueblos indígenas.

23.

24. i) **Fortalecimiento de autoridades indígenas y pautas de relación con autoridades estatales.** El respeto y el fortalecimiento de las autoridades e instituciones indígenas se derivan del reconocimiento del derecho indígena. Ello incluye el respeto y reconocimiento de sus propios procedimientos para la constitución y designación de las mismas. Por ende, las normas de coordinación no pueden incluir mecanismos de inscripción, acreditación o registro que condicionen la designación, legitimidad o vigencia de las instituciones o autoridades indígenas. La ley debe establecer determinados canales de diálogo con autoridades indígenas, con base en una consulta previa a los pueblos indígenas sobre el particular; pero no puede obligar al registro, carnetización o listado de todas las autoridades indígenas (dados los temores históricamente fundados que tienen respecto de posibles actos represivos). También en consulta y con participación de los pueblos indígenas la ley debería establecer algunos mecanismos para el fortalecimiento de las autoridades indígenas así como de las instancias de decisión que tienen un carácter consensual y participativo (asambleas, cabildos, etc.).

25.

26. j) **Formas de coordinación operativa y colaboración entre sistemas** En consulta con los pueblos indígenas y con base en un diálogo intercultural e intersectorial, debe establecerse mecanismos y formas de **coordinación**, cooperación, colaboración entre autoridades indígenas y estatales, bajo los criterios de mutuo respeto, diálogo, y sin buscar subordinar a las autoridades indígenas como meros auxiliares de la justicia estatal y sin sueldo. Actualmente muchos conflictos entre asociaciones de alcaldes auxiliares y fiscales u otras autoridades estatales, se presentan por el tema de las notificaciones. Las oficinas del Estado no destinan recursos para las notificaciones y las encargan a los alcaldes de modo gratuito. Esto recarga enormemente las tareas de los alcaldes, quienes ya cumplen otras labores de servicio a la comunidad y deben además caminar muchas horas para

notificar a los pobladores, con el riesgo de que las personas no quieran recibir las notificaciones (porque ordenan su detención o presentación ante juzgados o fiscalía), o las reciban tarde. Los alcaldes son responsabilizados por la falta de entrega o la entrega tardía. Algunos alcaldes han intentado cobrar a los notificados para compensar el tiempo que pierden con esta tarea, como se hace con el correo ordinario, pero por supuesto casi nunca los notificados quieren pagar. En varios departamentos este es un problema que ha llevado a denuncias por parte de los fiscales contra los alcaldes, por omisión de funciones, obstrucción de la justicia y otros delitos. De su parte, las asociaciones de alcaldes ven al Estado como un ente que los carga de obligaciones pero no de derechos y que además les crea conflictos con su propia población. En algunos lugares la Policía ordena a los alcaldes auxiliares detener y llevar a las personas ante su despacho, o ejecutar otras órdenes, lo cual acarrea problemas de relación entre alcaldes y vecinos, e incluso puede implicar riesgos en términos de seguridad para las autoridades indígenas. Estos problemas, que tensan a autoridades estatales e indígenas deberían de terminar con el establecimiento de mecanismos de diálogo, coordinación y respeto a las autoridades indígenas. Estos criterios también deben ser la base para el establecimiento de las formas de colaboración y apoyo entre sistemas.

27.

28. k) **Procedimientos para resolver denuncias por presunta violación de derechos humanos por el derecho consuetudinario.** El Convenio 169 de la OIT indica que deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos (art. 8,2). El Convenio no especifica qué tipo de procedimiento debe seguirse, si se debe crear un órgano específico para ello o dotarse de tal función a órganos existentes (en Colombia lo hace la Corte Constitucional). El procedimiento que fuese, debe garantizar la *comprensión intercultural* de los hechos y *interpretación intercultural* de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural de los mismos. El respeto de la diversidad cultural supone que no puede ser una sola orientación cultural la que defina cuándo se produce o no una vulneración de derechos humanos y qué solución darle. Para garantizar la interpretación intercultural de los hechos y el derecho, se podría conformar "jurados escabinados" o tribunales mixtos, integrados por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión, a fin de que se permita entender los hechos dentro de su contexto cultural y resolver de acuerdo a la equidad. Si no se tiene en cuenta la diversidad cultural, podría darse casos absurdos que en vez de proteger a las personas las pudiesen victimizar más. A veces en los pueblos indígenas se resuelven casos con trabajo comunitario, sanción física y moral y/o la mantención de las víctimas por parte del agresor. Si el mismo caso pasase a los tribunales estatales tal vez la pena sería más gravosa para el autor y menos beneficiosa para las víctimas."

29.

30. l) **Otras demandas de coordinación y adecuación.** Debe reformarse varios cuerpos legales (código penal, procesal penal, civil, municipal, leyes registrales, etc.) para ordenar la introducción de normas que expliciten los contenidos arriba mencionados.

31. 1. Retos Pendientes

32.

33. a) **La apropiación de los Acuerdos de Paz y el Convenio 169, a fin de promover los cambios normativos e institucionales pendientes.**

34.

35. El Convenio 169 de la OIT está vigente desde junio de 1997, sin embargo está pendiente: 1) la difusión adecuada del mismo a fin de que sea suficientemente conocido por la población en general y los pueblos indígenas en particular, 2) la adecuación de la legislación interna a dicho Convenio, 3) la implementación institucional de los derechos que otorga a pueblos indígenas.

36.

37. En el caso de los Acuerdos de Paz y las recomendaciones de las comisiones derivadas de los mismos, también falta una mayor difusión y su apropiación por la sociedad civil en su conjunto. Con la consulta popular sobre las reformas constitucionales efectuada el 16 de mayo de 1999, se ha mostrado que la mayor parte de la población aparece ajena al proceso con un 80% de abstencionismo. Entre los votantes, ganó el "No" con casi dos tercios del electorado. El "Sí" se dio sobre todo en el altiplano y departamentos con mayoría de población indígena. El alto abstencionismo refleja la necesidad de una colosal tarea de información y participación ciudadana. De su parte, el rechazo de la mayoría de

votantes a las reformas, no se puede interpretar mecánicamente como un rechazo al proceso de Paz o a los Acuerdos mismos, que conservan su carácter de compromiso político. Los argumentos esgrimidos públicamente por el No, igualmente reflejan la desinformación e incluso malinformación ciudadana sobre el tema.

38.

39. Entre las tareas urgentes derivadas de la implementación del Convenio 169 de la OIT está la elaboración de una norma que establezca el procedimiento de Consulta a los pueblos indígenas antes de la emisión de cualquier medida legislativa o administrativa susceptible de afectarlos directamente.

40.

41. b) **El Fortalecimiento del derecho indígena.** Con el Convenio 169 se reconoce el derecho consuetudinario en los términos expuestos líneas arriba. Ello supone la elaboración de políticas públicas de respeto a tal derecho, sus instituciones y autoridades. Dada la historia de la guerra en el país con un efecto debilitador del derecho indígena, urge el establecimiento de políticas públicas para el fortalecimiento del mismo, sus autoridades, instituciones y sus procedimientos consensuales y participativos. Estas políticas deben diseñarse con participación de los pueblos indígenas y en diálogo intercultural amplio.

42.

43. c) **El estudio y difusión del derecho indígena.** Gran parte de los prejuicios y temores que hay sobre el reconocimiento constitucional del derecho indígena se debe al desconocimiento del mismo. También debe haber una política pública de fomento de investigaciones sobre el derecho indígena por parte de los pueblos indígenas y por instancias intersectoriales. Esto incluye igualmente el fomento de publicaciones, la instalación de centros de documentación, videotecas, hemerotecas y sistematización informatizada de jurisprudencia sobre el tratamiento judicial de derechos culturales y del derecho indígena. Es de vital importancia el desarrollo de cursos y programas sobre la cultura y el derecho indígenas, en todos los niveles de la educación.

44.

45. d) **Difusión de los derechos indígenas y del marco legal del derecho indígena.** A pesar de que el Convenio 169 de la OIT fue ratificado en marzo de 1996, gran parte de la comunidad jurídica lo desconoce, al igual que otras normas que fundamentan los derechos indígenas. También hay un gran desconocimiento de los derechos por parte de los propios pueblos indígenas y la ciudadanía en general. De ahí se desprende la necesidad de una vasta tarea de información, formación y difusión de los derechos indígenas y de los fundamentos legales de los mismos. Gran parte de los atropellos a los derechos de los pueblos indígenas se deben u ocultan por el desconocimiento de los mismos por los propios afectados. La falta de amparo jurídico a dichos derechos se funda en parte en el desconocimiento de los mismos por la comunidad jurídica. La difusión de derechos debe abarcar los distintos medios para ello y debe hacerse también en los idiomas indígenas del país.

46.

47. e) **Acuerdos intersectoriales.** El reconocimiento del derecho indígena requiere de medidas que supongan un cambio en la realidad: el respeto de autoridades indígenas, la despenalización de la cultura y prácticas jurídicas indígenas, el respeto de actos y decisiones indígenas, etc. El diagnóstico de los problemas actualmente existentes (como la criminalización del ejercicio del derecho indígena y la falta de respeto a sus autoridades), así como el planteamiento de alternativas de solución concretas, requieren del diálogo intercultural e intersectorial. Debe fomentarse como política pública el desarrollo de encuentros o talleres entre autoridades indígenas y estatales para diagnosticar los problemas entre sistemas y encontrar posibles soluciones. Con ello se podría reducir los conflictos que hay entre autoridades indígenas y estatales, y se podría tender las bases para una nueva legitimación del Estado, ya que actualmente está muy desacreditado por la violencia institucional que ejerce contra los indígenas.

48.

49. f) **Participación para el cambio.** Un criterio metodológico y político fundamental para la elaboración de propuestas de cambio normativo, institucional y político, debe ser la participación. Una de las deficiencias del Proceso de Paz ha sido justamente la falta de un mayor involucramiento de la ciudadanía en su conjunto, la realización de arreglos cupulares y la falta de participación directa de los pueblos indígenas y sus organizaciones representativas. De una parte, las instancias formales de representación no siempre llegan a las aldeas y cantones. De otra, las formas más arraigadas de

organización y participación indígena (instancias locales como las alcaldías auxiliares y cabildos o asambleas comunales) no tienen canales suficientes para expresarse políticamente y tener impacto nacional. Es vital un proceso que promueva la participación ciudadana teniendo en cuenta la realidad del país, en relación al multilingüismo y multiculturalidad, la distribución territorial, las diferencias socio-económicas, la atención a la participación de las mujeres y de sectores marginados, las percepciones gremiales y de grupos organizados, así como de la ciudadanía en general.

50.

51. g) **Políticas integrales.** Junto al debate sobre el reconocimiento del derecho indígena y otros derechos culturales, debe promoverse el reconocimiento de derechos socio-económicos y políticos, sin los cuales los derechos culturales devienen vacíos. A los pueblos indígenas se le han negado sus derechos no sólo mediante la marginación cultural y el desconocimiento del derecho indígena, sino sobre todo por la negación de condiciones y oportunidades para el desarrollo económico y la participación política. Éstos, por ende, son condiciones que deben acompañar el reconocimiento del derecho indígena y la vigencia de derechos culturales.

52.

ⁱ Algunas propuestas son tomadas de: Yrigoyen Fajardo, Raquel (1998): El Reconocimiento constitucional del derecho indígena en los Países Andinos. Amsterdam: CEDLA.

ⁱⁱ La figura de los jurados escabinados o mixtos, va más allá de la institución del peritaje cultural o antropológico. Por el peritaje, los peritos o expertos –ya sea profesionales (antropólogos, sociólogos, etc.) o miembros de las comunidades indígenas- sólo ilustran a los jueces sobre la cultura y/o prácticas jurídicas indígenas, pero no deciden, la decisión la toma el juez. Mediante los jurados mixtos, no sólo serían los jueces estatales los que decidan sobre los casos desde su cultura occidental (aunque hayan sido ilustrados por los peritos) sino que la decisión sería tomada conjuntamente por jueces estatales y miembros de la comunidad o pueblo indígena en cuestión. Esto permitiría que los jueces estatales discutan a la par con las autoridades indígenas y aprendan a tomar decisiones conjuntas. Con este sistema la comprensión cultural de los hechos mejoraría, y se podría ir construyendo los puentes interculturales que requiere una juridicidad pluricultural.