

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

41

Edición especial sobre derecho indígena
Enero-Junio 2005

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACIÓN
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO


BANCO INTERAMERICANO
DE DESARROLLO

 Agencia Danesa
de Cooperación
Internacional
DANIDA


NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS

REVISTA
I I D H

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: uinformacion@iidh.ed.cr.

Índice

Acceso a la justicia de los pueblos indígenas e institución
del *Ombudsman*.....7
Roberto Cuéllar M.

Introducción

Reclamo y reconocimiento del derecho indígena en América
Latina: Logros, límites y perspectivas.....17
Diego A. Iturralde G.

El derecho indígena hoy en América Latina

El estado del arte del derecho consuetudinario:
El caso del Perú.....51
Fernando Bazán Cerdán

El derecho consuetudinario indígena en Venezuela:
Balance y perspectivas.....83
Ricardo Colmenares Olívar

El sistema jurídico indígena en Costa Rica:
Una aproximación inicial.....119
Rubén Chacón Castro

El estado del arte del derecho indígena en Ecuador.....151
Fernando García S.

El modelo de justicia en las regiones autónomas de la costa
Caribe nicaragüense, ¿utopía o realidad?.....171
Clarisa Indiana Ibarra Rivera

La interculturalización de la justicia: Reflexiones en torno a Estado y derechos en Bolivia.....	195
<i>Ramiro Molina Rivero</i>	
Pluralismo jurídico y paz en Guatemala.....	209
<i>Guillermo Padilla</i>	
Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia.....	225
<i>Esther Sánchez Botero</i>	
La costumbre jurídica de los pueblos mayas.....	253
<i>John Schwank Durán</i>	
Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad.....	287
<i>María Teresa Sierra</i>	
Acceso a la justicia de los pueblos indígenas: sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
Los pueblos indígenas y el ejercicio de los derechos políticos de acuerdo a la Convención Americana: El Caso Yatama contra Nicaragua.....	317
<i>Lorena González Volio</i>	
El caso de la comunidad indígena <i>Yakye Axa vs. Paraguay</i>	347
<i>Andrés D. Ramírez</i>	

El derecho indígena hoy en América Latina

Reflexiones en torno de la jurisdicción especial indígena en Colombia

*Esther Sánchez Botero**

Este país se halla en la vanguardia de todos los muchos países donde existe el problema de cómo conformar una sociedad, un Estado y un orden legal multicultural y no asimilista.

La jurisprudencia colombiana explora los límites teóricos y las prácticas de lo que es un orden legal con pluralismo jurídico formal.

Claramente el desarrollo hacia un pluralismo legal formal de tipo igualitario se estanca al momento de abordar y utilizar los conceptos de sujeto colectivo y derechos colectivos, particularmente en casos en que prácticas judiciales indígenas se ven acusados de conformar prácticas iliberales.

Un análisis de algunas sentencias de la Corte Constitucional Colombia tiene valor también para otros países.

La Corte de Colombia es el único lugar jurídico en el mundo donde se delibera y decide tan intensa y frecuentemente sobre casos de conflictos multiculturales muy concretos.

Por ende, tal análisis tiene un valor edificante para todos quienes en la lucha social diaria o desde la distancia académica, se interesan por un futuro donde se respete la diversidad cultural sin dejar desintegrar la sociedad como tal.

André Hoekema

Presentación y resumen

Es un hecho, por cierto muy extendido, que tradicionalmente se han confundido los fenómenos externos, lo que hace, o no hace la gente, por comparación con otras sociedades con lo que es la cultura

* Antropóloga colombiana. Profesora e investigadora de la Universidad de los Andes y la Universidad Nacional de Colombia.

propia. Se ha relacionado que la inexistencia de determinados fenómenos en ciertas sociedades como tribunales, autoridades, códigos escritos, por ejemplo, es equivalente a sociedades sin derecho, porque lo que tienen son “usos y costumbres” o simplemente “control social”. Desde otro punto de vista, numerosos intelectuales indígenas y no indígenas han clasificado esos “usos y costumbres”, ese llamado “derecho consuetudinario” como más o menos configurado, más o menos estructurado, llamándolo también “tradicional”, para concluir que es “más o menos derecho” con relación al Derecho, ése sí con mayúscula, como lo afirmó en una conferencia la abogada peruana Raquel Yrigoyen.

Contrario a estos clasificadores como derechos a medias, acuñamos en la década de los ochenta el concepto de *derecho propio* que buscó demostrar con estas palabras los modos particulares cómo las distintas sociedades ordenan la vida social, buscan salida a los conflictos y determinan cómo han de manejar con orden lo que es a todos. En estos derechos propios, al buscar el origen de muchos de sus principios y procedimientos y por ende expresiones, éstas provienen de su mismo entorno social, o incluyen elementos que fueron adoptados, apropiados de fuera o incluso incorporados porque les fueron impuestos parcial, o totalmente.

Teóricamente definiendo que no es más derecho propio indígena aquel que tiene más signos “tradicionales” de aquel que ha copiado e incorporado los referentes del derecho estatal. Ése su derecho es el que conocen, aplican y el que guía la vida social de un determinado modo. Obviamente, éste no es el espacio para criticar las nefastas intervenciones particularmente de abogados-asesores de los pueblos indígenas, que como no ven el derecho que ellos conocen operando, entonces deciden “ayudar” a los pueblos introduciéndoles los referentes de lo que sí es derecho para que ahora sí lo tengan; lo hacen estos “colaboradores” por no disponer de los criterios para ver los referentes cognitivos compartidos que expresan los principios y los procedimientos que contienen estos derechos. Esa es una inhabilidad, –en términos de Wittgenstein–, para poder descubrir la presencia del derecho propio, en sus términos del juego de lenguaje del derecho en estas sociedades distintas y quedarse tan sólo con simples hechos sintomáticos.

Otra afirmación que quiero rechazar es que existe un derecho indígena, puesto que lo que realmente existe es un derecho propio

por cada pueblo; a no ser que este derecho indígena sea una construcción pensada sobre la sumatoria de los varios sistemas de derecho propio que existen en Colombia. Es posible expresar que hay una gran articulación entre estos derechos propios, como parte de un “sistema jurídico indígena” y el sistema jurídico estatal. Lo que es fundamental establecer es que cada pueblo de ese bloque no es igual a otro, no interactúa ni de igual modo, ni con la misma frecuencia con el sistema jurídico estatal. Es importante también precisar que algunas sociedades clasificables dentro del “sistema jurídico indígena” también interactúan en instancias internacionales cuya competencia jurisdiccional ellos conocen, también con los sistemas jurídicos de otras naciones y por supuesto entre los mismos pueblos indígenas con sus respectivos derechos propios, lo cual es un punto de mira a tener en cuenta tanto como que algunas sociedades indígenas no interactúan asiduamente con otros sistemas. El resultado es, teóricamente, un sistema jurídico estatal que incluye formalmente los derechos propios de los pueblos indígenas como derechos oficiales.

En este texto deseo mostrar cómo se ha establecido un pluralismo jurídico legal oficial en Colombia, al dar a conocer las ejecutorias de unas y otras autoridades con competencia jurisdiccional.

Cambios constitucionales como base legal para configurar el pluralismo jurídico

Con la Constitución del 91, nace históricamente un nuevo modelo de nación en Colombia, orientado a valorar y fortalecer las diferencias; rompe la hegemonía de la sociedad occidental como modelo único a seguir. Impuso este reconocimiento la derogación del principio de igualdad formal y la restricción de los valores que etnocéntricamente excluían culturas diferentes, pensadas como “incivilizadas”, “atrasadas” o “bárbaras”.

Origina la nueva carta cambios trascendentales: 1) El paso de un Estado de Derecho a un Estado Social de Derecho; se partió de la desigualdad real de los colombianos para configurar la igualdad como un propósito. Aquí se cuestiona el principio de igualdad que sin duda representa un cambio sustantivo. 2) El paso de un Estado Monocultural a un Estado Multicultural y Pluriétnico, afirma la equivalencia de las culturas. 3) El reconocimiento de un sujeto colectivo de derecho afirma la presencia de un sujeto de derecho

distinto al sujeto individual. 4) Acciones afirmativas para que ese sujeto pueda ser y pueda fortalecerse como distinto que es. Todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse, para contribuir a configurar una sociedad donde la diferencia sea valiosa. Estos presupuestos acogen por principio a los sistemas de derecho y autoridad, disímiles del derecho estatal para configurar un pluralismo jurídico formal.

El cambio en el nuevo Estado propuesto y ya implementado, al defender como equivalentes, tanto a los sistemas de derecho propio distintos, como a las autoridades indígenas para que participaran de modo oficial de la rama judicial y en todas las materias, ha generado una política, de creciente reconocimiento. Mediante jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado y del Consejo de la Judicatura, se ha buscado dar salida a numerosos conflictos para indicar cómo puede ser un Estado donde se valoran las diferencias de cultura, expresadas en principios y procedimientos de las autoridades que ejercen esas funciones como representantes de los diferentes derechos propios. Se ha buscado reducir trabas y rezagos aún vivos, que impiden comprender las propias y modernas visiones culturales en estos pueblos indígenas, y los ajustes realizados desde los mismos pueblos, en función de configurar entre todas las partes un Estado multicultural y pluriétnico. En estas instituciones se ha reñido por reconocer, no sólo los rezagos vivos de culturas ancestrales, sino los modos contemporáneos de ser estos derechos propios configurados por indígenas modernos, dadas las necesidades impuestas por el principio de nación indivisible que define principios y reglas comunes como los mínimos jurídicos para todos los nacionales.

El reconocimiento en estas altas instancias y en las instituciones públicas, no se dio automáticamente; se inicia con timidez, es decir, con desconocimiento de lo que exactamente definía y demandaba el reconocimiento a la diversidad étnica y cultural y todo ello, bajo el influjo de un sistema monocultural y excluyente aún vivo. Sin embargo, el trabajo propositivo, creativo, adaptativo, comprensivo y valiente de indígenas, de intelectuales solidarios, de jueces y magistrados claros y políticamente decididos, ha logrado configurar un marco intelectual que orienta ejecutorias para realizar los derechos propios que, por supuesto, también incluyen los distintos modos de hacer justicia, lo cual rompe el estado de cosas que venía, y cuya razón es la búsqueda efectiva de un reconocimiento y valoración de esos otros colombianos clasificables como distintos.

Los efectos del monismo jurídico sobre los pueblos indígenas

Uno de los efectos del Estado monocultural y monista sobre los pueblos indígenas fue la sistemática imposición de los principios y formas de organización de la vida social, del manejo de los recursos para todos, así como del control y solución de conflictos, con base en principios, estructura y enfoque desde un derecho que necesariamente no coincidía –en parte o en su totalidad–, con los sistemas existentes en cada uno de los pueblos indígenas. De frente a esta imposición unos pueblos, más que otros, resistieron estas exigencias, e internamente vivieron sus propios modos, no utilizando siempre el modelo del derecho externo, ni sacando invariablemente los casos a la jurisdicción ordinaria de la sociedad mayoritaria. Entre tantas sociedades, diferenciadas por su cercanía o no con el modelo del derecho estatal y por el tipo y calidad de las relaciones generadas, se observa que algunos pueblos se “vaciarón” y se “llenaron” de los principios y modos para hacer las cosas a la manera de la sociedad hegemónica. Hoy, pueblos como los *pastos* que se los puede caracterizar por no tener –en ciertos términos–, lo que se define como derecho propio, comparten el modo como es “su derecho” con otras etnias donde se estableció el monismo jurídico vigente en la época colonial que imponía sacar los casos “mayores”, lo cual vulneró estos sistemas parcialmente. Unos y otros, aún bajo estas reales condiciones, comparten con otras sociedades indígenas –especialmente amazónicas–, que fueron más herméticas, por lo que tienen un derecho propio cercano a eso que algunos llaman “tradicional”.

A catorce años de los cambios constitucionales es posible encontrar entonces una tipología de pueblos en los que se involucra más o menos el derecho positivo estatal, ya que todos lo comparten de algún modo. Es significativa la incidencia del derecho estatal en estos pueblos –reconocido así por los mismos indígenas– incluso, al aceptar que algunos conflictos internos tienen mejor solución en la jurisdicción ordinaria. Al conservar, sin excepción, todos los pueblos indígenas su sentido de pueblo distinto y la definición de que ciertos asuntos han de ser tratados internamente, el derecho propio que aplican en forma dinámica, formalmente comparte equivalente valor en competencia y dignidad con la organización del poder judicial nacional vigente.

Así, encontramos por la vía interna que aplica el derecho de autodisposición, recreados derechos propios y por el camino externo, vía jurisprudencia, fortalecidos sistemas de derecho propio, con posibilidad de ser vividos y aplicados de modo legal, porque efectivamente, se reconoce que existen modos muy diferenciados en los pueblos indígenas de Colombia para hacer justicia. Ésta se sustenta sobre el valor que tiene ordenar, en determinado sentido la sociedad, como elemento de un derecho propio. Quiere decir que concurren para administrar justicia o, autoridades individuales (un gobernador), o grupos con esta competencia (todas las autoridades del cabildo), o comunidades enteras que conocen el caso y definen sanciones (caso de los *paeces*). También hay para administrar justicia como medio y símbolo, el uso de bastones de mando y oratoria amplia (*wayu*), equipos humanos especializados de trabajo y bien pagos (*emberas*), utilización de equipos modernos como computadores conectados a internet con el mundo para el conocimiento de los tratados internacionales, de la jurisprudencia de las Cortes (*u'wa*, *paeces*). Muchos, también realizan y formalizan sus tareas por escrito, (*guambianos* y *emberas*) y hay pueblos que contratan abogados de fuera –no indígenas–, para con ellos recrear y ejercer mejor la competencia, aduciendo en este caso que el Estado monocultural eliminó muchas de sus formas propias (*awa*, *emberas*). Se puede concluir que las autoridades indígenas de pueblos como los *pastos*, asumen el derecho positivo estatal como derecho propio y en contraste, los *cubeo* tienen un derecho propio que cuesta trabajo entenderlo ya que se fundamenta desde el mito y el ritual.

Entre los problemas con que se topan las autoridades indígenas y no indígenas en una nación en proceso de cambio para la configuración de un pluralismo jurídico legal, oficial, se hallan los derechos propios de personas que se encuentran entre dos o más culturas. Es decir, a medida que los individuos y grupos se trasladan a las ciudades –fenómeno estadísticamente importante–, cambian porque tiene que compartir sus referentes de modo más próximo a la institucionalidad nacional. Cada nuevo grupo del que una persona participa, contribuye a ajustar referentes, principios y conductas que, en la medida en que se incorporan a su propia perspectiva, combinan una multiplicidad y pluralidad de códigos de significación por una parte y, por otra, generan la necesidad de relegitimarse para eliminar situaciones de vacío, de incertidumbre o de anomia. Cercano a esta circunstancia se ha creado y opera una institución de “derecho propio

multicultural” que es creación de miembros de varios pueblos indígenas como habitantes urbanos de una gran ciudad que entre otros incluye un pueblo ecuatoriano. Este “derecho propio” configurado sobre orígenes culturales diferentes, no es reconocido bajo los parámetros establecidos en la Constitución, pero opera.

Otro panorama que complementa de modo importante este marco, es que las autoridades y comunidades indígenas establecen la necesidad de hacer diversos ajustes internos, al crear nuevas relaciones de competencia jurisdiccional con jueces de la jurisdicción ordinaria, con asociaciones internas a los mismos pueblos o nacionales, e incluso con grupos armados ilegales que se entrometen. También requieren salidas nuevas al afrontar casos como la participación de sus miembros en la guerrilla, el paramilitarismo, el narcotráfico o la corrupción, entre otros hechos nuevos. Este horizonte se vuelve más complejo además, por la presencia de jóvenes profesionales indígenas –algunos dotados de gran sentido de respeto a sus autoridades, otros irrespetuosos–, que por ser profesionales, hablar bien el castellano y moverse bien en el mundo llamado blanco, consideran que pueden liderar mejor ciertos procesos, muchos de los cuales con resultados negativos y en detrimento de los sistemas internos del derecho propio.

También, como una nueva realidad, las autoridades de los pueblos indígenas deben afrontar las demandas individualizadas que, en el sentido liberal, corresponde ser respetadas como derechos del individuo y que resultan en conflicto normativo y cultural, con visiones filosóficas y políticas que protegen al sujeto colectivo de derecho. Como autoridades con competencia jurisdiccional, que hacen parte de la rama judicial de Colombia, tienen además que participar en la construcción de formas de coordinación y liderazgo para la cimentación de entendimiento intercultural.

La nueva sociedad bajo el marco del pluralismo jurídico, exige responder a un espectro muy amplio –en calidad de autoridades–, a demandas de otros jueces de la jurisdicción ordinaria, así como a examinar y realizar cambios culturales internos provenientes de imposiciones externas que, como los cuatro mínimos jurídicos, los obligan. Este nuevo hecho configura también estos derechos de modo distinto porque a lo propio, se agrega lo impuesto, e implica modificaciones que como en los sucesivos ejemplos que se expondrán, cambian el modo de castigar, o el lugar de habitación

donde han de vivir ciertos seres, pero no la creencia o la visión clasificatoria que cognitivamente como rasgo de cultura se comparte y que permanece intacta. Ha implicado, por ejemplo, un modo nuevo de juzgamiento y decisión de sanción para los brujos o, para cambiar la costumbre de entregar a los gemelos a una deidad, disposición que estaba sentada en una clasificación diferenciada de éstos con respecto a la de los miembros del pueblo *u'wa*. La obligatoriedad de respetar el derecho a la vida de los gemelos, bajo la visión impuesta del derecho estatal, les obligó a crear una nueva ubicación (consultando por 8 meses a sus dioses) para que ellos pudieran vivir con los *u'wa* –no gemelos– que viven en la tierra.

La implementación de una jurisdicción especial indígena bajo el espíritu de la Constitución requirió también, ofrecer atribuciones en el plano político administrativo y fiscal a los indígenas, para que el orden social deseado –que hace parte del derecho propio de los pueblos– pueda realizarse como medio para avanzar hacia formas que representen una mayor pluralidad. Este espacio que es diferencial para las comunidades indígenas como entes públicos, se justifica por contribuir a preservar la identidad, bajo formas propias de gobierno, lo cual orienta a descartar el cumplimiento de muchos de los parámetros administrativos y fiscales comunes al resto de los nacionales.

Impacto del reconocimiento

Los cambios dentro de la estructura social, jurídica y política, dada la presencia de autoridades nuevas y de esos derechos propios establecidos como legales, –en condiciones de igualdad con el positivo estatal–, producen choques y divergencias con la jurisdicción ordinaria. Las normas previamente impuestas e internalizadas como existentes en todo el territorio nacional –de acuerdo a las circunstancias reales que los sujetos afrontan– no concuerdan con las situaciones “típicas” previstas en aquellas normas. También hay conflictos entre los sistemas de normas en uso en la sociedad mayoritaria y las nuevas normas surgidas de estos grupos, que están situados en posición diferenciada, antes discriminados negativamente y tratados como inferiores.

Los procesos de ajuste para crear un sistema de derecho plural encuentran dos perspectivas antagónicas: la marcada con ideas

monoculturales y sostenidas durante años bajo el influjo de un único derecho, que se sustenta en el autoritarismo, el racismo y el desprecio, que son posturas abiertamente anticonstitucionales que siguen operando y las transformaciones edificantes, producto de los esfuerzos sistemáticos tanto de personas, como de instituciones, proclives a fortalecer los principios de valoración a las culturas y sociedades distintas y con éstas a su derecho propio. El profesor André Hoekema llama *pluralismo jurídico unitario* al modo histórico que se asume entre dos jurisdicciones, el cual manifiesta relaciones de subordinación entre el Estado con “su” derecho nacional y los otros sistemas de derecho indígena. Bajo esta condición los pueblos indígenas aumentan su dependencia a un aparato específico para la selección del derecho vigente. Contrariando esta perspectiva se genera otro modelo que rompe el Estado hegemónico, monocultural. Las sociedades indígenas dejan de ser gobernadas y administradas integralmente bajo los principios de una sociedad mayoritaria, para crear un sistema de pluralidad, de autoridad pública y de *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*. Se da, por tanto, hoy en Colombia un forcejeo para luchar cambios dentro de un panorama que configura situaciones tipo, en ambos extremos¹.

Respecto a la revisión de casos que llegan a las Cortes provenientes de estos pueblos, una visión minoritaria puede inscribirse en el prototipo de pluralismo jurídico de tipo unitario. Considera –de modo evolutivo y restrictivo–, que en el “estadio” en

¹ Hoekema, André J. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”. En *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial. El Otro Derecho*. 26-27 ILSA Dupligráficas, 2002, p.67.

Una excepción importante acerca de esta revalorización de derecho y autoridad autóctonos se da en países donde reina un neoliberalismo radical, el cual rechaza drásticamente la idea de que haya islas de bienes de comercio o producción fuera del mercado, en manos de pueblos y autoridades que se dejan mandar fácilmente desde las posiciones altas del Estado. El concepto de territorio indígena no sólo les da asco a los políticos por sugerir un Estado dentro del Estado (sugerencia completamente falsa) sino también por sugerir una pérdida considerable de oportunidades unilaterales de explotación económica de los recursos locales. Aunque no hay autonomía sin restricciones, sin mecanismos de articulación de intereses locales y nacionales, por ejemplo, para garantizar los intereses locales, estos empresarios y autoridades en zonas indígenas. Este temor, probablemente, explica la actitud del gobierno de Chile que hasta ahora mantiene una ley de aguas que quita al agua su carácter fuera del mercado (Castro, 1996). También la política oficial chilena niega totalmente el derecho de las comunidades campesinas e indígenas que se está poniendo en práctica desde siglos atrás; la misma tendencia neoliberal se manifiesta en el Perú.

que se encuentran las sociedades indígenas, éstas: a) carecen de procedimientos jurídicos institucionalizados, b) el sujeto individual prevalece sobre el colectivo o, c) el interés superior del niño indígena solamente debe considerarse a partir de la Convención internacional de los derechos del niño, por ejemplo. Se menciona este punto porque se cree y defiende que imperan los derechos humanos universales y para los niños en particular la Convención. El problema del derecho, que se percibe, en estas sociedades y de modo errado, es el de un insuficiente grado de abstracción normativa, circunstancia que según esta mirada afecta una política jurídica racional y/o legítima. Tal desconocimiento varía de individuo en individuo, o mejor de juez a juez, según sea el grado de formación humanística pero, particularmente también, de la comprensión cultural y antropológica que involucre el juez a partir de la capacidad de apertura para adquirir ese conocimiento nuevo que introduzca referentes distintos².

Bajo la mirada de un *pluralismo jurídico unitario* se induce, mediante fallos, a procesos de “revitalización”, como el caso de los *ingas* del Bajo Putumayo que han buscado reiniciar el uso del cepo para castigar, el cual había sido eliminado por ellos mismos y por considerarlo demasiado fuerte o, al fenómeno de la positivación de los derechos propios, práctica que varios pueblos han implementado con apoyo de abogados internos o externos y con la idea que los derechos en una sociedad multicultural altamente compleja, deben atender al mismo tiempo, al problema de su invariabilidad y de su inestabilidad. En estos procesos de modificación del derecho, se perciben discrepancias entre el modelo hegemónico de un derecho que busca ser uniforme y universal y la aplicación práctica de otros derechos frecuentemente inconsistentes en relación con el primero.

Muestran estos hechos que durante el proceso de cimentación de una nación multicultural más allá de las formalidades constitucionales, se da un forcejeo para el reconocimiento y valoración de la diversidad de sistemas de derecho propio en donde se presentan nuevos tipos de diversidad y por ende de complejidad. Bajo los principios del *pluralismo jurídico formal de tipo igualitario*, se parte

² Si algo fue transformador en Colombia en la década del noventa es que las Cortes se abrieron a otros campos del conocimiento como la antropología jurídica, lo que les permitió transformarse y transformar el ejercicio del derecho.

de la distinción entre un derecho “propio”, que existe como tal, que si bien se concibe como “asentado” y “materializado” en términos de preexistente y definido, se trata de un derecho histórico, mutable y transformable, que tiene el mérito de permitir la introducción de cambios.

Para atender la versatilidad de las relaciones sociales, el derecho se va fragmentando y especializando. Tales diferenciaciones permiten dar cuenta de relaciones sociales más complejas y distintas que las que eran propias del mundo monocultural y monista. El derecho tiene como función la generalización congruente de expectativas de conducta a través de las cuales reduce la complejidad. Se trata de un efecto producido por la representación del sistema de normas. Como se advierte, el énfasis es de carácter funcional. Lo constante del derecho es la función y los mecanismos de que se sirve cada sociedad para cumplirlo se constituyen en variables del derecho. Con el paso del Estado monocultural al multicultural y pluriétnico, las instituciones judiciales de la sociedad mayoritaria y las de las sociedades indígenas se obligan a cambiar los patrones que garanticen la generalización congruente de expectativas de conducta y, con ellas, cambia también la forma de validez del derecho. La armonización de los diversos mecanismos de generalización se transforma en nuevos presupuestos y en nuevos efectos. Disminuye la dependencia a un sólo derecho, con base en predeterminaciones para abrirse a lo diverso.

Unas sentencias en clave cultural

Dados los numerosos años de desprecio y desconocimiento de esos otros sistemas de derecho se vuelve aún más problemática la interacción entre actores de un sistema dominante que ha sido imperialista y los otros derechos, por factores tales como el desconocimiento de lo particularmente diverso en cada sociedad, lo cual puede encontrarse en la experiencia viva y actuante de la gente o en la etnografía, si esta existe para determinado pueblo. Desde allí puede demostrarse vía prueba judicial antropológica, que todos los derechos propios de los pueblos indígenas no están configurados funcionalmente en un compartimiento especializado para el cumplimiento de unas funciones. No hay una concordancia entre función y órgano; no tienen o no juegan con una racionalidad silogística que parte de unas normas estructuradas y positivas. Estos

derechos, actúan como una razón para la vida social, como un argumento, que organiza, estructura, constriñe y da sentido a aspectos relativos a la constitución armónica de un pueblo que define quiénes son sus miembros, cómo es la estructura familiar o el sistema de parentesco, como es el régimen para la descendencia entre otros numerosos campos. Es importante recordar que en no todas las sociedades las concepciones sobre fisiología, parentesco, sucesión de bienes entre otros campos cognitivos, se rigen por los referentes de occidente. Por ejemplo, los hijos biológicos de un padre en caso de matrilinealidad no son sus parientes; existen sociedades donde todos los hijos no heredan por igual. Hechos como éstos definen los principios y los procedimientos para suceder los bienes materiales e inmateriales y definir aspectos tales como la propiedad, que son referentes que se traducen en acciones y pueden “chocar” con visiones, principios y reglas trazadas por el derecho estatal.

Al estar tejidos estructuralmente en un todo y configurarse como sistema cultural, requieren estos derechos, en ocasiones, como en el ejercicio de dos personas que hablan lenguas distintas y buscan comunicarse, de la presencia de un traductor o del esfuerzo personal para adentrar en los significados profundos que una lengua distinta, en este caso una cultura, entraña. Hace mucho tiempo que sabemos, desde Wittgenstein, desde Humberto Eco, que todo mensaje necesita ser interpretado y que ello implica la necesidad de tornar compatibles los códigos del emisor y los del receptor³.

El bloque de constitucionalidad y el error culturalmente condicionado

Si bien la jurisdicción especial indígena tiene la competencia para actuar en el marco de su territorio y de acuerdo a sus propias normas y procedimientos, algunos casos son examinados y sancionados en la jurisdicción ordinaria que de acuerdo a reglas de coordinación es la competente. Dado que en la sociedad colombiana conviven portadores indígenas de sus propias marcas culturales y otros que aunque indígenas se han apartado de ellas, al ser trasgresores, no

³ Sánchez Botero Esther. “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de Derecho Propio y de las Justicias indígenas”. *América Indígena*. Volumen LVIII Numeral 1-2 México.

siempre ni pueden ser eximidos de responsabilidad, por lo que muchos deben ser sancionados como simples criminales (muchos lo son también en la sociedad de la que hacen parte), ni pueden ser juzgados en la jurisdicción especial. No logran tampoco ser juzgados bajo el precepto de error de comprensión culturalmente condicionado que es el gran aporte de Zaffaroni, el cual para esta reflexión plantea ideas teóricas en relación con esta forma peculiar de pluralismo jurídico que hemos considerado. Resulta valioso detenerse en dicha contribución y análisis porque, a la par de los aportes técnicos, ofrece los fundamentos de intercomunicación y diálogo necesarios entre culturas y en una sólida perspectiva transdisciplinaria. Aunque Zaffaroni no menciona el tema específico del pluralismo jurídico, sus fundamentos y elaboraciones dan cuenta del problema de la diversidad cultural y de la coexistencia de distintos ordenamientos, para el derecho positivo estatal. El énfasis que defiende del derecho a la propia cultura de cada pueblo y por supuesto de cada uno de los individuos que lo configuran, da cuenta del pluralismo jurídico como una forma de expresión de lo cultural.

Queda claro entonces que, todo hecho punible cometido por un indígena, no necesariamente es de competencia de la jurisdicción especial indígena. Dos delitos no son expresamente competencia de las autoridades indígenas: el de rebelión y el de narcotráfico; adicionalmente, no pueden actuar como autoridades competentes frente a situaciones que involucren causas externas a la nación. Los jueces tienen el deber de enfatizar, en todos los casos que salen a la jurisdicción ordinaria, una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, realizando un tratamiento diferenciado para configurar, mediante un referente de cultura, si se trata o no de un sujeto con capacidad de conocer que su acto es antijurídico para la sociedad que lo juzga.

En Colombia, desde hace 25 años se implementó el peritaje antropológico bajo los principios de Zaffaroni. A él debe este país buena parte de la apertura y comprensión de juristas y antropólogos, sobre la importancia de adentrar en el otro como sujeto de cultura. Fue tan exitoso este instrumento auxiliar de la justicia, que penetró las instancias más altas, logrando un trabajo interdisciplinario sinérgicamente capaz de potenciar derroteros imprevisibles.

La interculturalidad como principio para el reconocimiento del pluralismo jurídico

Desde una visión del multiculturalismo, el pluralismo jurídico puede analizarse o, como la multiplicidad de culturas con un derecho diferenciado que existen en una nación y pueden vivir sin establecer relación entre ellas, es decir un multiculturalismo como separación, marcado por los fundamentos conceptuales del liberalismo tales como la noción de los principio de igualdad y de tolerancia al otro, posición considerada como medular y como un valor para una actitud suficiente que busca asegurar que la sociedad funcione o, la de autores como Catherine Walsh, que plantea que así se dejan ocultas las desigualdades sociales y se dejan intactas las instituciones y estructuras sociales que privilegian la cultura hegemónica. En contraste plantean un modelo de interculturalidad que busca relaciones culturales complejas, con negociaciones e intercambios culturales de vía múltiple. Se busca impulsar encuentros equitativos entre pueblos, personas, conocimientos y prácticas culturalmente diferentes. Se trata de una interacción que parte del conflicto inherente a las asimetrías sociales, económicas, políticas y del poder. No se trata simplemente de reconocer, descubrir o tolerar al otro o la diferencia en sí; tampoco se trata de esencializar identidades o entenderlas como adscripciones étnicas inamovibles. Más bien, se trata de activamente impulsar procesos de intercambio que permitan construir espacios de encuentro entre seres y saberes, sentidos y prácticas distintas⁴.

El carácter del pluralismo jurídico intercultural, constitucional y legal, como el de Colombia, aunque estipula que estos derechos tienen vigencia solamente cuando se trata de personas indígenas, en su ámbito territorial y de acuerdo a sus normas y procedimientos, reglas de referencia que muestran cómo debe operar la jurisdicción especial, sin embargo, –porque salen casos a la jurisdicción ordinaria–, se han realizado controles para examinar si las decisiones de estos jueces indígenas son constitucionales, mediante fallos de las Cortes o administrativamente “correctos” en instancias de gobierno como los Defensores de Familia, o la Dirección de Etnias. Aparecen preguntas tales como: ¿cuáles diferencias son valiosas y cómo mantener mínimos jurídicos? ¿Qué valor darle a lo culturalmente

⁴ Walsh, Catherine. “La problemática de la interculturalidad y el campo educativo”. Ponencia presentada en el Congreso de la OEI “Multiculturalismo, identidad y educación”, 16 de Abril del 2002. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar.

“chocante”, a los derechos individuales de un sujeto, frente a los del sujeto colectivo? o, si ¿un grupo de indígenas habitantes en la ciudad puede reconocerse como pueblo, con un derecho propio y ejercer justicia?

La coexistencia de estos sistemas de derecho propio diferenciados frente al derecho estatal, en el marco de la nación, reconocidos oficialmente en la misma Constitución como legales y por ello oficializados, es consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para mantener, no sólo vivas sus instituciones, sino de su insistente aspiración social por configurar un nuevo orden capaz de hacer respetar sociedades culturalmente distintas; pero, ante todo, de buscar un espacio autonómico donde estos ciertos asuntos como lo relacionado con el ámbito del derecho, se solucionen dentro de su propia sociedad. Ha implicado que los jueces, cuando los casos entran a la jurisdicción ordinaria, tomen en cuenta en sus providencias los sentimientos, las opiniones y las obligaciones sociales derivadas de esas normas. El Estado, configurado por la existencia de varios sistemas jurídicos legales, oficiales, define –además del reconocimiento a los jueces competentes indígenas, para que actúen en el marco de su jurisdicción–, la obligatoriedad de que se sometan a controles toda vez que sea demandado. Existen diferentes situaciones que deben abordarse en una nación multicultural y pluriétnica respecto de la coexistencia de derechos interactuando, respecto a una variada tipología de situaciones como las que trataremos en el siguiente aparte:

- Un sujeto trasgrede internamente una norma y es penado, acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos.
- Un sujeto trasgrede una norma y es penado, acorde con el sistema interno de sanciones definido para estos casos en la jurisdicción ordinaria.
- Un sujeto trasgrede una norma de la sociedad mayoritaria porque actúa de acuerdo a su norma y es sancionado en la jurisdicción ordinaria imponiéndole el derecho estatal.
- La trasgresión, la norma que define el orden contrario y la sanción, son iguales en ambas jurisdicciones.
- Los principios o procedimientos del derecho propio chocan respecto de los principios y procedimientos del derecho positivo estatal, sobre todo por los objetos y/o formas de sancionar.

Esta tipología de realidades diferenciales, muestra situaciones muy variadas sobre los modos para resistir procesos de homogenización cultural por parte de los pueblos indígenas, pero también sobre individuos que han perdido sus parámetros culturales y que no rigen sus conductas por sus propias normas, porque no se identifican ya con el pueblo donde nacieron y se socializaron. Existen también conflictos de identidad que provocan frustración, cuando el sujeto entiende que debe cumplir un doble papel, el cual conlleva contradicción entre pautas universales impuestas para el cumplimiento de ciertos objetivos, con los medios y los patrones propios y utilizados tradicionalmente. Un abogado *wayu* manifestaba que no quería verse en una situación en la cual como miembro de un clan ofendido, tuviese que vengar con sangre a un pariente y ser consecuente como abogado del mandato de respetar el derecho a la vida.

Ajustes desde las cortes para fortalecer el pluralismo jurídico

En Colombia ha crecido y se ha consolidado el reconocimiento a los derechos propios y con estos a la administración de justicia por parte de las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas. Este hecho representa un marco de la política estatal demarcado por las altas cortes que han tenido que definir –con base en una nueva hermenéutica jurídica– situaciones en las que surgen conflictos sobre las condiciones que estructuran y definen los derechos propios en cada sociedad, con relación al alcance y los límites de la jurisdicción especial indígena. Los mecanismos de control y vigilancia de los derroteros de la Constitución, en el ámbito de la justicia indígena, para demarcar mínimos jurídicos aceptables en el territorio nacional e impedir abusos de poder de las autoridades, se justifica bajo el marco de una nación indivisible que se configura históricamente de modo distinto.

Aunque estos dispositivos aplicados en concreto no siempre y necesariamente se realizan limpios y exentos de racismo, etnocentrismo y ante todo del alcance necesario para entender otras realidades como ya lo expresamos, se han fallado casos que potencian la condición de sujeto colectivo distinto de los pueblos indígenas y, en donde adentrando en esos referentes diferenciales se valoran y se rescatan como manifestaciones dignas de respeto.

También hay sentencias que desconocen esas diferencias e imponen referentes del derecho positivo estatal. Existen otras que tratan de manera paternal a los indígenas y que por ayudarlos introducen referentes que no potencian su etnicidad y su cultura, como retornar niños inválidos a su sociedad nómada, justificada la decisión del Consejo de Estado, bajo el argumento que ese pueblo tiene derecho a sus niños, cuando de regresarlos a la selva morirían pues esa sociedad no está en posibilidad de protegerlos.

Se configura por lo tanto en la nación, salidas múltiples que muestran avances y retrocesos. A pesar de no ser perfecto el modelo de pluralismo jurídico de tipo igualitario que domina, frente al pluralismo jurídico de tipo unitario, como sucede en otros países, se puede afirmar que se ha dado una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural que magistralmente sortea situaciones difíciles. Entender, por ejemplo, que “resulta claro para la Corte que no se les pueden aplicar a los pueblos indígenas todas las normas constitucionales y legales, pues de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico”, es una muestra de ello. Tratar cuatro castigos de diferentes pueblos como constitucionales –no existentes en la jurisdicción ordinaria–, reafirma esta aseveración; aceptar creencias como guía de acciones para consultar los dioses durante meses, para tomar una decisión, o castigar con fuste para que el sujeto trasgresor pase de un estado de oscuridad a un estado de claridad, son fundamentos aceptados como prueba judicial, que aunque no pueden ser “probadas” como el derecho positivo lo demandaría, son entre otros muchos ejemplos, la expresión del rostro democrático y abierto de abogados y jueces capaces de ponerse bajo los supuestos culturales del otro. Posibilitar la práctica de distintas culturas, de sus derechos, de su autonomía y de la realización de los intereses de un pueblo particular, es señal de un proceso ejemplar, un asunto nuevo y configurado de modo diferencial que rompe los cánones tradicionalmente utilizados hasta el momento.

La casuística

Como los ejemplos son bien valorados y enseñan de modo claro muchos asuntos, se señalan a continuación algunas situaciones tipificadas en casos que muestran, por un lado derechos propios y también salidas modernas a situaciones concretas.

Los *andoque*, tradicionalmente intercambiaban mujeres dentro de un sistema de clanes endógenos a su pueblo; los *huitoto* igualmente, intercambiaban mujeres entre clanes endógamos. Por la escasez de mujeres *andoque* los hombres resuelven casarse con mujeres *huitoto* y, de común acuerdo, determinan que los descendientes serán *andoque* y no *huitoto* como correspondería a la regla de parentesco. De este modo, los *andoques* van a poder recuperar su población. La posibilidad de adquirir comida restringida por parte de los *huitotos* porque existen vedas con relación a su clan, y por ende dentro su territorio, les permite excepcionalmente, adquirir comida de los territorios donde viven sus hermanas por ser territorios *andoque*. La legalidad del sistema *andoque* de casarse con mujeres de diferente clan se respeta, como también la posibilidad de los *huitotos* de obtener alimentos en territorio *andoque* (pese a que allí están sus hermanas). Ambas sociedades hacen ajustes a su derecho propio y se potencian como pueblos.

Mediante un Acto Administrativo autoridades indígenas *guambianas* con competencia jurisdiccional entregan un niño *guambiano* para ser adoptado por familia *páez*.

Las autoridades indígenas *guambianas* deciden que determinados niños necesitan “familia nacional”. Expresan al Instituto de Bienestar Familiar, al Defensor de Menores, que no se someterán, como autoridades jurisdiccionales indígenas, a la tramitología del Código del Menor. Expuestas paralelamente, las razones del Defensor de Menores para disponer de un documento que formalice el acuerdo, deciden inventar un nuevo procedimiento instrumentalizado en un acta que deje en claro para las dos autoridades de qué se trata y por lo tanto que respete ambas legalidades.

Colombia modifica el registro civil para niños y niñas que pertenecen a sistemas unilineales de parentesco. Estos serán registrados oficialmente de acuerdo al sistema de organización social y parentesco del pueblo particular. La legalidad del derecho estatal de certificar la existencia de un sujeto, se potencia con la posibilidad de disponer en el país de un registro civil y posteriormente de la cedula de ciudadanía, que respete la diferencia cultural.

Varios padres *wayu* salieron a trabajar a la ciudad y descuidaron sus deberes frente a los hijos. Las mujeres los demandaron por alimentos; pero, dado que los hijos estaban registrados acorde con el sistema de organización y parentesco matrilineal, el juez no podía

relacionar a esos niños con esos padres. Realizar una prueba genética utilizando una muestra de sangre, representaba una seria violación al cuidado cultural definido para la sangre. Sacarla necesariamente generaría una venganza de sangre del clan sometido a esa prueba a través de uno de sus miembros. Fue sustituida entre los *wayu* por el testimonio de parientes de los niños (como prueba judicial) para determinar la paternidad de un hombre y la demanda de una mujer para que proporcionara alimentos a los niños. No sacar sangre significó respetar creencias y prácticas que generarían pagos económicos de quienes hicieran la solicitud. Sin embargo, al no ser parientes estos niños del padre, porque la concepción del parentesco así lo determina, quienes deben asumir la responsabilidad por alimentos son los tíos maternos y, los recursos de estos hombres solamente esposos de las mujeres pero no parientes de sus hijos biológicos, van a proteger a los sobrinos, los hijos de sus hermanas, de acuerdo con esa cultura⁵.

Un famoso caso es el de los *nukak maku* que muestra cómo las bandas nómadas de este pueblo, a partir del contacto con la sociedad mayoritaria, sacan los niños, dejándolos “abandonados” pero con la particularidad que lo hacen tan sólo en lugares donde los colonos puedan encontrarlos. Esta es una medida –“abandonarlos” pero tan sólo en lugares donde los colonos puedan encontrarlos–, que hubo de leerse antropológicamente para contravenir el fallo del Consejo de Estado⁶ que definía el retorno de 7 niños a su comunidad, los cuales se encontraban en hogares sustitutos de Bienestar Familiar desde hacía varios años. La demanda del Defensor del Pueblo, para que se definiera la situación de estos niños y niñas, retornándolos a su pueblo como una supuesta medida al derecho a su integridad –como sujeto colectivo–, contravenía la decisión jurisdiccional de los jefes de banda *nukak maku*, (entregarlos a la sociedad vecina) para proteger a estos niños, sin opción de vida dentro de sus condiciones culturales. Saben los *nukak maku* que esta sociedad vecina, dispone de recursos materiales, que ellos como *nukak maku* no tienen para alimentar, curar o sostener con vida a niños que por ejemplo son

⁵ Éste es un buen ejemplo de cómo existen “salvadores mortales” que creyendo proteger a las mujeres y los niños, orientan salidas que causan impacto sobre la distintividad de estos pueblos.

⁶ Sánchez Botero, Esther. “Investigación ICBF para retornar a los niños *Nukak Maku*”. Esta investigación terminó en una prueba antropológica para demostrar la posibilidad real de vulnerar el derecho a la vida de estos niños, si se cumpliera el fallo.

ciegos, mudos, sin recto o físicamente no pueden andar y por tanto vivir como nómadas.

Tres esposas *wayu* reclaman ante la jurisdicción especial la pensión de su esposo. El juez pregunta por la “esposa-esposa”, y las tres afirman esa condición.

Un indígena *páez* va a la jurisdicción ordinaria para hacer separación de bienes. El juez define el 50% de los bienes para cada uno de los esposos. Enterada la autoridad indígena de esta decisión, por escrito le manifiesta al juez que él no es la autoridad competente y que su decisión no tiene valor. Llama a los esposos para realizar la separación de bienes y no le entrega bienes al esposo, porque fueron logrados por la mujer y el esposo no se ha portado bien.

El Departamento de Seguridad del Estado (DAS) aplica un principio de protección a los menores de edad que deben salir del país. Además del permiso de los padres, éste debe oficializarse por notario público. Las autoridades indígenas de Vichada, solicitaron poder dar el aval ellos como autoridades para que estos niños puedan salir, utilizando un mecanismo interno propio. Nuevamente la legalidad del derecho estatal y la del pueblo *cubeo* se potencian.

Bajo los términos que a continuación se enuncian, se expresan las autoridades de los pueblos indígenas en este caso del Tolima. “En mi calidad de Cabildo Gobernador de la Organización Gonawindúa Tayrona, por el presente escrito me permito solicitarle, se sirva asumir la representación de la O.G.T. ante la Fiscalía, en relación con la investigación que adelanta ese Despacho por el delito de homicidio, en la cual figura como sindicado el indígena Isidro Robles Villafaña. En cumplimiento de lo anterior se hará entrega a ese Despacho del acta y documento donde aparecen las normas y las leyes propias de juzgamiento dentro del territorio indígena, en los cuales las autoridades tradicionales, a través de una resolución en el acta de Cañaveral juzgan y determinan la sanción a imponer al indígena Isidro Robles Villafaña, como responsable del homicidio de Luis Enrique Villafaña Izquierdo (q.e.p.d.). La justicia se aplicará de acuerdo a lo estipulado en dicha acta, como impulso a la jurisdicción especial indígena”.

Con el objeto de proteger el patrimonio arqueológico la autoridad administrativa nacional, responsable de cuidar este patrimonio acuerda con autoridades indígenas, mecanismos de protección a ese

patrimonio y la posibilidad de que estas autoridades utilicen la policía para capturar a infractores.

Las autoridades tradicionales demandan al sistema nacional penitenciario cárcel para un homicida indígena juzgado en la jurisdicción especial. “El señor Director de la cárcel municipal de Ortega, comunicó que Ana Lucía Timote, José Leny y Carlos A Timote, fueron reclusos en ese centro carcelario, por orden del señor Juan de la Rosa Tique, representante legal del Resguardo Indígena Guatavita Tua, así como del Secretario de Gobierno de esa municipalidad y anexó la documentación pertinente” (fls. 30-45).

Las autoridades indígenas impiden sacar maderas de un territorio sin su permiso. Acuerdan con la Corporación regional amazónica estatal, apoyarse mutuamente. El territorio está ubicado en el municipio de Puerto Nariño, en el trapecio amazónico. Su ámbito tradicional está hoy cruzado por fronteras internacionales y municipales, como quiera que su territorio está ubicado en la jurisdicción de dos municipios. Se encuentra superpuesto parcialmente con un área de reserva forestal y un Parque Nacional Natural. Gran parte está titulada como resguardo indígena desde el año de 1993, el cual no se haya delimitado con el casco urbano, pues el INCORA dejó esta labor sin adelantar. El resto del territorio está constituido por áreas comunales sin titular a quienes las instituciones del Estado pretenden dar el carácter de tierras baldías de la nación. Allí habitan aproximadamente 5.200 personas, de 20 comunidades indígenas rurales y una ubicada en el casco urbano. Casi el 100% de la población rural del municipio es indígena, el cual constituye un 78% de la población total del municipio. El 22% restante está ubicado en el caso urbano, cuya población indígena constituye el 75% de sus habitantes. Podría afirmarse entonces, que no es el territorio indígena el que está ubicado en el municipio, por el contrario, es el municipio el que está ubicado en el territorio indígena.

El indígena Leonardo Lozano Gutiérrez, del Resguardo de Castilla Angostura, municipio de Coyaima, fue detenido, por la Fiscalía seccional 44, de Purificación, sindicado del delito, de acceso carnal violento, y acceso carnal abusivo con menor de 14 años. Tanto el sindicado, como los afectados y la madre de los menores, son miembros de la comunidad antes mencionada. Frente a estos hechos, el gobernador del cabildo, señor Efraín Prada, solicitó al fiscal, la

entrega del detenido, para ser juzgado por su comunidad, a lo que el fiscal, se negó.

Las autoridades también demandan apoyo para el cumplimiento de sus decisiones a las instituciones del Estado, pero también pueden renunciar a ese poder dado que cualquier decisión acarrea problemas mayores. Responde esta posibilidad a que el Art. 246 plantea que las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales como lo establece la Constitución, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-349 de 1996, con ponencia del Dr. Carlos Gaviria Díaz, entre otras, reafirma que las autoridades indígenas investidas del poder jurisdiccional, pueden renunciar al mismo y trasladar el conflicto para que sea investigado conforme a las normas del ordenamiento jurídico nacional. Y a pesar de las críticas que los estudiosos del tema han formulado a tal entendimiento de la preceptiva constitucional, bajo la estimativa de ser violatoria de la garantía del juez natural y por consiguiente del debido proceso, no se puede desconocer que encuentra respaldo en la misma redacción de la norma, la cual legitima el ejercicio potestativo de dicho poder con la locución “Las autoridades de los pueblos indígenas *podrán* ejercer funciones jurisdiccionales...” Esta concesión muy particular no puede ser arbitraria, sino que habrá de justificarse.

Las autoridades de los pueblos indígenas pueden demandar de la fuerza pública apoyo para el cumplimiento de sus funciones. “El gobernador de la comunidad de Guatavita-Tua emitió orden de captura⁷ contra los indígenas detenidos para que se hiciera efectiva por parte del DAS”.

En la primera cláusula del Contrato Interinstitucional Celebrado entre la Fiscalía General de la Nación y el Cabildo Indígena urbano CHIBCARIWAK, para la atención de los indígenas residentes en la ciudad de Medellín, del 1 de abril de 1998, se dice que: “la Fiscalía seccional de Medellín se compromete a prestar la atención jurídica necesaria a los indígenas adscritos al Cabildo indígena CHIBCARIWAK, referentes a los procesos penales que se llevan actualmente o en los que se pueda ver envuelto algún miembro de la comunidad indígena y a atender los problemas de familia que se

⁷ Esta estrategia y su concepto son apropiaciones por parte del pueblo –uno de los muchos en Colombia– que precisamente se vio bastante afectado por el Derecho Positivo.

puedan presentar entre ellos mismos”. La Fiscalía reconoce el carácter étnico y especial del Cabildo CHIBCARIWAK, sus integrantes y su autoridad máxima, cuando se dice: “las diligencias que se lleven a cabo en cumplimiento del objeto del contrato se celebrarán con la presencia del señor Gobernador, quien velará porque se le respeten los derechos humanos a los indígenas como etnia cultural (...)”.

Por irregularidades en el manejo de las transferencias de ingresos corrientes de la nación por parte de Alcalde indígena, es sancionado y encarcelado por la jurisdicción ordinaria.

Los mínimos jurídicos establecidos por la Corte Constitucional son obligatorios para todos los colombianos sin distinción de etnia, raza o cultura⁸. Las autoridades indígenas entendiendo este mensaje de manera contundente plantean cambios. Casos que muestran a las autoridades internas indígenas indagando la modificación de una creencia y costumbre sagrada, frente a la posibilidad de encuentro o no con una maravillosa deidad. Esa práctica que violaba el derecho a la vida se empieza a reprimir hasta desanimar su observancia. Se da la incorporación de una ley estatal, de un principio y un procedimiento diferente dentro del derecho propio, lo que hace que como cuerpo normativo se transforme en un nuevo referente cultural, mediante su apropiación lo que permite que pueda coexistir con normas tradicionales. El origen de este cambio es endógeno o es impuesto.

Los indígenas de la frontera con Venezuela tienen la doble nacionalidad, lo cual los configura como sujetos binacionales *wayu* ligados a su clan colombiano y venezolano. Niño *wayu* en peligro en Venezuela recibe protección del Defensor de Menores como si fuese colombiano.

Los *wayu* con base en un acuerdo internacional, reciben gasolina de Venezuela a precio muy bajo, como acción afirmativa que ambos estados consideran pertinente y justa. Esta decisión obedeció a negociaciones de las autoridades propias *wayu*.

Los padres de dos niñas, hijas de indígena colombiana y hombre ecuatoriano se disputan el lugar habitacional y el cuidado de las niñas. La autoridad indígena *pasto* reclama a la autoridad del

⁸ Audioteca realizada por Parcomun con apoyo de la Embajada de Holanda. Proyecto realizado por Esther Sánchez Botero, Bogotá 1999.

Defensor de Menores de Ecuador el derecho de la madre a tener sus hijas.

Un magistrado manifiesta rechazo a las consideraciones de una autoridad indígena para examinar bajo otro referente, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, a la luz de la “convención *páez*” del interés superior del niño. Los principios hegemónicos de un derecho estatal no le permiten espacios para la diversidad cultural y mucho menos para la autonomía. Aproximar a los distintos, a un modelo cultural único lo valora como deseable y lo impone bajo el uso hegemónico del poder. La justificación de fondo es que en un Estado, la “cultura superior” debe marcar la pauta de lo que está bien y de lo que jurídicamente es aceptable. Se presenta gran arrogancia para justificar que el derecho propio de un pueblo determinado es inferior al positivo estatal.

Comentarios críticos a los programas de accesos a la justicia

Es necesario ponderar si los programas de acceso a la justicia contribuyen o no a fortalecer la etnicidad y la cultura de un pueblo indígena. Acceder a la justicia en detrimento de la jurisdicción especial indígena es un contrasentido. Por ejemplo, el fomento a la resolución alternativa de conflictos ha sido duramente criticado por los antropólogos jurídicos norteamericanos. La visión extendida de la Universidad de Harvard, no debería considerarse como un programa a “transferir” a los pueblos indígenas. El programa de Casas de Justicia para el acceso a la justicia de los pueblos y comunidades indígenas al abrirles una oficina en estas edificaciones y en el marco de su institucionalidad, se debe replantear. Es necesario ponderar el impacto que en concreto en un pueblo determinado puede acarrear este modelo.

Desde 1991 se ha venido trabajando en una ley de coordinación. Actualmente existe una propuesta de ley preparada por un indígena de la región andina y para ser sustentada por el ex magistrado Carlos Gaviria en el senado. Esta ley refleja la visión, experiencia y problemáticos de los indígenas de la región andina, pero en absoluto de los pueblos amazónicos, costeros y de la Sierra Nevada. También existe, en proceso de estudio, una ley en el Consejo de la Judicatura que ha implicado un proceso de consulta con recursos BID. Frente a

ambas propuestas hemos sido críticos, como también las organizaciones indígenas.

Para cerrar

Las reflexiones y los casos que se han presentado, como pertenecientes a ordenamientos jurídicos distintos y en relación con el derecho estatal, juegan dos realidades distintas respecto al pluralismo jurídico legal: autoridades indígenas que autónomamente actúan y aplican principios y procedimientos y casos que no se resuelven internamente y salen a la jurisdicción ordinaria. Los casos que salen, ya sea para control, o porque es la jurisdicción ordinaria la competente para actuar siempre han de ser examinados constitucionalmente.

Es claro que el modelo constitucional mantiene el espíritu del centralismo legal desde el cual se avalan o invalidan principios y procedimientos determinados, tachándolos de ser o no jurídicamente aceptables, dado que las normas estatales disponen de preeminencia en caso de conflicto. Efectivamente, el Art. 246 CP establece que esos principios y procedimientos de los pueblos indígenas no deben ser contrarios a la Constitución y a la ley. Lo que no siempre resulta claro es, sí ciertos hechos son o no contrarios a la Constitución y a la ley, porque los contenidos de las acciones provenientes de culturas distintas, no son invariablemente inteligibles para un extraño a estos códigos. En la sentencia T-349 de 1996 la Corte declaró que la referencia a la “Constitución y la ley” como restricciones sobre la jurisdicción indígena no debe entenderse en el sentido de que todas las normas constitucionales y legales deben ser aplicables, pues esto reduciría el reconocimiento de la diversidad cultural a mera retórica.

Cuando se acepta un caso en una determinada instancia de la jurisdicción ordinaria, es porque existen o, se cree que existen, ciertos supuestos válidos que ameritan una actuación externa. En el proceso de interacción, se presentan tres manejos distintos dentro de la unión temporal de sistemas normativos diferenciados: no hay sujeción a la ley estatal, al considerar la igualdad con que debería ser tratado el derecho propio, pero sí hay interacción con la jurisdicción ordinaria. Hay sujeción impuesta a la jurisdicción ordinaria, pese a la defensa del derecho propio, y, finalmente, no hay sujeción, ni se tiene en cuenta la jurisdicción nacional porque no se conoce propiamente de su existencia.

Como tendencia positiva y en contraria a lo que sucede cotidianamente a los indígenas respecto de su vida e integridad como pueblos, cada día de manera más cualitativa se respetan esos otros jueces de la república, indígenas decididos a proteger su existencia cultural alterna, realizando su propio derecho.

Bibliografía

Benítez, Hernán Darío. “Jurisdicción especial indígena: Implicaciones de su consagración institucional”. Ponencia, Seminario sobre Jurisdicción Indígena. Popayán, 1997.

Cárcova, Carlos María. *La opacidad del derecho*. Ed. Trotta. Madrid, 1998.

Constitución política de Colombia 1991, Ediciones Emfasar. Bogotá, 1994.

Gros, Cristian. “Derechos indígenas y nueva Constitución en Colombia”. En *Revista Análisis Político*. N° 19. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá, 1993.

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

Sánchez, Botero Esther. *La jurisdicción especial indígena*. Procuraduría General de la Nación, Imprenta Nacional. Bogotá, 2000.

.... *Protección a niños y niñas indígenas de Colombia*. ICBF Quebecor. Bogotá, 2000.

.... *Justicia y Pueblos indígenas de Colombia. La tutela como medio para la construcción de entendimiento intercultural*. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas Sociales. Unibiblos. Bogotá, 1998.

.... “Construcciones epistemológicas para el conocimiento de los sistemas de derecho propio y de las justicias indígenas: El caso colombiano”. *América Indígena*, Volumen LVIII Número 1-2, Enero-Junio 1998.

.... “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. 1992.

.... “Peritaje antropológico. Una forma de conocimiento. El otro derecho”. En *Sociología Jurídica y Ciencias Políticas N° 2*, ILSA Bibliográficas. Santa Fé de Bogotá. 1992.

.... “Costumbre, cultura y ley nacional”. En *Grupos étnicos. Derecho y cultura. Cuadernos del Jaguar*. Editorial Presencia. Bogotá. 1987.

.... “Un nuevo concordato para los indígenas de hoy. Política colombiana”. *Revista de la Contraloría General de la República de Colombia*. Volumen III No 2- 1993.

.... *Manual para la Construcción de Entendimiento intercultural*. IC BF. Bogotá, 1993.

Taylor, Charles. *El multiculturalismo y la política del reconocimiento*. Fondo de Cultura Económica. México, D. F. 1993.

Walsh, Catherine. “La problemática de la interculturalidad y el campo educativo”. Ponencia presentada en el Congreso de la OEI, Universidad Andina Simón Bolívar “Multiculturalismo, identidad y educación”, 2002. Quito.

La costumbre jurídica de los pueblos mayas

John Schwank Durán*

Realidad nacional. Existencia del derecho consuetudinario maya, garífuna y xinca

Desde las primeras relaciones sobre la conquista de Guatemala¹, se hace mención de sistemas propios de los pueblos indígenas para ordenar su vida en sociedad y resolver conflictos. El conocimiento de ello también persiste en las relaciones históricas de diversos autores². La vigencia de la costumbre jurídica de los pueblos mayas permitió incluir, entre las ordenanzas y Leyes de Indias emitidas para el buen gobierno de los territorios conquistados, recomendaciones sobre aceptar esas costumbres. También en los reclamos de autonomía que se hacen a la Corona española (Memorial de Sololá, Memorial de Totonicapán) se insiste en la existencia permanente de mecanismos propios de cada pueblo para resolver sus conflictos.

Los relatos de viajes, de moda en los siglos dieciocho y diecinueve, como los de Thomas Gage y John L. Stephens, también identifican actos donde se hace evidente la práctica jurídica de los pueblos mayas. Stephens relata haber presenciado en Santo Tomás Chichicastenango, en 1842, cómo se sancionó a un trasgresor –no dice por qué– con “una arroba de golpes” (¿25 golpes?), ejecutándose una sentencia del alcalde indígena.

Guatemala es un país multiétnico, pluricultural y plurilingüe. El reconocimiento *a priori* de esa realidad nacional, lleva a la necesidad de encontrar y conocer esas prácticas popularmente aceptadas que, de una manera u otra, permiten la convivencia social. Además de

* Guatemalteco. Abogado y notario. Ex magistrado del Tribunal de Apelaciones. Docente e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar.

¹ Díaz del Castillo, Alvarado.

² Fuentes y Guzmán, Remesal, Vásquez, Marure, Milla y otros.

mestizos y los pueblos *mayas*, conviven en el territorio nacional los *garífunas* y *xincas*³.

Para beneficio del lector conviene hacer un paréntesis. ¿Quiénes son los *mayas*, los *garífunas* y los *xincas*? Empezando por lo más fácil de explicar, los *garífunas* son de origen afrocaribeño y se asentaron desde el siglo XIX en Nicaragua, Honduras, Belice y Guatemala. En este último país, ocupan el municipio de Livingston y otras zonas del departamento de Izabal y hablan el idioma derivado de la zona del Caribe de donde provienen. Los *xincas* son pobladores no originarios del área *maya* pero que cuando sucede la conquista, ya ocupan territorio de lo que ahora son los departamentos de Santa Rosa y Jutiapa y parte del occidente de El Salvador. Se advierte al lector, asimismo, que en este trabajo no se hace referencia a la costumbre jurídica de los *garífunas* y *xincas*, por no contarse con suficiente información sobre ellas⁴.

Los mayas desarrollaron la cultura del mismo nombre y ocuparon la región de Mesoamérica, territorio que ahora forman Guatemala, Belice y, parcialmente México, Honduras y El Salvador. Mesoamérica está limitada al occidente por una línea imaginaria que cruza el istmo de Tehuantepec desde el Pacífico al Golfo de México; al oriente por el Mar Caribe, El Salvador y Copán y su área de influencia, en Honduras; al norte por el Golfo de México; y al sur por el Océano Pacífico. Las ciudades *mayas* existen desde cerca de 2000 años a.C. y son abandonadas entre los siglos XII y XIV d.C. La tradición señala, en el *Pop Wuj* y los Memoriales de Totonicapán, de Sololá y otros, que de algún lugar del oriente mexicano, los ascendientes de los mayas originales emigran al altiplano guatemalteco y allí lograron la domesticación del maíz, base principal de su alimentación. Como mayas se autodefinen actualmente 22 grupos de pobladores de Guatemala, siendo los más numerosos los *maya* hablantes de *K'iché*, *Kaqchikel*, *Q'eqchí*, *Poqomam* y *Mam*.

³ Los *maya* hablantes representan en Guatemala un 45% de la población total. Durante el conflicto armado que duró 30 años, los *mayas* constituyeron el 93% de las víctimas y, asimismo, un terremoto en 1976 afectó, principalmente, las áreas montañosas habitadas por ellos.

⁴ El autor no conoce investigaciones *xincas* y sólo una *garífuna*: Mario Gerardo Ellington Lambe. "Derecho consuetudinario garífuna sobre la posesión y el uso de las playas en el perímetro del Municipio de Livingston, Departamento de Izabal". Tesis universitaria, Guatemala, 1998. Sin editor.

Durante la historia nacional, la población *maya* ha sido tratada de maneras distintas identificándose, para explicar el desarrollo histórico, cinco períodos:

- 1- Desde la conquista española a la formación del Estado liberal en 1871;
- 2- A partir de la revolución liberal a 1944;
- 3- De la Revolución de Octubre hasta finales de la década de 1950;
- 4- De finales de la década citada antes, hasta el fin de dictaduras militares (1984); y
- 5- A partir de 1985 a la fecha; año en que entra en vigor la nueva la Constitución que señala que el Estado reconoce, respeta y promueve (las) formas de vida, costumbres, tradiciones, idiomas y formas de organización social, de las comunidades indígenas.

La primera etapa la constituye la conquista española. Son múltiples los decretos, autos y ordenanzas emitidas por el Reino español y, en especial, los dictados durante las visitas de los oidores a las provincias –y en la de Guatemala tenemos muchos ejemplos de ello–, tratando de destruir sus costumbres, desde prohibir el uso de nombres indígenas, realizar bailes populares y consumir bebidas embriagantes ante sus dioses, hasta imponer castigos corporales y económicos por no observarse normas de conducta y de cultura, incluso prácticas religiosas impuestas por la corona, que no sólo eran desconocidas sino que, además, contrariaban la costumbre local. El indígena era sometido a la esclavitud o la servidumbre para trabajar en la mita y en los obrajes de azúcar, añil y grana y como cargadores de toda clase de productos, exigiéndoles trabajo gratuito a cambio de no pagar tributos o el diezmo.

El siglo XIX es testigo del interés europeo por las culturas milenarias precedentes. Son varias las expediciones científicas interesadas en la botánica y la zoología, y se inicia la investigación científica de los vestigios de la cultura *maya* y, por falta de interés

local, se permite que códices, dinteles, estelas y piezas cerámicas sean llevados a bibliotecas y museos extranjeros⁵.

A partir de la revolución liberal de 1871 y dentro del programa económico de sus líderes, el indígena es considerado como un elemento más del sistema de producción. Para mejorar el desarrollo económico, se introduce la siembra masiva de café, grano originario de Asia, asegurándose el éxito del programa cafetalero con la expropiación de tierra comunal a los indígenas y a las distintas órdenes católicas, tierras que se ponían a disposición de sembradores de café, generalmente allegados a funcionarios públicos. Para asegurar la mano de obra, se forzó a los indígenas a laborar bajo condiciones tales que los constituían en siervos del cafetalero, a través de leyes que prohibían la supuesta vagancia, siendo el patrón quién debía certificar que alguien no era vago, porque trabajaba para él. Más adelante, y también a cambio de tributos, los gobiernos liberales establecieron la “Boleta de Vialidad”, documento que debía portar todo trabajador para demostrar, por asientos en ella, que había participado en trabajos viales, en forma gratuita.

En 1944, una revolución popular destituye a las autoridades pseudo liberales y deroga las leyes de vagancia y de vialidad, emitiéndose la Constitución en 1945, primer instrumento que recoge los derechos de los trabajadores, entre otros, la libertad de escoger donde trabajar, un salario mínimo, indemnización por despido injustificado, horario determinado de trabajo, el derecho a sindicalizarse y a la huelga, y el de acudir a tribunales laborales. Sin embargo, no se reconoce la multiétnicidad ni pluriculturalidad de la nación, y el indígena es respetado por su cultura milenaria y como objeto de estudio antropológico, intensificándose también la investigación arqueológica. Siguiéndose enunciados del Instituto Indigenista Americano, recién creado en la década de 1940, en 1956 se celebra en Guatemala un seminario que pretende establecer medios para que los indígenas sean asimilados a los ladinos⁶, actividad que concluye con la decisión de mantener, en forma permanente el Seminario de Integración Social de Guatemala, que recoge y divulga estudios especializados.

⁵ Carlos Enrique Zea Flores. *Rescate, Salvamento y Recuperación Arqueológica*. Editorial Cultura; Guatemala, 1998, pp. 11 y siguientes.

⁶ En Guatemala se llama *ladino* al mestizo o criollo. Sobre el tema, ver: “¿Por qué es indispensable el indigenismo?”, *Revista del Instituto Indigenista Nacional* (sustituto del Seminario de Integración Social de Guatemala), sin editor, 1969.

El nombre mismo de la institución permanente que se crea, reconoce una acción *asimilista*, de moda en ese entonces, que pretende castellanizar a los indígenas, para facilitar su integración a la sociedad urbana, no indígena, y que tenga acceso a los bienes y servicios de la sociedad ladina. Posteriormente, sustituyendo al Seminario y ampliando su horizonte, se crea el Instituto Indigenista Nacional, que continúa con la publicación de estudios antropológicos y sociológicos. En la actualidad la responsabilidad de investigar y divulgar las distintas culturas nacionales, compete al Ministerio de Cultura y Deportes, con quien compiten diversas organizaciones no gubernamentales, como la Defensoría *Maya* e institutos adscritos a algunas de las universidades del país.

A pesar de haber sido sojuzgado e ignorado, quinientos años después, el orgulloso silencio del indígena ha triunfado al usar normas recogidas por la tradición; y el derecho indígena, que pertenece a la esfera del deber ser, ha sobrevivido la dura conquista que con sus repartimientos, reducciones, tributos, obrajes y otras formas de control social, incluyendo la imposición de un nuevo sistema religioso, quiso terminar con el ordenamiento jurídico ancestral. Asimismo ha resistido la política de aculturación perseguida por el Estado. Por ello se considera que la Constitución Política de la República presenta un nuevo panorama. Ya en el artículo 66 de la Constitución Política se hace referencia a “costumbres, tradiciones y organización social” y varios expertos, señalan que su contenido son las normas que rigen a los pueblos según sus tradiciones y su cosmovisión.

El idioma, como parte de la cultura, es también reconocido, indicando el artículo 76 constitucional lo siguiente: “Sistema educativo y enseñanza bilingüe. La administración del sistema educativo deberá ser descentralizada y regionalizada. En las escuelas establecidas en zonas de predominante población indígena, la enseñanza deberá impartirse preferentemente en forma bilingüe”.

La Ley de Educación Nacional, Decreto 12-91 del Congreso, desarrolla, en los siguientes artículos, la norma constitucional:

Artículo 1. Principios. La Educación en Guatemala se fundamenta en los siguientes principios:... f) Se define y se realiza en un entorno multilingüe, multiétnico y pluricultural en función de las comunidades que la conforman; (...) *Artículo 39. Derechos de los educandos.* Son derechos de los educandos: a) El respeto a sus

valores culturales y derechos inherentes a su calidad de ser humano (...) *Capítulo VI. Educación bilingüe: Artículo 56. Definición.* La Educación Bilingüe responde a las características, necesidades e intereses del país, en lugares conformados por diversos grupos étnicos y lingüísticos y se lleva a cabo a través de programas en los subsistemas de educación escolar y educación extraescolar o paralela. (...) *Artículo 57. Finalidades de la Educación Bilingüe.* La Educación Bilingüe se realiza para afirmar y fortalecer la identidad y los valores culturales de las comunidades lingüísticas. (...) *Artículo 58. Preeminencia.* La Educación en las lenguas vernáculas en las zonas de población indígena, será preeminente en cualesquiera de los niveles y áreas de estudio.

El uso de la costumbre como conjunto de normas y reglas de observancia aceptada por el conglomerado social, en la pluriculturalidad guatemalteca, ha mantenido tal importancia que no es posible que se explique el comportamiento del individuo y sus instituciones, sin recurrir a esas prácticas de observancia general que regulan obligadamente todo el quehacer social, desde el parto de un niño o niña y su bautizo, al entierro del anciano, pasando por las normas que regulan el matrimonio o unión de los pobladores, la distribución y uso de la tierra, hasta la selección de autoridades locales: principales y cabezas de *capules*, con facultad de imponer sanciones y de modificar la conducta de quienes no actúen conforme esas mismas normas. Sin embargo el legislador ha ignorado la existencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos, dentro del territorio nacional. Las normas jurídicas se siguen creando conforme patrones que no coinciden con las prácticas aceptadas y ello lleva a un divorcio entre el Derecho consuetudinario y el vigente escrito, aunque no siempre positivo.

En Guatemala, antes de que se ratificara y aprobara el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo e ignorando otros pactos y tratados incorporados al sistema nacional, se consideró la costumbre sólo como fuente complementaria del Derecho. Una reforma, en el año de 1993, a la Ley del Organismo Judicial, permite el uso de la costumbre en defecto de ley aplicable o por delegación de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Habría que agregar, por así disponerlo el Convenio 169 de la OIT, al que adelante se hace referencia, que no viole los derechos humanos; y a que las penas no sean crueles, infamantes o inusitadas, como lo indica el artículo XXVI de la

Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en Bogotá, 1848.

Es importante medir las limitantes: “que no sea contraria a la moral o al orden público”; que “no viole los derechos humanos”; y que las “penas no sean crueles, infamantes e inusitadas”; a ese respecto Marroquín⁷ ilustra esta situación con un ejemplo:

... si las partes acuerdan como reparación del daño por un delito de hurto, que el imputado laborará en la finca del agraviado por un mes sin salario para pagar el costo de lo apropiado y los perjuicios, el juez no debe rechazar el acuerdo por cuanto no está prevista esta forma de sanción en la ley, sino establecer si contradice o no los preceptos que sobre este tema destaca la Constitución Política de la República, o si viola un derecho humano, o si quebranta un principio general del derecho, o es inequitativo. En el evento de que las partes lleguen al acuerdo, que el trabajo lo realizaría un hijo del imputado, consideramos que el juez lo debe rechazar, ya que estaría violando el principio general del derecho, que la responsabilidad penal es personal.

Dentro del ámbito de la multietnicidad y el plurilingüismo, los administradores de justicia, que por disposición constitucional ejercen en forma monopólica dicha facultad, deberían reconocer que sólo es una minoría de la población, la que hace uso del sistema ordinario, pues el resto de los pobladores, por no querer usar ese sistema o por desconocimiento de la ley, sus postulados, requisitos y formalidades, utilizan otros mecanismos de justicia. Haciendo más patético lo anterior, se suman las distancias que, en algunos casos, habría que recorrer para acceder a un juzgado, las barreras idiomáticas, así como la desconfianza natural del indígena a los aparatos administrativos y sus prejuicios y lenguaje técnico, sólo comprendido por los juristas, que maneja el personal de los tribunales en el marco de tecnicismo y racismo jurídico que prevalece en Guatemala. Todo ello hace que la justicia no funcione igual para todos los ciudadanos o que funcione con serias deficiencias.

⁷ Otto Marroquín Guerra. “Nivel de Aplicación del Convenio 169 en el Actual Sistema de Justicia, Principalmente los Juzgados Locales”, publicado en la página web del Organismo Judicial (ver “Gacetas”).

En forma paralela al monopolio de jurisdicción, que se aplica y conoce en los tribunales de justicia, la población rural guatemalteca, predominantemente indígena, ha tenido y tiene sus propios mecanismos de justicia, resolviendo sus diferencias y problemas mediante prácticas que han funcionado siempre. Esa normatividad oral, gratuita, esencialmente conciliatoria, es utilizada por las comunidades indígenas de Guatemala a través de los cuerpos integrados por principales, ancianos, cofrades, alcaldes, regidores y funcionarios de las comunidades escogidos por consenso, como autoridades locales.

La Corte Suprema de Justicia en el “Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos”⁸, destaca lo que califica como valores *mayas*, la conciliación, el reparo del daño causado, la compensación y el restablecimiento del equilibrio y la armonía. Igualmente valora el carácter no violento de estas culturas y como 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 conciliador y compensador, 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 servicios a la comunidad, son las sanciones más 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* estas van para el ofendido.

Aplicación del derecho de los pueblos mayas

Derivado de las normas constitucionales, de convenios internacionales y los pactos políticos, se ha planteado la necesidad de aceptarse la aplicación del derecho consuetudinario. Para lograrlo es

⁸ “Reporte de País de Guatemala sobre Resolución Alternativa de Conflictos”, presentada y discutida en la 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. Documento no editado, p. 29.

importante la actitud que el legislador ordinario y el Organismo Judicial deben asumir para respetar los derechos humanos de quienes, dentro de una población pluricultural, multiétnica y multilingüe, hacen uso o son sometidos a la jurisdicción ordinaria. En especial, al organismo judicial corresponde aceptar que la virtud de la tolerancia debe prevalecer, para permitir que coexistan, como corolario de una pluriculturalidad, varios sistemas jurídicos paralelos. Estos sistemas paralelos representan un medio alternativo de administración de justicia que, dentro del paralelismo jurídico, puede dar a los pueblos mayas seguridad jurídica, para el desarrollo económico y social de su territorio, utilizando sus propias normas.

Por esa falta de apoyo político, no se ha incluido, entre las normas constitucionales, el expreso reconocimiento a la existencia y validez del derecho de los pueblos mayas, ni se ha emitido la ley coordinadora recomendada, tanto en los Acuerdos de Paz como por la Comisión para el Mejoramiento de la Administración de Justicia⁹; pero a pesar de ello hay que reconocer que, a la fecha, con habilidad, el organismo judicial ha procurado incursionar en el derecho de los pueblos *mayas*, por medio de los Centros de Mediación que funcionan en los distintos poblados del país. Pero el esfuerzo del organismo judicial no ha quedado allí, ya que ha logrado reformas legales, sobre todo en materia penal, las cuales, como adelante se señalan, permiten aplicar usos y costumbres locales.

La ausencia de ley coordinadora no impide la interrelación entre el sistema ordinario de justicia y el de los derechos de los Pueblos *mayas*. Hay campos o espacios donde los dos derechos, consuetudinario y el formal, no forzosamente chocan, sino que se interrelacionan de manera tal que aquél toma del formal, lo que le conviene. Asimismo, en algunas oportunidades, los que aplican las normas o usos locales para resolver conflictos, pueden encontrar conveniente recurrir al ordenamiento jurídico vigente, porque desea inhibirse de conocer de un problema o, incluso, usando la denuncia al sistema formal, como una forma de castigo al trasgresor de la norma social. Por ello, conocer los mecanismos locales utilizados tradicionalmente para dirimir conflictos, se vuelve una necesidad en Guatemala, ya que ignorar la existencia del derecho consuetudinario

⁹ Creada en el “Acuerdo sobre fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática”, suscrito en México D. F., el 19 de septiembre de 1996.

y su oposición total o parcial al vigente, no sólo origina conflictos indeseables, sino provoca la pérdida de credibilidad del sistema democrático, que opera por la delegación de la soberanía en funcionarios seleccionados libremente.

Hay que aceptar no sólo la existencia de un derecho consuetudinario –que aun falta por conocerse bien– sino su colisión con el derecho formal, que hace que éste último pierda o limite su positividad. Ese derecho consuetudinario guatemalteco es una realidad de la vida misma, transmitido oralmente y que se manifiesta y aplica en los pueblos de Guatemala. Es un derecho cuyas decisiones se dictan por personas no especializadas, pero muy respetadas por la comunidad.

Concepto y características del derecho de los pueblos *mayas*

Es oportuno advertir que no hay unidad de criterio en cuanto a cómo definirlo. El experto guatemalteco Rolando López Godínez lo llama *Normatividad de las comunidades naturales*. Algunos investigadores han preferido llamarlo *Normatividad jurídica indígena*. Notas publicadas en medios de comunicación social locales lo han denominado “la ley de mi pueblo”, “el poder de la costumbre” o simplemente “normas heredadas de nuestros antepasados”. En países que siguen el sistema del *common law*, para diferenciarlo del derecho propio, le han denominado *customary law* o ley de la costumbre. La Universidad Rafael Landívar de Guatemala se refiere a la “normatividad jurídica *maya*”; ASIES, en sus informes sobre el tema, le denominó “derecho consuetudinario”¹⁰. En trabajos publicados por la Dirección General de Investigación de la nacional y autónoma Universidad de San Carlos, se ha preferido el término “costumbre jurídica comunal”. Por ahora, otros prefieren diferenciarlo llamándolo “costumbre jurídica *maya*” o “derecho de los pueblos *mayas*”, como hace el autor.

El derecho consuetudinario presupone un conjunto de normas de observancia general, que regulan los intereses públicos y privados de la colectividad. Es uniforme y permanente en el tiempo y se transmite por tradición oral. A esos caracteres, para completar el

¹⁰ Guisela Mayén, John Schwank, Julio Taracena y Danilo Palma. “*Estudio Etnográfico sobre Derecho Consuetudinario*”. Editor ASIES, Guatemala, 1994.

concepto que de la costumbre jurídica *maya* se tiene en Guatemala, cabría agregar que aquellos que respetan su tradición. Enumeremos sus bondades:

Es local. En el mismo pueblo están las partes y quién resolverá el conflicto.

Es oral. Se actúa en el idioma de los interesados y se respeta su cosmovisión.

Es gratuito. Quiénes juzgan no cobran. No hay técnicos ni peritos pagados.

Es barato. No exige de personas o equipos para registrar lo actuado, ni de locales.

No hay costo en su administración.

Es rápido. Casi siempre en sólo una audiencia, todo es conocido y resuelto.

Hay inmediatez. El acusador, el acusado y los juzgadores están siempre presentes.

Es conciliador. Sólo por excepción es sancionador y, esa sanción, generalmente, tiene más peso moral que económico.

Es consensual. Busca que la parte ofendida convenga una solución con el ofensor.

Es flexible. Se resuelve según quieren los que intervienen.

Es preventivo. Se difunde el resultado, para que otros no cometan la falta.

Evita problemas. Hay sanción para quién constantemente levante pleitos.

Es unificador. La comunidad, la víctima y el ofensor, se reconcilian.

Es directo: Las sanciones económicas benefician a la víctima, no al juzgador.

Es voluntario. Se someten a él por respeto. Es un Derecho sin espada.

Sanción: No es vengativa; no necesita cárceles, que sólo “endurecen el corazón”. Se da preferencia a la reparación del daño y al perdón.

Es indudable que la costumbre jurídica de cada pueblo es el mejor instrumento para que la convivencia sea pacífica, pues respetando la tradición jurídica se logra la armonía, el acatamiento de las palabras de los ancianos y la cohesión de la comunidad. En cuanto a su contenido, hay consenso que no es simplemente un derecho viejo versus el nuevo o derecho no escrito versus el escrito; o de un derecho particular frente a un derecho común, sino que se trata de una práctica reiterada, transmitida oralmente, que se reconoce como obligatoria, utilizada para definir y resolver conflictos.

Esa normatividad es aplicada por los pueblos indígenas mayas, a través de los principales, ancianos, cofrades, alcaldes, alcaldes auxiliares, regidores, ancianos, sacerdotes o funcionarios que las comunidades o sus pobladores escogen por consenso. El derecho *maya* está contenido en normas de observancia obligatoria, no codificadas, transmitidas de generación en generación en forma oral, respetándose la cosmovisión que es parte de la tradición; y lo actuado no se registra por escrito, quedando sólo en la memoria colectiva del pueblo. Mantiene la armonía, el respeto a la autoridad, la convivencia y cohesión social. Nazario Ixcamparic dice:

... la justicia impartida en las comunidades de origen *Maya* se caracteriza por ser simple, efectiva, directa, pública, oral, en sus propios idiomas, de solución prudente, razonada e inmediata, porque su filosofía es el bienestar del pueblo *Maya*, a diferencia de la administración de justicia del Estado, se caracteriza por ser lenta, cara, recargada, inadecuada, se imparte en español cuando ésta es aplicada a personas que pertenecen a la sociedad *Maya*; la consecuencia que se deriva de esta situación es que el sujeto sometido a un proceso o parte de un juicio no entiende lo que está sucediéndole, el efecto que produce es la ignorancia de la ley penal en el medio indígena guatemalteco¹¹.

En conferencia dictada por Manuel Salazar Tetzagüic, ahora (2005) Ministro de Cultura, éste señaló la tradición que se refleja en el derecho consuetudinario *maya* descansa en valores que, en *Kaqchiquel* se denomina *tin K'ulub'ej, tiqa k'ulub'ej*: tomo consejo, tomar consejo. Al aceptar el consejo se fortalece la organización social del pueblo *maya*, existiendo por ello los *popol winaq* –las

¹¹ Nazario Ixcamparic, “La justicia de ancianos *mayas* supera la justicia institucional”. Suplemento de *El Regional*, vocero *K'iché Ajtzijonel*, No. 18 del 4 al 17 de octubre de 1996

personas del consejo– y respetándose la práctica del *Tan tib'an popol tziji* –celebrar consejos con y por la comunidad–¹².

En el Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, suscrito en México D. F. el 31 de marzo de 1995, por el Gobierno de Guatemala y la URNG¹³, se concluye:

... La identidad de los pueblos (indígenas) es un conjunto de elementos que los definen y, a su vez, los hace reconocerse como tal. Tratándose de la identidad *maya*, que ha demostrado una capacidad de resistencia secular a la asimilación, son elementos fundamentales: (...) c) Una cosmovisión que se basa en la relación armónica de todos los elementos del universo, en el que el ser humano es sólo un elemento más, la tierra es la madre que da la vida, y el maíz es un signo sagrado, eje de su cultura. Esta cosmovisión se ha transmitido de generación en generación a través de la producción material y escrita y por medio de la tradición oral, en la que la mujer ha jugado un papel determinante; d) Una cultura común basada en los principios y estructuras del pensamiento *maya*, una filosofía, un legado de conocimientos científicos y tecnológicos, una concepción artística y estética propia, una memoria histórica colectiva propia, una organización comunitaria fundamentada en la solidaridad y el respeto a sus semejantes, y una concepción de la autoridad basada en valores éticos y morales; y e) La autoidentificación.

Lo mencionado *ut supra*, ayuda para identificar el contenido de la cosmovisión y cultura que informa el derecho de los pueblos *mayas*, pobladores que participan activamente para resolver los problemas de su comunidad, respetando principalmente la tierra, como antes se dijo, y todo lo natural. Es significativo que el único gran bosque que ha sobrevivido del pinabete guatemalteco, en vía de extinción, es el manejado por las comunidades indígenas de los 48 cantones del departamento de Totonicapán.

Otro aspecto importante es el del uso de idioma propio. El Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas –punto IV, inciso E, numeral 4–, además de tener reconocimientos similares a los del Convenio 169, obliga al Estado a procesar a los indiciados

¹² Manuel Salazar Tetzagüic. “Valores mayas”. En fotocopia. Proyecto movilizador de apoyo a la educación *maya*. Guatemala, 1997.

¹³ Movimientos guerrilleros agrupados bajo el nombre de Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.

indígenas en su propio idioma, lo cual aún no se cumple. También el Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, establece el acceso a la justicia en el idioma del interesado, reconociéndose que Guatemala es una sociedad pluricultural y plurilingüe.

Oportunamente la Comisión que, como se dijo, se estableció por los Acuerdos de Paz, recomendó que se oficialicen cuatro idiomas, además del español: *K'iche'*, *Kaqchikel*, *Q'eqchi* y *Mam*, modificándose así el artículo 143 de la Constitución Política. Aún no se ha oficializado el uso de los cuatro idiomas además del español, y el compromiso de facilitar el acceso a la justicia en el idioma del interesado sólo se está cumpliendo parcialmente por el Organismo Judicial y, en mayor grado, por el Instituto de la Defensa Pública Penal que provee de defensor público, a través de la Defensoría *Maya*, que conoce el idioma del defendido, obteniéndose una fluida comunicación, que protege, sólo en esos casos, los derechos del procesado.

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho internacional

Es indudable que la atención del juzgador al derecho internacional es más que una tarea una obligación. Es evidente, por el acápite, la intención de presentar al lector algunos de los tratados, convenios y pactos que Guatemala ha suscrito y ratificado, incorporándolos a la normativa jurídica nacional, y ello se hace por la convicción de que dichos documentos internacionales sirven de fundamento no sólo a alguna normativa local que se ha inspirado en ellos, sino a la práctica de la costumbre. Es importante agregar que el Código Procesal Penal reconoce el uso del derecho internacional al señalar: “Los tribunales y demás autoridades que intervengan en los procesos deberán cumplir los deberes que les impongan la Constitución y los tratados internacionales sobre los derechos humanos”¹⁴. Cabe agregar que la Constitución Política, da preeminencia a dichos tratados, sobre la ley ordinaria.

Convenio 169. Aunque no es la primera norma en el tiempo, sí es la que vino a actualizar el tema del derecho propio de los pueblos,

¹⁴ Código Procesal Penal, artículo 16.

reconociendo el derecho consuetudinario en sus artículos 8.1 y 8.2 cuando establece que:

... al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, se deberá considerar sus costumbres o su derecho consuetudinario (...)
Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas 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.

Cuando se aprueba por la Organización Internacional del Trabajo el Convenio 169, en Guatemala se conocen opiniones a favor y en contra de la aprobación y ratificación del mismo. Preocupaba a los opositores, en especial, la referencia al derecho de los pueblos indígenas a la tierra que tradicionalmente han poseído y el reconocimiento del derecho consuetudinario de dichos pueblos. A pesar de la oposición existente, el Convenio fue aprobado mediante Decreto Legislativo 9-96 el 9 de marzo de 1996, y ese mismo año, el 10 de abril fue ratificado y el 24 de mayo se depositó en la OIT.

Previo a su aprobación y ratificación, se obtuvo opinión favorable de la Corte de Constitucional, y ésta, en expediente N. 199-95, del 18 de mayo de 1995¹⁵, señaló: "... la Constitución debe interpretarse como un conjunto armónico, en el que cada parte se interpreta en forma acorde con las restantes, que ninguna disposición debe ser considerada aisladamente y que debe preferirse la conclusión que armonice y no la que coloque en pugna a los distintos preceptos del orden constitucional".

Concluyendo, la Corte que el Convenio 169 de la OIT: "... no contraviene la Constitución, ya que no regula ninguna materia que colisione con la ley fundamental sino que, al contrario, trata aspectos que han sido considerados constitucionalmente como llamados a desarrollarse a través de la legislación ordinaria".

También ha sido tema de discusión si el permitir que los pueblos mayas utilicen su propio derecho, no se está favoreciendo, sólo a una

¹⁵ Gaceta Jurisprudencial N. 37, Opiniones Consultivas, Corte de Constitucionalidad, expediente N. 199-95, 18 de mayo de 1995, p. 9.

parte de los ciudadanos, violando “el principio de igualdad ante la ley”¹⁶. Al respecto, la Corte de Constitucionalidad ha mantenido el principio aristotélico de igualdad entre iguales. La Corte de Constitucionalidad –el 6 de julio de 1988, caso 120 88–, señaló que no se viola el principio de igualdad al “... clasificar y diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso...”. El criterio lo reiteró, más ampliamente, en “Opinión Consultiva sobre el Convenio 169 de la OIT”, y en otras sentencias, señalando que sería discriminatorio tratar como iguales a quienes no lo son.

Otras normas internacionales de observancia obligatoria. El estado guatemalteco como país signatario de pactos y convenios internacionales, está igualmente obligado a respetar, proteger y promover aquellas expresiones culturales que constituyen parte de la identidad de los pueblos indígenas. Entre las normas están:

- 1- *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial* (Nueva York, 1965). Por él, Guatemala debe prohibir y eliminar cualquier forma de discriminación por motivos de raza, color u origen étnico y a garantizar el libre ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales. La discriminación puede ser activa: si se impide al individuo el ejercicio de sus derechos; o pasiva: si no se implementan los mecanismos necesarios para que la persona disfrute de un derecho. En Guatemala se ha desarrollado el control de la discriminación activa, tipificando la misma como delito, pero es poca la acción estatal para terminar con la pasiva.
- 2- *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales*. (Adoptado por Naciones Unidas en 1966, aprobado por Decreto 69-87 del Congreso y declarada la adhesión el 6 de abril de 1988). Obliga al Estado a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto, sin discriminación alguna. Entre esos derechos está el de la educación y el procurar el desarrollo económico, social y cultural, de los pueblos.
- 3- *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, ratificado por Guatemala el 5 de mayo de 1992, artículo 27, señala: “En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas,

¹⁶ II. Declaración americana de los derechos y deberes del hombre, aprobada en Bogotá, 1948.

no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros, de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

- 4- *Declaración sobre derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*. ONU, Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1982, vigente en Guatemala desde el 18 de diciembre de 1992, en su Artículo 1.1 indica: “Los Estados protegerán la existencia y la identidad étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de su territorio respectivo y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad”. Y en su artículo 2.1 señala: “Las personas pertenecientes a minorías tendrán derecho a disfrutar su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión, y a utilizar su propio idioma, en privado y en público”.
- 5- *Reglas mínimas de las medidas no privativas de la libertad –Reglas de Tokio–* emitidas en Asamblea General de las Naciones Unidas, el 14 de diciembre de 1990. En sus principios generales establece: “Las presentes Reglas mínimas contienen una serie de principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de la libertad, así como salvaguardias mínimas para las personas a quienes se aplican medidas sustitutivas de la prisión. 1.2 Las Reglas tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal, específicamente en lo que respecta al tratamiento del delincuente, así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad”.
- 6- *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, ratificada por Guatemala. En relación a golpes y chicotazos, como pena, tan criticado por los que no conocen el derecho de los pueblos *mayas*, explica porqué éstos, siendo sanciones legítimas que, no causando dolores o sufrimientos graves, pueden aplicarse: “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el termino tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves ya sean físicos o mentales (...) No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas...”.

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho penal y procesal penal

Fuera de las concepciones jurídicas del derecho consuetudinario *maya*, *garífuna* o *xinca*, que descansan primordialmente en que el hombre, en cada uno de sus pueblos, acepte voluntariamente dichas normas, encontramos la existencia paralela de un derecho emanado del Estado, que pretende ser positivo y único, y que en muchas ocasiones, colisiona con la norma consuetudinaria. Es opinión generalizada entre los estudiosos del tema, que la costumbre impacta más frente al derecho penal positivo, pues es en el campo de la acción antisocial o delictiva, donde es mayor el enfrentamiento de normas consuetudinarias y normas penales contenidas en el derecho vigente.

En efecto, donde el poder de imperio del Estado quiere hacerse más evidente es en el mantenimiento de la paz social, fin que procura obtener toda normatividad que legislador crea en materia penal. El Código Penal, con sus tipificaciones delictuales y el Código Procesal Penal, con sus normas procesales, son el andamiaje fundamental que utiliza el Estado para construir el orden y la tranquilidad en la sociedad, y cuando la costumbre no acepta o respeta las tipificaciones delictuales del Código Penal o no acepta o respeta los procedimientos para encontrar al culpable y sancionarlo, que el Código Procesal Penal contiene, surge un enfrentamiento entre el derecho emanado del legislador ordinario y la costumbre aceptada por la comunidad.

Habida cuenta de lo señalado, es importante reiterar que en la aplicación de las normas tipificadoras de conducta antisocial y el procedimiento para sancionar al infractor, es donde el distanciamiento o choque entre el derecho consuetudinario y el estatal vigente, pero no positivo, puede ser mayor y provocar violaciones evidentes de los derechos humanos, por lo que se hace necesario acortar la distancia que existe entre los dos derechos o, en el mejor de los casos, deslindar juiciosamente su campo de aplicación, evitándose la doble sanción, como adelante se señala, o evitándose la sanción por el Estado de un acto o conducta que la comunidad no considera antisocial.

Ahora bien, para algunos estudiosos del tema, los campos de aplicación de cada uno de estos sistemas jurídicos y sus puntos de contacto o de distanciamiento o de choque, provocan la necesidad de establecer una categoría de normas protectoras del indiciado que sea

indígena, pues sólo así puede asegurarse la protección de sus derechos humanos, que le resultan propios por tratarse de una minoría, sociológicamente hablando. Lo indicado obligó a los signatarios de los Acuerdos de Paz, en especial los acuerdos sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas y el del fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, a señalar algunas normas que deben incorporarse a la legislación local o a la práctica judicial.

Ya el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, con vigencia plena en Guatemala desde el 7 de junio de 1997, señala en su artículo 8° que, al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, el juzgador deberá tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Se agrega, y Guatemala así lo aceptó en los artículos 66 y 67 de la Constitución Política, que dichos pueblos deben tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias; agregando el Convenio que los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse en los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo el Convenio indica que el juzgador no debe imponer una pena mayor que la que la comunidad, por un hecho delictivo, impondría al infractor indígena.

El artículo 10 del Convenio pide que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, debe tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales, y deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos de encarcelamiento. Nótese que de esta norma se deriva la necesidad de dar un tratamiento penal distinto a un procesado indígena de quién no lo es, pues el juzgador debe tomar en consideración las características socio económicas y culturales y el derecho consuetudinario del indiciado, incorporando al proceso ordinario la institución conocida como el Dictamen Cultural.

También el Gobierno se comprometió a desarrollar una política que permitiera crear juzgados especializados, para atender los asuntos agrarios, pero a la fecha estos tribunales no han sido creados. La existencia de varios problemas de tierras ocupadas por terceros, algunos resueltos con violencia, puede ser que decida al Organismo Judicial a interesarse en estos tribunales técnicos y especializados.

La administración de justicia *maya* está presente. Hay que estudiarla y aceptarla y de alguna manera, identificar lo que los ancianos han resuelto. Esto último no sólo para que el juez conozca que un hecho ha sido ya juzgado y resuelto, evitándose imponer una doble sanción o condena por el mismo hecho, sino que, además, para que el juzgador imponga en su caso la pena que, al infractor, le impondría su comunidad. Como antes se señaló, la Comisión de Fortalecimiento de la Justicia, fuera de recomendar el reconocimiento constitucional de la forma tradicional de resolver conflictos de los pueblos indígenas, sugiere que, cómo ya antes se señaló, una ley de coordinación resuelva como hermanar los sistemas legales existentes.

Hay quiénes consideran que esa ley coordinadora es indispensable, ya que el artículo 70 constitucional establece que una ley específica regulará todo lo relativo a la sección tercera constitucional, que se denomina “Comunidades indígenas”. Otros expertos sostienen que no es necesaria la regulación por una ley específica por las siguientes razones: a) porque Guatemala cuenta con base legal y constitucional suficiente para promover un desarrollo del derecho indígena dentro de los márgenes del Convenio 169 de la OIT, siempre que se respeten los límites fijados en dicho Convenio; b) que debido al grado de desconocimiento que existe sobre este tema, existe alto riesgo que una ley se convierta en una camisa de fuerza que tergiverse gravemente las posibilidades que el desarrollo de un sistema jurídico indígena podría tener; y c) existen otras vías, tales como el uso de recursos que obliguen a los altos tribunales de justicia a pronunciarse sobre temas en los cuales es necesaria una luz jurisprudencial que resulte del análisis concreto del caso concreto.

Tanto el Convenio 169 de la OIT, que ya forma parte de la legislación interna conforme el Decreto 9-96 del Congreso, como lo convenido en los Acuerdos de Paz, requieren que los Tribunales de la República apliquen la acción jurisdiccional, a lo que allí se ha reconocido como parte integral del derecho de los pueblos que habitan Guatemala. Es indudable que esa adecuación no sólo requiere de una revisión legislativa que se ha llevado a cabo paulatinamente, sobre todo en relación a temas del Derecho Procesal Penal.

Como antes se dijo, el organismo judicial ha hecho un esfuerzo especial para reformular todo un mecanismo de administración de

justicia, saturado por un sistema único de derecho, a efecto de que el paralelismo jurídico, producto de la multiculturalidad del país, se integre al sistema múltiple de justicia y así se permita que se cumpla con lo establecido en los pactos políticos señalados. El esfuerzo de las autoridades ha descansado en dos ejes: lograr reformas legales que permiten a los jueces, en especial a los que están al frente de los tribunales comunitarios, aplicar la ley y permitir que la sentencia se cumpla conforme la costumbre del lugar, generalmente con trabajo comunitario.

El derecho de los pueblos *maya*. Su presencia actual

El nuevo orden mundial establecido por medio del reconocimiento universal de los derechos humanos, que contiene las garantías mínimas que hay que observar en la solución jurisdiccional de conflictos, es también aplicable a las normas que utilicen las comunidades *mayas*, y así lo reconoce expresamente el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, OIT. Las comunidades indígenas deben evitar el conflicto entre sus normas y los derechos humanos. Por ello, los que aplican la norma tradicional deben informarse sobre la existencia y vigencia de esos derechos universales, para observarlos y para que la norma no sea perjudicada.

La Comisión de Fortalecimiento de la Justicia –creada conforme los Acuerdos de Paz– señaló en su informe final: “La ausencia de reconocimiento y consideración de estas formas de ‘justicia tradicional’, alternativa a la oficial, ha correspondido en Guatemala a una carencia mayor del sistema de justicia, consistente en su falta de correspondencia con el carácter multicultural y pluriétnico del país”.

Concluyendo: “... que la Constitución Política de la República debe incluir una norma que reconozca la existencia de principios, criterios y procedimientos que los pueblos indígenas desarrollan para resolver los conflictos entre los miembros de su comunidad, así como la validez de sus decisiones ...”.

Ese derecho consuetudinario guatemalteco es una realidad de la vida misma, transmitida oralmente y que se manifiesta y ejecuta en los pueblos de Guatemala. Es un derecho informal, ágil, cuyas resoluciones se imparten por no especializados que merecen el respeto de la comunidad. Es deseable que los juristas lo sistematicen,

le creen doctrina y encuentran la jurisprudencia; pero no es seguro que lo mencionado sea posible, pues el derecho consuetudinario es asistemático, aunque siempre se inspire en valores superiores y en principios que permiten mantener la convivencia pacífica entre los pobladores que lo utilizan. A lo más que puede acercar este trabajo es a señalar, como se hace adelante, varios casos que ejemplifican la aplicación del derecho consuetudinario.

El Convenio 169 fue aprobado mediante Decreto Legislativo 9-96 el 9 de marzo de 1996, y a partir de ese hecho, se inician acciones estatales encaminadas a facilitar la solución de conflictos por medios alternos. Asimismo facilita la aplicación de la costumbre, como método para resolver conflictos, incluyéndose el derecho de los pueblos *mayas* dentro de esa categoría, no estando como igual del derecho oficial, pero tampoco supeditado a éste. Entre las reformas introducidas al Código Procesal Penal, por medio del Decreto 79-97 del Congreso, sobresalen:

Artículo 24 Ter. Acciones públicas dependientes de instancia particular. Para su persecución por el órgano acusador del Estado dependerán de instancia particular, salvo cuando mediaren razones de interés público, los delitos siguientes:

- 1) Lesiones leves o culposas y contagio venéreo;
- 2) Negación de asistencia económica e incumplimiento de deberes de asistencia;
- 3) Amenazas, allanamiento de morada;
- 4) Estupro. Incesto, abusos deshonestos y violación, cuando la víctima fuere mayor de dieciocho años; si la víctima fuere menor de edad, la acción será pública;
- 5) Hurto, alzamiento de bienes y defraudación en consumos, cuando su valor no excediere diez veces el salario mínimo más bajo para el campo al momento de la comisión del delito, excepto que el agraviado sea el Estado, caso en que la acción será pública;
- 6) Estafa que no sea mediante cheque sin provisión de fondos, o cuando el ofendido sea el Estado, en cuyo caso la acción será pública;
- 7) Apropiación y retención indebida;

- 8) Los delitos contra la libertad de cultos y el sentimiento religioso;
- 9) Alteración de linderos;
- 10) Usura y negociaciones usurarias.

También se aumentan los actos perseguibles sólo por acción privada:

Artículo 24 Quáter. Acción privada. Serán perseguibles, sólo por acción privada, los delitos siguientes:

- 1) Los relativos al honor;
- 2) Daños;
- 3) Los relativos al derecho de autor, la propiedad Industrial y delitos informáticos¹⁷;
- 4) Violación y revelación de secretos;
- 5) Estafa mediante cheque.

En todos los casos anteriores, se procederá únicamente por acusación de la víctima conforme al procedimiento especial regulado en este Código (...) En caso de que la víctima fuere menor o incapaz, se procederá como lo señala el párrafo tercero del Artículo anterior.

Las reformas al proceso penal incluyen la mediación, como medio alternativo para resolver conflictos, y el organismo judicial ha incentivado debidamente estos centros que funcionan en los 22 departamentos de la República y en algunos municipios del altiplano indígena. Los resultados han sido positivos y no han desplazado, como se temía, a los principales, sacerdotes y ancianos *mayas*, que siguen actuando conforme sus propias costumbres.

Juzgados de paz comunitarios. El Decreto 79-97 del Congreso de la República, estableció que en cinco municipios donde no hubiere Juez de Paz, se nombrará en materia penal, a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua¹⁸ predominante de la región y en español. La competencia de esos jueces comunitarios se limita a: aplicar el criterio de oportunidad, en los casos y formas que la ley permite; celebrar

¹⁷ Incisos de la a) a la f) fueron derogados por Decretos 56-2000 y 57-2000.

¹⁸ Nótese el término: lengua. Debió decir “idioma”.

audiencias de conciliación y aprobar acuerdos en delitos de acción privada y pública dependientes de instancia particular, y otras funciones establecidas en la siguiente base operativa de los juzgados comunitarios:

Artículo 552 Bis. Juzgado de paz comunitarios. En cinco municipios de la República en donde no hubiere juzgados de paz y en el plazo de tres meses, la Corte Suprema de Justicia nombrará como jueces de paz en materia penal a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua¹⁹ predominante de la región y en español. Para la designación de los Jueces comunitarios, la Corte Suprema de Justicia realizará consultas con las diferentes autoridades comunitarias.

Los jueces de paz comunitarios tendrán competencia para:

- a) Aplicar el criterio de oportunidad (...)
- b) Podrán celebrar audiencias de conciliación y aprobar acuerdos entre las partes en los casos de delitos de acción privada y de acción pública dependientes de instancia particular.
- c) Recibirán la primera declaración del imputado, dictarán las medidas de coerción personal que correspondan y remitirán el expediente al juzgado de primera instancia competente poniendo a su disposición al detenido si lo hubiere, cuando se trate de delitos graves o cuando no proceda el criterio de oportunidad o fracase la conciliación.
- d) Si no hubiere delegación del Ministerio Público, ordenará el levantamiento de cadáveres, documentando la diligencia en acta en la cual se consignen las circunstancias.

Dichos jueces resolverán por mayoría, previa de liberación y ejercerán su competencia en la circunscripción territorial del Municipio. Presidirá el tribunal el juez de mayor edad y **resolverán con arreglo a los usos y costumbres**, la equidad y los principios generales del Derecho cuando ello fuere posible. Sus fallos no podrán violar la Constitución ni las leyes.

La actividad judicial que desarrollen se efectuará conforme a los principios de oralidad, publicidad, mediación y contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

¹⁹ Nótese el uso del término “lengua” siendo el correcto: idioma.

Concluido un año (...) de los juzgados de paz comunitarios, (...) se implementará este tipo de Juzgados en los municipios del país, donde no hubiere juzgados de paz”²⁰.

No se trata realmente de un reconocimiento al derecho de los pueblos *mayas*, pues reduce a los principales, sacerdotes y ancianos a jueces menores sustitutos dentro del esquema de la justicia ordinaria, aplicando leyes estatales, formando expedientes escritos - no se dice si en idioma indígena o si en español-, etc. Incluso hay una contradicción intrínseca cuando se establece que resolverán con arreglos a los usos y costumbres, la equidad y los principios generales del derecho cuando ello fuere posible, pero se agrega que los fallos no podrán violar... las leyes.

La práctica constante de acudir, que continúa en las comunidades *mayas*, a personas respetadas, para que sean éstas las que impartan justicia, ha estado y está sustituyendo al juez ordinario, descargándole trabajo al organismo judicial. Esa realidad ha permitido que en el Acuerdo sobre el fortalecimiento del poder civil y función del ejército en una sociedad democrática, se haga mención a la necesidad de una apertura a mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y corresponde al organismo judicial, aceptar como mecanismo alterno, la práctica jurídica existente de los pueblos *mayas*, *garífuna* y *xinca*.

También, debido a la reforma del artículo 552 Bis. del Código Procesal Penal, en cinco municipios donde la población de ascendencia *maya* es mayoritaria, se han establecido cinco Juzgados de paz comunitarios, experimentales. Éstos los integran la Corte Suprema de Justicia con tres jueces no técnicos, vecinos del lugar, escogidos dentro de personas recomendadas por las organizaciones locales, debiendo los juzgadores conocer el idioma local y el español, pudiendo aplicarse, al dictar sentencia, los usos y costumbres de la comunidad. Su eficiencia es discutida y falta una completa evaluación para saber si aplican o simplemente dicen complementar su fallo conforme el derecho consuetudinario, o si sólo sustituyen a las autoridades reconocidas por la población. Véase una sentencia dictada por uno de éstos tribunales de paz

²⁰ Desde que se crearon 5 tribunales, no se han vuelto a establecer otros, pero sí se han creado Juzgados de Paz en casi todos los 333 municipios del país, que pueden operar conforme señala este artículo 552 Bis.

comunitarios, donde es notoria la presencia del derecho oficial y sólo en la sustitución de la pena se refleja un componente del derecho consuetudinario: la restitución del tejido social por servir a la comunidad. Falta que el condenado pida perdón y que sea perdonado, exigencias comunales que casi nunca se reflejan en las sentencias de tribunales:

San Andrés Semetabaj, Sololá (Vega, 2004)²¹:

Caso: Insultos y agresión. Causa 144-03: falta (insultos y riña)

Sentencia (10/9/03) escrita en español, y contiene:

Descripción hechos de inicio de juicio y desarrollo del mismo, describiendo pruebas.

Cita de leyes: Constitucionales, Código Penal y Procesal Penal y Convenio 169.

Pena:

- arresto 20 días, conmutables por Q 5.00 por día (sanción a faltas del C. Penal);
- no se fijan responsabilidades civiles (Código Penal); y
- se permite retribuir el daño, preparando almuerzo escolar en la escuela pública, durante 3 días.

Cosa juzgada y el peritaje cultural. Estas dos instituciones jurídicas no escapan de participar en problemas que surgen al colisionar las culturas jurídicas de los pobladores urbanos y ladinos, con aquellos que tienen un idioma, cultura y cosmovisión distinta y que son, en mayoría, pobladores rurales.

El principio de cosa juzgada se instituye para proteger a la persona de una doble o múltiple persecución penal por varios y distintos juzgadores, garantizando así el principio de que nadie puede ser juzgado ni condenado por el mismo hecho, más de una vez. Por ello, si la autoridad que conoció un caso aplicando el

²¹ Astrid Vega Girón. "El acceso a la justicia de las comunidades indígenas". Tesis universitaria. Sin editor, Guatemala, 2004.

derecho de los pueblos *mayas* de acuerdo a la costumbre, otra autoridad, sea *maya* o juzgador oficial, no puede ya conocer del mismo asunto, extremo que puede probarse por los medios establecidos en el Código Procesal Penal. Debería incluirse entre esos medios, la simple declaración de quién, juzgando, resolvió el conflicto, lo cual también podría probarse por testigos idóneos. Por ello, el Juez del sistema estatal de justicia debe abstenerse de actuar.

Peritaje cultural. Es nuevamente la Defensoría *Maya* la que convence a juzgadores ordinarios y a los ciudadanos que integran los tribunales comunitarios, para que obtengan opiniones sobre la cultura y costumbre del lugar. El siguiente es el primer caso conocido en Guatemala donde se ha presentado un peritaje cultural:

Caso: Indígena *k'iché* capturado (9/2002) por fabricación clandestina de *cusha* (aguardiente destilada) para ofrendarla a Maximón. Santiago Atitlán, Sololá.

Circunstancias especiales: El Juez lo deja libre bajo condición de presentarse los viernes. La intervención de Defensoría Indígena propone a Juez que participen autoridades mayas locales, lo cual se acepta.

Peritaje cultural: (3/2003). La comunidad propone la intervención de un cofrade experto en el culto a Maximón, que dictamina que es necesario que devotos y cofrades hagan oferta de *cusha* para celebrar el culto, tal como lo hizo el detenido.

Resolución: El Juez resuelve dejar libre al detenido y ordena que el licor confiscado, sea entregado a la cofradía. Se basa en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, con vigencia plena en Guatemala desde el 7 de junio de 1997, que señala en su Artículo 8° que al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados, el juzgador deberá tomar en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario; y en los artículos 66 y 67 de la Constitución Política, agregando que los Derechos Humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse en los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Asimismo, el Convenio indica que el juzgador no debe imponer una pena mayor que la que la comunidad, por un hecho delictivo, impondría al infractor indígena.

Cosa juzgada. Es interesante notar que en un caso resuelto por los ancianos de una comunidad de pobladores de ascendencia *maya* se sancionó a una persona que participó en el robo y destrucción de un vehículo, y posteriormente el Tribunal de Primera Instancia condenó a la misma persona, por el mismo delito; sin embargo, por sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia, bajo el principio del *non bis in ídem*. Este es un paso importante pues implica un reconocimiento del más alto tribunal del país de la vigencia del derecho consuetudinario. Se presenta en forma esquemática el caso, que demuestra lo que no debe hacerse y, como se dijo, hubo necesidad de corregir:

Caso: Robo de vehículo en marzo, 2002. Comunidad de Payajxit y Pemesebal, Totonicapán.

Circunstancias especiales: Autoridades indígenas instan a uno de los culpables a que revele nombre de cómplices y pida perdón. Éste ofrece vender terrenos (su herencia) para pagar al ofendido, y en las oficinas de la Defensoría Indígena *Wajxaqib' Noj*, se presenta el ofensor ante el ofendido y autoridades tradicionales, y pide perdón e indica quiénes son los otros implicados, quiénes llegan a otras reuniones, todos acompañados de sus padres. Con excepción de uno (Félix), confiesan y piden perdón.

Penas: No se documenta por escrito, pero la TV nacional lo filmó: Nueve azotes (número sagrado), con ramas de ciprés. Se entregan a los culpables a la PNC.

Sentencia de Juzgado de Instancia de Quiché: Con excepción de Francisco Velásquez López, que confesó y fue condenado, los otros fueron liberados.

Sentencia de Casación: del 7 de octubre de 2004: Francisco Velásquez López interpone Casación, y la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia CASA el fallo y dicta sentencia, absolviendo a Velásquez, pues el Juez no observó la preeminencia del Convenio 169 OIT, y porque Velásquez ya había sido castigando (**no bis in ídem**).

El derecho de los pueblos *mayas* y el derecho civil

Etnia *Mam*: Asunto civil sobre propiedad de inmueble. Juan y Andrés pretendían ser dueños de una misma parcela de terreno. Para buscar una solución, acudieron ante los Principales, y al explicar sus pretensiones cada uno presentó un documento: Juan uno que le había dejado su abuelo y Andrés otro que le había entregado su difunto padre. Examinados los documentos, los principales le dieron preferencia al de Andrés, por lo que a él se le entregó la posesión del inmueble, conformándose Juan.

Comentario: Nótese que conforme el artículo 977 del Código Civil vigente, ambos documentos son nulos, por carecer de las formalidades esenciales de un testamento. Se conocen también casos donde son los principales o autoridades municipales las que algunas veces resuelven sobre quién hereda los bienes de sus padres, dándose preferencia al hijo que se haga cargo del cuidado del progenitor sobreviviente, no observándose ni las normas sustantivas del Código Civil, ni las adjetivas del Código Procesal Civil y Mercantil.

Conforme la legislación del siglo pasado, se ordenó la creación de un registro inmobiliario a cuyas normas es probable que muchos propietarios indígenas se acogieran, sin embargo, como el sistema de transferencia de la propiedad de la tierra que el sistema indígena utiliza es distinto del civil y notarial vigente, ya sea por venta o por herencia, han aparecido propietarios que no cuentan con documentos registrables. Cuando esos documentos quieren crearse, porque así lo exige un nuevo comprador o porque se desea hipotecar el inmueble, ignorándose si éste estuvo o no inscrito en el registro inmobiliario, se inician diligencias de titulación supletoria, que al concluir con el registro nuevo del inmueble, puede ser que haya resultado en duplicar la inscripción original. Ello podría evitarse si de alguna manera se reconociera la autoridad de principales o ancianos, que podrían testimoniar sobre el nuevo propietario, continuando con una información sistemática y veraz que podría incluso asistir al registro oficial. La nueva Ley de Registro de Información Catastral, Decreto 41-2005 del Congreso, aunque sólo se trate de un registro predial, si

no se observan mecanismos de registros que reconozcan las prácticas de los *mayas*, *garífunas* y *xincas*, entre algunos años estará desactualizado y su eficacia se perderá.

Además hay que recordar que muchas instituciones civiles y familiares, se implementan por medio de arreglos logrados conforme la costumbre local. Entre esos asuntos hay que incluir: nombres y apellidos, la pedida de la novia, la unión o matrimonio, filiación, alimentos, separación, a cargo de cuál hijo quedan los padres ancianos, etcétera.

El derecho de los pueblos *mayas*, *xincas* y *garífunas*, es una ciencia que tiene aún mucho que enseñar.

Derecho consuetudinario: algo más que una alternativa para resolver conflictos

Es necesario hacer referencia, aunque sea somera, al derecho consuetudinario indígena o *maya*, como un medio alternativo de resolver conflictos. Recordemos la función jurisdiccional encargada antes de la vigencia de la Constitución de 1985, a los Alcaldes municipales, quiénes impartían una justicia directa incluso a través de alcaldes auxiliares indígenas, no siempre formal pero sí conciliadora. Al retirarse de la autoridad electa local esa función, entre otras razones por ser ella propia del órgano jurisdiccional ordinario, se perdió la oportunidad de que los alcaldes indígenas buscaran una solución a los conflictos que surgen entre particulares, pero recientes modificaciones del Código Municipal permiten la existencia y función de los alcaldes indígenas, como auxiliares encargados de mantener el orden dentro de la comunidad.

De parte del organismo judicial y para sustituir la función de los alcaldes como jueces menores, se han inaugurado juzgados de paz en casi todos los municipios del país, y se ha procurado escoger jueces que conocen el idioma y las costumbres locales. Sin embargo, los juzgados de paz no sustituyen el derecho consuetudinario y se produce un divorcio entre el juzgador y la comunidad a su cargo, dificultándose la aplicación de la justicia formal u ordinaria. Para paliar algunos de los problemas, el organismo judicial ha establecido cinco centros de administración de justicia (CAJ), donde se concentran junto al juzgador, el Ministerio Público y el Instituto de la Defensa Pública Penal. Esta última institución es la que procura

asegurarse de la presencia de traductores y quien contrata, según el caso, a los peritos culturales. También funcionan en éstos centros de mediación cuyos resultados son positivos y que obligan a su reconocimiento por el órgano jurisdiccional que conocía del conflicto mediado. Es pertinente señalar que si bien es laudable la función mediadora impulsada por el organismo judicial como una forma de desjudicialización de conflictos, ello no sustituye la función legítima de dirimir conflictos de los ancianos del lugar, pues éstos buscan, más que sancionar al infractor, su reinserción al grupo social que resultó lesionado por la mala acción y la reparación del daño causado, lo cual se logra cuando el culpable pide perdón y es perdonado.

El autor considera que es necesario insistir en que la solución propuesta por las reformas al Código Procesal Penal, contenidas en el Decreto 79 97 del Congreso (Art. 552 bis), no es un reconocimiento de la existencia del derecho consuetudinario *maya*, *garífuna* y *xinca*, sino una manera de utilizar a las autoridades locales, respetadas por el pueblo, como instrumentos convenientes a un organismo judicial que no está presente en todo el país. Al otorgarse a los sacerdotes, cofrades o ancianos, ciertas facultades que corresponden a un juez menor, si bien se reconoce ya la existencia e importancia de aquellos, se reduce su calidad de autoridades superiores de un pueblo, a la de auxiliares menores del organismo judicial mencionado.

Las alcaldías indígenas

No puede terminar este trabajo sin mencionarse las alcaldías indígenas, institución excelente que ha sido perjudicada por disposiciones legales que prefieren la selección de funcionarios por métodos generalmente aceptados en otras culturas, donde la elección de autoridades se hace por mayorías absolutas, simples o calificadas, en tanto que la costumbre de los pueblos en Guatemala prefiere la selección de la autoridad por consenso.

Un caso concreto que prueba la eficacia de la alcaldía indígena, se refiere al alcalde municipal de San Juan Atitlán del Departamento de Huehuetenango. Por lo general, la elección de la autoridad máxima municipal recae en un indígena y forman parte de la corporación municipal miembros de la cofradía: los principales de la costumbre, que es un consejo de ancianos integrado por cinco

personas, algunos no saben leer, pero su experiencia es valiosa, y son electos en noviembre de cada año. Al asumir sus funciones se identifica el acto como Día de la Entrega de la Flor. Para la elección de los 5 mayores, se toma en cuenta su honorabilidad y responsabilidad, asumen también la responsabilidad de nombrar alcaldes auxiliares, alguaciles, policías municipales y guarda-bosques.

La mayor parte de los problemas que surgen en la comunidad son atendidos y resueltos por el alcalde municipal, con la intervención de los cinco mayores y los concejales. La alcaldía indígena, ya sea titular o auxiliar en un municipio con población mayoritaria *maya*, asume función coordinadora entre las autoridades locales y las regionales o centrales, respetarlas y rescatarlas, es un deber cívico.

Hay que destacar la función que se ha concedido al síndico municipal para intervenir en asuntos penales, especialmente para promover y documentar una conciliación y para solicitar, como consecuencia de ello, la aplicación del criterio de oportunidad y desjudicializar, así el caso –artículos 25.25 bis, 25 ter, 25 quáter–, del Código Procesal Penal.

Punto final

El futuro es prometedor, pero falta mucho por hacer. En cuanto a enseñanza de idiomas *mayas*, hay que reconocer que se ha incrementado su implementación, buscando reducir la deserción en las escuelas públicas, producida cuando niños y niñas pequeñas han tenido que enfrentarse, en el sistema monolingüe, al español que no se habla en sus hogares.

Es alentadora la actuación de varios tribunales, como consta en los casos que se han expuesto. Pero sobre todo con agradable sorpresa hay que reconocer que el pronunciamiento en sentencia de la Cámara Penal de la Corte Suprema de Justicia, aplicando el principio: *non bis in ídem*, abre nuevas perspectivas para el derecho de los pueblos *mayas*.

¿Es necesaria una ley coordinadora? En principio no, pero sí podría servir para afianzar el reconocimiento al derecho de los pueblos *mayas*, resolviendo los límites territoriales²² y límites de

²² En cuanto límite territorial, la mayoría de los antropólogos y sociólogos están de acuerdo en que la referencia a territorio es la que corresponde a la división política por municipios.

competencia. Como se dijo, las autoridades *mayas* generalmente no aceptan intervenir en “hechos de sangre” o en accidentes de tránsito, y si ello se confirma en una investigación seria, ya habría base para empezar a regular el deslinde entre lo que las autoridades *mayas* pueden o no pueden hacer.

No puede cerrarse este documento sin hacer referencia a castigos que se aplican dando golpes al sancionado, sin insistir en que conforme la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes, crea la excepción al decir: “... No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas...”.

Bibliografía²³

Figuroa Sarti, Raúl. *Código Procesal Penal. Concordado y anotado con jurisprudencia constitucional*. Guatemala, 7ª. edición, 2001.

León, Juan et al. *EELA TATINE' Construyendo el pluralismo jurídico*. Guatemala, Editor Defensoría Maya, 2001.

Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales y otros. *Administración de justicia y pueblos indígenas*. Guatemala, 2001.

López Godínez, Rolando et al. *La costumbre jurídica comunal de la etnia Kaqchikel*. Dirección General de Investigaciones, Universidad de San Carlos. Guatemala, 1996.

Solórzano León, Justo Vinicio. “El peritaje cultural, hacia una jurisdicción multiétnica, pluricultural y multilingüe”. Tesis universitaria. Guatemala, 2007.

Palma Ramos, Danilo et al. *El sistema jurídico maya. Una aproximación*. Guatemala, 1998.

Tuyuc, Rosalina et al. *SUB'B'ANIK. Administración de justicia maya*. Guatemala, Editor Defensoría Maya, 2001.

²³ Sólo se incluye la no citada debidamente en el cuerpo del trabajo o en las notas al pie de página.

Derecho indígena y acceso a la justicia en México: Perspectivas desde la interlegalidad*

María Teresa Sierra**

Diferentes estudios han destacado un hecho notable en las dinámicas políticas y legales de nuestros países en América Latina durante las últimas décadas: un cambio importante en la concepción del Estado y del proyecto nacional al pasar de una concepción liberal monista a una visión multicultural y plural del Estado y de la nación. El proceso ha sido producto de varios factores entre los cuales destacan: la presión de las organizaciones indígenas, la vigencia de un nuevo marco jurídico internacional que reconoce derechos indígenas, pero también un nuevo contexto de globalización económica y política marcado por el neoliberalismo y la fuerte presencia de organismos multilaterales y donantes internacionales incidiendo en la reforma y modernización de los Estados. Lo que pareciera ser a simple vista un acto de justicia histórica para resarcir siglos de exclusión y colonialismo, debe situarse en el marco de las políticas globales promotoras de nuevas formas de institucionalización que no necesariamente garantizan un reconocimiento pleno de la diversidad y una relación más igualitaria entre el Estado y los pueblos indígenas¹.

Con respecto a la impartición de justicia, un rasgo distintivo de este nuevo contexto globalizador son las reformas legales para promover la modernización de los sistemas de justicia en América

* El artículo desarrolla las ideas presentadas durante el Curso Taller sobre *Ombudsman* y acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en San José, Costa Rica, del 17 al 19 de agosto del 2005.

** Profesora, Investigadora del Centro de Investigaciones y Estudios Superiores en Antropología Social, CIESAS.

¹ Ver Sieder, Rachel (ed.). *Multiculturalism in Latin America, Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave, London, 2002; Assies, Willem. "Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina" en Assies, Willem, Gemma Van der Haar y André Hoekema. *El reto de la diversidad*. México: Colegio de Michoacán, 1999.

Latina con el fin de consolidar el llamado “estado de derecho” y la democracia. De acuerdo a diferentes autores, se ha buscado con esto simplificar el acceso a la justicia, desburocratizarla, pero sobre todo dar garantía jurídica a los convenios y trámites económicos, hecho clave en las transacciones del capital transnacional². Es también en este contexto que deben situarse las reformas legales para reconocer derechos indígenas y el carácter multicultural de la nación. De esta manera, los cambios legales en el aparato judicial apuntan a fortalecer la mediación, la solución alternativa de conflictos y la conciliación como procedimientos e instancias que buscan involucrar a la sociedad civil en el manejo de los conflictos, agilizar los trámites legales y reconstruir el tejido social, lo que sin duda en sociedades tan burocratizadas como las nuestras y con fuertes déficit de seguridad jurídica y de acceso a la justicia, es visto con buenos ojos por la mayoría de la población. Dentro de dichos cambios se insertan también las reformas dirigidas a reconocer espacios a la justicia indígena; tal es por ejemplo el sentido de las reformas que se han llevado a cabo recientemente en México, así como sucede en otros países como Colombia, Guatemala, Ecuador, etc. Es de notar el papel central que están jugando organismos como AID y el BID en la promoción de dichas reformas, lo que sin duda revela los diferentes intereses en juego en la apuesta de la democratización de la justicia. Por esto mismo resulta importante preguntarse, retomando a Santos³, sobre el sentido de las reformas judiciales para reconocer pluralismo jurídico y el carácter multicultural del Estado: si apuntan a la regulación o a la emancipación social. Es decir si las reformas subordinan a los pueblos a las lógicas institucionales del Estado o bien están permitiendo que los pueblos indígenas renegocien espacios de poder para reconstituirse en cuanto tales y para acceder a una relación más equitativa y de respeto con el Estado y la sociedad nacional.

No se trata de desconocer los importantes avances que se han dado en la materia del reconocimiento de la diversidad cultural y de

² Santos, Boaventura de Sousa y Mauricio Villegas. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Instituto Colombiano de Antropología e Historia/Universidad de Coimbra, 2001; Sieder Rachel. “Recognising Indigenous Law and the Politics of State Formation in Mesoamerica” in Sieder, R. *Multiculturalism in Latin America, Indigenous Rights, Diversity and Democracy*, Palgrave, London, 2002.

³ Santos, Boaventura de Souza. *Towards a New Common Sense*, London, Routledge, 1995.

los derechos indígenas, y el hecho mismo que el Estado haya transformado su carácter asimilacionista, sino de situar en un horizonte crítico los alcances de dichos reconocimientos, entendiendo que éstos son partes de un proceso, y advertir lo que puede ser una nueva fase de un multiculturalismo permitido, parafraseando a Charles Hale⁴. En lo siguiente me propongo reflexionar sobre los alcances y límites de las reformas legales sobre acceso a la justicia para los pueblos indígenas y su impacto para pensar el derecho indígena en el caso mexicano, considerando tres aspectos.

1. El sentido de las reformas referidas a la justicia indígena y los términos en que se plantea la coordinación entre la jurisdicción estatal y la indígena.
2. La recepción del derecho indígena en el derecho nacional, destacando la importancia que le atribuyen los jueces en el tratamiento de casos que involucran a miembros de comunidades indígenas.
3. La perspectiva de la interlegalidad para comprender las prácticas de justicia y las políticas de reconocimiento de derechos indígenas.

Me interesa destacar que en el caso mexicano, como otras casos en América Latina, las reformas que se han implementado para reconocer la justicia indígena y en general derechos indígenas, se han desarrollado dentro de la concepción de un pluralismo jurídico aditivo que no ofrece alternativas reales para la práctica de una justicia indígena plena que permita el ejercicio de derechos de jurisdicción. Tal limitación es parte de una política de Estado neoindigenista, que estructural e ideológicamente no pretende

⁴ Charles Hale ha sido uno de los principales autores que han elaborado una visión crítica de las políticas de reconocimiento insistiendo en la necesidad de mirar los marcos históricos y estructurales en los que dichas políticas se desarrollan en la fase actual del neoliberalismo que fomenta la descentralización e impulsa ciertos márgenes de autonomía y derechos colectivos. En esta misma dirección se refiere al “indio permitido” y al multiculturalismo neoliberal para destacar el hecho que el reconocimiento de derechos culturales no contradicen la lógica cultural del capitalismo neoliberal; dicha lógica justifica nuevas formas de poder y normatividad, de autorregulación y participación local, que contribuyen a legitimar el nuevo orden social; Hale, Charles. “Rethinking Indigenous Politics in the Era of the Indio” en *NACLA Report*, sept.-oct. 2004, 16-21; Hale, Charles. “Does Multiculturalism Menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala” en *Journal of Latin American Studies*, 34, 2002, 485-52.

construir una nueva relación con los pueblos indígenas ni comprometerse con transformar el orden cultural y político instituido⁵. Este espacio, sin embargo, ha posibilitado alternativas nada desdeñables aprovechadas por las comunidades y organizaciones indígenas para redefinir sus sistemas normativos y usar las instancias del Estado para exigir derechos. Los espacios son limitados y su aprovechamiento depende de la fuerza que tengan las organizaciones indígenas para apropiarse de ellas y en la medida de lo posible redefinir sus relaciones de poder, en lo cual el recurso a las instancias internacionales de derechos humanos ha jugado un papel fundamental. Sostengo de esta manera que el hecho de reconocer los límites en que se gestan las políticas de reconocimiento no debe impedir reconocer también las estrategias que los indígenas desarrollan desde su posición subalterna para moverse en los intersticios del poder o bien para ir más allá de ellos. Lo importante sin duda es no perder la mira de las demandas indígenas y los límites que las enmarcan. Es en este contexto que resulta pertinente reconocer la perspectiva de la interlegalidad como el referente que permite dar cuenta de los órdenes jurídicos que convergen en los nuevos espacios institucionales abiertos por el Estado y la manera en que estos marcan las nuevas prácticas de la justicia indígena.

Reformas legales en materia de justicia indígena y las propuestas de coordinación. ¿Hacia un pluralismo jurídico aditivo o igualitario?

La reciente reforma mexicana (agosto 2001) para reconocer derechos indígenas ha sido ampliamente cuestionada por el movimiento indígena y sectores de la sociedad civil organizada como una reforma limitada que reconoce derechos que no permite ejercer. Si bien el capítulo segundo —donde se concentran la mayor parte de los cambios legales en materia indígena— establece de entrada el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas y a ejercer su autonomía en el marco de sus comunidades, se pasa a las legislaciones estatales la definición del alcance de dicha autonomía, lo que significa subordinarla a las negociaciones e intereses regionales y partidarios; no reconoce a las comunidades

⁵ Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El estado y los indígenas en tiempos del PAN: Neoindigenismo, legalidad, identidad*. México, CIESAS-Miguel Ángel Porrúa, 2004.

indígenas como sujetos de derecho público sino como entidades de interés público, lo que les quita la posibilidad de ejercer poder político y las deja bajo la tutela del Estado; tampoco reconoce derechos territoriales y los derechos sobre la tierra se subordinan a los derechos de terceros ya establecidos, es decir a la propiedad privada, entre otros aspectos. De esta manera, la reforma en lugar de garantizar derechos los minimiza subordinándolos a los preceptos constitucionales y la unidad nacional, y delinea además una serie de políticas que no rompen con el asistencialismo de Estado⁶. No consigue en los hechos plantear una nueva relación con los pueblos indígenas basada en el respeto, la diferencia cultural y la libre determinación de los pueblos, tal como se había establecido en los Acuerdos de San Andrés (1996), firmados por el gobierno mexicano y el EZLN.

Dichos lineamientos constitucionales delimitan también el alcance de las reformas en materia de justicia, que se reducen a reconocer los sistemas normativos internos de las comunidades indígenas y a establecer ciertas garantías para acceder a la justicia del Estado, como el reconocer costumbres y especificidades culturales en el proceso judicial así como el derecho a intérpretes y defensores. En general se trata de una reforma que se sitúa en los marcos de un pluralismo jurídico aditivo⁷ en donde los sistemas jurídicos indígenas son subordinados a la jurisdicción estatal, con pocos márgenes para ejercer una real autonomía. Los límites de dichas reformas en materia de justicia se hacen aún más evidentes si se les compara con las propuestas y reformas sobre el tema desarrolladas en otros países como es el caso de Colombia, Ecuador y Bolivia⁸.

Este reconocimiento limitado de un pluralismo jurídico puede verse claramente en los cambios legales que se han dado

⁶ Para un desarrollo crítico de los límites y alcances de la Reforma constitucional al artículo 2 de la constitución mexicana, ver Gómez, Magdalena. "La Constitucionalidad pendiente. La hora indígena en la Corte" en Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El Estado y los indígenas...*, 175-205; y López Bárcenas, Francisco. "La lucha por la autonomía indígena en México: un reto al pluralismo", en Hernández, R. Aída, Sarela Paz y M. Teresa Sierra (coords.). *El Estado y los indígenas...* 207-231.

⁷ Hoekema, André. "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", en *América Indígena* vol. LVIII n. 1-2, ene.-jun. 1998, 261-300.

⁸ Ver el documento elaborado por Willem Assies, donde hace una revisión de diferentes reformas constitucionales en América Latina y en México; Assies, Willem. "Reforma jurídica en Michoacán y pluralismo jurídico" documento en www.alertanet.org

recientemente a nivel de las legislaciones estatales. Una revisión de las reformas legales en materia de justicia indígena en estados con mayor población indígena en México revela lo siguiente:

- 1) Según puede verse en el cuadro anexo (cuadro 1) no todos los estados han realizado cambios legales a sus marcos constitucionales. Algunos estados como Hidalgo (1991), Chiapas (1994), Oaxaca (1995), Campeche (1996) y Quintana Roo (1998), entre otros, reformaron sus constituciones antes del 2001 (nota) pero no han adecuado sus marcos legales a la nueva ley, aunque Oaxaca rebasa en varios puntos lo dispuesto en la reforma constitucional nacional, y Quintana Roo tiene propuestas innovadoras en materia de justicia. Otros estados como San Luis Potosí (2003) y Puebla (2004), modificaron sus constituciones después del 2001. San Luis Potosí cuenta con una ley reglamentaria sobre derechos indígenas (2003), lo mismo que el estado de Oaxaca (1998), y se tuvo la astucia de tomar a la reforma nacional como piso para elaborar algunas propuestas que la rebasan; como el hecho de considerar a las comunidades indígenas como entidades de derecho público y no solamente como entidades de interés público. La reforma es reciente como para valorar los alcances de dicha ley.
- 2) Hasta ahora sólo una de ellas contempla una ley referente específicamente a la justicia indígena (Quintana Roo, 1998), mientras está por discutirse una iniciativa de ley sobre la materia en el estado de SLP⁹. Ambos casos constituyen en el papel aportes importantes para delimitar las jurisdicciones indígenas, sus competencias y alcances, si bien no rebasan la lógica de ser una justicia auxiliar a la del Estado.
- 3) La mayor parte de las reformas reconocen a la justicia indígena o bien como medio alternativo a la justicia del Estado (justicia alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria) (Puebla, Quintana Roo, SLP.), o bien definen explícitamente su subordinación a la justicia estatal (Campeche) o su calidad de auxiliar (Chiapas y Campeche). Se reconocen ámbitos jurisdiccionales a las autoridades indígenas en el espacio de sus comunidades, y en algunos casos en ámbitos municipales. Algunas instituyen nuevas

⁹ Agradezco ampliamente a Agustín Ávila el haberme facilitado documentos de fundamentación sobre las reformas en materia indígena en San Luis Potosí, como la iniciativa de ley que está por discutirse en dicho estado.

figuras como los jueces de paz y conciliación indígena (en Chiapas), que deben hablar la lengua indígena y ser abogados¹⁰; (Q.R.) o bien se instituyen los juzgados indígenas y el juez indígena municipal (Puebla), insertos en la jurisdicción del estado, como parte del sistema de jueces menores municipales.

En la mayoría de los casos, las reformas sobre justicia indígena son parte de reformas al poder judicial para fomentar la mediación y la resolución alternativa de conflictos, y no son vistas como espacios autónomos de jurisdicción indígena, lo que significa que deben subordinarse a las lógicas jurídicas del Estado. En este sentido, se plantea uno de los temas más complicados que implica el reconocimiento de derechos indígenas: la problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena, y del llamado pluralismo jurídico. A diferencia de lo que se ha realizado en otros países, como sucede en Colombia, y se intenta en Ecuador, en el caso mexicano prevalece la tendencia de reducir y controlar los alcances de la justicia indígena, reproduciendo una visión colonialista que considera como “peligroso” el que dichas competencias puedan ampliarse ante el temor que se justifiquen con ello violaciones a los derechos humanos. Dicho temor revela las ideologías hegemónicas del universalismo liberal que prevalece en una buena parte de la clase política mexicana y que les impide reconocer en sus alcances la diferencia cultural y plantear alternativas reales para su ejercicio en el ámbito de la justicia. En el fondo lo que prevalecen son visiones esencialistas de las culturas indígenas, que son vistas como entidades inmutables en donde la tradición es sinónimo de arcaísmo y violación de derechos humanos, sin contemplar que estas sociedades son dinámicas y han debido transformarse por su misma relación con la sociedad nacional, lo cual ha impactado también sus sistemas normativos, sin que esto signifique dejar de lado su diferencia cultural¹¹. El tema de los derechos humanos es justo uno de los referentes que marcan hoy en día las discusiones en el espacio mismo de las sociedades indígenas

¹⁰ Un análisis y comparación de esta propuesta de esta ley, con la justicia indígena zinacanteca lo elabora Collier, “Dos modelos de justicia indígena en Chiapas, México: una comparación de la visión zinacanteca y la del Estado” en De León, Lourdes (coord.). *Costumbres, leyes y movimiento indio en Oaxaca y Chiapas*, CIESAS/Miguel Ángel Porrúa, México, 2001.

¹¹ Merry, Sally. “Human Rights Law and the Demonization of Culture”, en *POLAR: Political and Anthropological Rev.* 26 (1), 5577.

y por tanto revela la necesidad de adecuarse a las nuevas realidades y exigencias jurídicas nacionales e internacionales. Pero al parecer, para los altos magistrados no existen hoy en día garantías para que las sociedades indígenas ejerzan plenamente su justicia.

Hasta ahora lo que prevalece como punto central en la delimitación de la justicia indígena es *la exigencia de constitucionalidad* que se impone para su reconocimiento, con lo cual se pretende solucionar la problemática de la coordinación con la justicia del Estado. En el caso mexicano, ésta se ha definido en términos de compatibilización y convalidación (Oaxaca) o de validación (San Luis Potosí, Puebla) de las decisiones de las autoridades indígenas siempre que no contravengan la constitución federal, los derechos humanos y los derechos de las mujeres. Es decir, las autoridades indígenas no son en última instancia autónomas para juzgar. En torno a dicha problemática algunos autores, como Yuri Escalante¹², se preguntan ¿la cláusula de constitucionalidad exigida a la impartición de justicia indígena representa el establecimiento del pluralismo jurídico? Dicha cláusula significa que las decisiones de las autoridades indígenas deben someterse a revisión y validación en términos de ley. De acuerdo a Escalante tales cláusulas en lugar de fortalecer el reconocimiento de derechos terminan imponiendo obligaciones, lo que lleva más al establecimiento de un asimilacionismo legalizado que a un pluralismo jurídico.

Tal planteamiento significa exigir a los sistemas jurídicos indígenas que se sometan a la concepción jurídica definida de antemano por el orden establecido, sin que esto lleve a modificar dicho orden constitucional. “Nuestro orden legal parece haber quedado a medio camino. No impide que los indígenas ejerzan facultades jurisdiccionales, constituyan juzgados y colectivamente dispongan del control social con procedimientos y características propias. Pero sólo en la forma y no en los principios generales del derecho los cuales permanecen inmutables. Es decir los pueblos pueden ejercer derechos siempre y cuando sean iguales a los nuestros, a los de la sociedad dominante”¹³.

¹² Escalante, Yuri (2004). “Pluralismo jurídico o asimilacionismo legalizado”, ponencia presentada en el IV Congreso de la Red Latinoamericana de Pluralismo Jurídico (RELAJU), en Quito, Ecuador, 17-20 de agosto del 2004.

¹³ Escalante, *Ibíd.*: 6.

Finalmente la exigencia de compatibilidad, ya sea a través de homologación o de validación, significa que en última instancia las decisiones de las autoridades indígenas pueden ser revisadas; la decisión final no queda en manos de los pueblos. De esta manera finalmente no son cosa juzgada hasta que no estén legitimadas por el Estado, poco importa que esta revisión suceda pocas veces o se exija únicamente cuando haya impugnación, o cuando los poderes regionales o estatales consideran que se tocan sus intereses. Sin duda estamos aquí ante uno de los grandes temas que convoca el debate en torno al pluralismo jurídico y las políticas de reconocimiento debido a la necesidad manifiesta de los estados nacionales de mantener su hegemonía jurídica en contextos globalizados: los mecanismos para garantizar el reconocimiento de las jurisdicciones indígenas y definir al mismo tiempo sus límites y las pautas de coordinación entre el orden jurídico estatal y el indígena. La Corte Constitucional colombiana ha resuelto parcialmente este dilema considerando que la propia constitución no puede imponerse a los pueblos indígenas pues ella misma declaraba la pluralidad normativa, por lo que sólo consideró como límite un *corpus* de derechos humanos mínimos¹⁴. Aún así incluso en este caso los órganos revisores son tribunales externos a las comunidades y son los que finalmente tienen la última palabra.

En suma, la problemática de la coordinación entre el derecho del Estado y el derecho indígena constituye uno de los grandes retos que enfrentan los estados para reconocer la justicia indígena. Como pudo verse, en el caso mexicano, si bien se han abierto algunos espacios para construir una justicia multicultural, las experiencias son limitadas y se encuentran enmarcadas por la exigencia de constitucionalidad basada en el modelo del monismo jurídico, lo que significa que la diferencia cultural debe ajustarse a este modelo y no que la justicia se abra al reconocimiento de la pluralidad y los derechos indígenas. Tales marcos en los que se han dado las reformas a la justicia indígena en México no deben desligarse de la reforma estructural del Estado y del proceso de modernización del aparato judicial. Son efectivamente las respuestas desde el Estado al proceso de globalización legal, para responder a las exigencias de nuevo orden económico neoliberal, y en esto sin duda los legisladores

¹⁴ Sánchez, Esther. *Justicia y pueblos indígenas en Colombia*, Universidad Nacional de Colombia y UNIJUS, Bogotá, 1998.

mexicanos han sido bastante hábiles para reconocer derechos y abrir espacios a la diferencia cultural, pero siempre cuidando que estos no trastoquen el orden jurídico y económico instituido. Son parte efectivamente de reformas multiculturales neoliberales.

A pesar de todo es innegable que se han dado algunos avances por el simple hecho de reconocer legitimidad a los sistemas normativos indígenas y a las autoridades indígenas, y reconocer legalmente a la diferencia cultural como garantía de acceso a la justicia. La posibilidad de apropiarse de estos espacios y facultades legales aún en sus límites depende también del interés y fuerza de las propias autoridades y organizaciones indígenas. Tal es por ejemplo el caso del Juzgado Indígena de Cuetzalan, en la Sierra Norte de Puebla, donde se observa un proceso innovador de transacción y negociación del derecho indígena a partir de instancias creadas por el Estado para fortalecer una justicia indígena en espacios municipales¹⁵. El establecimiento del juzgado indígena en una región con una fuerte historia organizativa y participativa, ha propiciado la revitalización de una justicia indígena tradicionalmente reducida al ámbito de las comunidades, y el que sean las organizaciones y autoridades indígenas quienes han conseguido apropiarse de estas nuevas instancias para implantarles su propio sello. A pesar de los ámbitos reducidos de jurisdicción observamos en Cuetzalan un proceso activo de apropiación de los espacios abiertos por el Estado, al mismo tiempo que las autoridades judiciales estatales consiguen relegitimarse por “su compromiso histórico con los indígenas poblanos”, como se deduce de los discursos oficiales al inaugurar las instalaciones nuevas del juzgado indígena. Habrá que ver el sentido en que este espacio consigue realmente ser apropiado por las autoridades indígenas y avanzar en sus prácticas de justicia, o bien si

¹⁵ Por disposición del Tribunal Superior de Justicia del estado de Puebla, se crea en junio del 2002, el primer Juzgado Indígena municipal en la cabecera municipal de Cuetzalan, Puebla. Si bien la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce a los juzgados indígenas como parte de la estructura del poder judicial (dic. 2002), no define sus funciones, y en otros documentos legales, como los Acuerdos del Pleno, el Juzgado Indígena es definido como Juzgado Menor de acuerdo a la ley de (1987), o bien en el nombramiento oficial de los jueces indígenas se les reconoce como Jueces Municipales. Tal hecho resaltado por Adriana Terven (quien ha desarrollado la primera investigación sobre el juzgado indígena de Cuetzalan), revela la indefinición en la que hoy en día funciona el juzgado indígena a pesar del reconocimiento oficial que se le ha dado (cfr. Terven, Adriana. “Revitalización de la costumbre jurídica en el Juzgado Indígena de Cuetzalan. Retos desde el Estado”, tesis de maestría en Antropología Social, CIESAS, 2005.

se convierte en un instrumento más de la vitrina estatal para justificar los nuevos discursos de reconocimiento sin cambiar de fondo las prácticas judiciales. Ello sin duda dependerá de la fuerza de las mismas organizaciones indígenas involucradas en el proceso y del sentido que puedan darle al juzgado¹⁶.

Otros casos sin embargo, muestran que los marcos legales estatales resultan insuficientes para responder a las demandas de justicia de los pueblos indígenas, e incluso han sido rebasados. Se están construyendo así alternativas que potencian una justicia indígena autónoma y eficaz con capacidad para garantizar la paz social y la no violencia en espacios donde el Estado ha sido incapaz de hacerlo. Tal es lo que sucede con el Consejo de Autoridades Regionales de la Costa Montaña en el estado de Guerrero que han logrado construir un sistema de vigilancia y de justicia comunitaria de carácter regional con gran impacto, que sin embargo el Estado considera fuera de la ley, porque justamente van más allá de los marcos legales que reducen la justicia indígena a ser una justicia auxiliar y acotada¹⁷. Por su parte, el estado de Guerrero, hasta la fecha, no ha realizado ninguna reforma para reconocer derechos indígenas ni se han gestado los puentes para generar alternativas viables de coordinación y respeto ante las autoridades indígenas y sus propuestas de justicia.

En suma, si bien es indudable que en los últimos años el marco legal se ha abierto a reconocer el derecho indígena y a la diferencia cultural en el espacio de la justicia, esto es sólo el inicio de un camino por recorrer, cuyos senderos apenas se están delineando. A diferencia de lo que sucede en otros países, como revela Assies¹⁸, la

¹⁶ Sierra, M. Teresa. "The revival of Indigenous Justice in Mexico: Challenge for Human Rights and the State" en *POLAR* 28 (1), mayo 2005, 52-72; Terven, Adriana. "Revitalización de la costumbre jurídica..."

¹⁷ Un análisis sobre la experiencia de justicia de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias en comparación con la justicia aplicada por el Juzgado Indígena Municipal de Cuetzlan se encuentra en Sierra, M. Teresa. "La renovación de la justicia indígena en tiempos de derechos: etnicidad, género y diversidad", ponencia presentada en las Jornadas "Estado, violencia y ciudadanía en América Latina", Universidad Libre de Berlín, del 23 al 25 de junio del 2005. Para un análisis de las prácticas de justicia de la policía comunitaria de Guerrero, ver Sandoval, Abigail. "No es lo mismo la teoría que la práctica: El ejercicio de la justicia comunitaria desde la cotidianidad de los mixtecos de Buena Vista", tesis de maestría en Antropología Social, CIESAS, 2005. Ver también Tlachinollan. "Diez años de derechos humanos en la Montaña de Guerrero". Informe Anual. Ms., 2004.

¹⁸ *Ibíd.*

justicia indígena en México es vista como justicia subordinada, aditiva, o auxiliar a la justicia del Estado. La justicia indígena debe ser reconocida como justicia real y no como justicia entre particulares, y mucho menos como una justicia subordinada. El acceso a la jurisdicción del Estado sigue siendo un pendiente más, como lo veremos a continuación.

Recepción del derecho indígena en el derecho nacional en el campo de la justicia o la lucha contra el monismo jurídico y la ideología de la igualdad legal

Mucho se ha hablado de los cambios legales y su incidencia en el campo de la justicia. Sin embargo es poco lo que se sabe sobre el impacto de dichos cambios en las prácticas mismas de la justicia tal como son aplicadas por sus operadores. ¿Hasta qué punto los magistrados y jueces están realmente aplicando las nuevas leyes que obligan a contemplar la diferencia cultural y los sistemas normativos indígenas? ¿Se trata solamente de aplicar las leyes o de construir nuevos paradigmas para una justicia multicultural? Investigaciones recientes sobre la práctica de la justicia en regiones indígenas confirman lo que se ha venido afirmando desde hace tiempo: la impunidad, la discriminación y la indefensión legal de los indígenas cuando se enfrentan a la ley. No es mi interés en este texto profundizar sobre estas prácticas, lo que hemos mostrado en otros escritos¹⁹, sino señalar otra cara de la moneda que revela las ideologías legales de los operadores de la justicia, que hasta la fecha no están consiguiendo poner en práctica la exigencia constitucional de reconocer la diferencia cultural cuando se trata de juzgar a indígenas. En lo siguiente avanzo algunas reflexiones sobre dicha problemática, para lo cual me baso principalmente en una investigación realizada recientemente en por Héctor Ortiz sobre las tesis y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y me refiero asimismo a los resultados de peritajes antropológicos realizados por el equipo de trabajo de antropología jurídica de la actual CDI²⁰.

¹⁹ Sierra, M. Teresa (ed.). *Haciendo justicia. Interlegalidad derecho y género en regiones indígenas*, CIESAS-Miguel Angel Porrúa ed., México, 2004; Morales, Heber. "Defensoría y derecho indígena en el Distrito Judicial de Zacapoaxtla, Puebla", tesis de licenciatura en Antropología Social, México, ENAH, 2005.

²⁰ Agradezco ampliamente a Héctor Ortiz por permitirme revisar su trabajo sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia realizado en 2005 (Ortiz,

Ideologías legales, culturas jurídicas y diferencia cultural. Derecho indígena ante la justicia

El trabajo de Héctor Ortiz analiza las tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de la Justicia referidas a pueblos indígenas, en los últimos años, así como el razonamiento judicial aplicado a distintos temas en materia de derechos indígenas. Lo interesante de este trabajo es que no sólo aborda los casos para analizar en qué sentido y cómo se consideran o no las disposiciones legales sobre derechos indígenas sino también reconstruye las interpretaciones legales de los jueces para justificar sus decisiones judiciales. Sobre todo cuestiona la visión de la “interpretación correcta” como enunciado único del aparato judicial:

“Nuestro punto de partida es considerar que al enunciado normativo (al texto de la ley), no le corresponde unívocamente un solo significado que por lo mismo pueda ser designado como el significado ‘correcto’. Lo que encontramos es una serie de interpretaciones posibles del enunciado normativo a partir de las cuales se define la norma”²¹. Es decir, detrás del argumento judicial decisorio hay toda una construcción de posibles interpretaciones y no una única verdad legal.

La revisión de la jurisprudencia de la Suprema Corte, tratándose de los más altos magistrados del país, confirma lo que hemos visto a niveles menores de la práctica judicial: el peso que tiene la ideología de la igualdad legal como dogma jurídico en la valoración de los procesos judiciales, lo que impide abrirse a considerar en sus propios términos la diferencia cultural²². Tal situación se debe al carácter subsidiario que tiene la diferencia cultural en procesos que

Héctor. “Lineamientos para el peritaje cultural”, ms.), trabajo que ofrece material y reflexiones sumamente interesantes sobre la práctica de los magistrados y sus intentos por tratar con la diferencia cultural. Agradezco asimismo a Yuri Escalante también por permitirme revisar peritajes realizados por lo que fue la subdirección de antropología jurídica del INI, hoy en día de la CDI, que revelan también información sustanciosa para reflexionar sobre los peritajes antropológicos.

²¹ Ortiz, Héctor, *Ibíd.*, 103.

²² Tal peso de las ideologías jurídicas positivistas las hemos podido constatar como práctica de jueces y ministerios públicos en una investigación colectiva sobre defensa y acceso a la justicia de indígenas en la Sierra Norte de Puebla, como parte del proyecto Justicia e Interlegalidad en la Sierra Norte de Puebla. Cfr. Morales, Heber. “Defensoría jurídica y derechos indígenas en el distrito judicial de Zacapoaxtla, Puebla”, tesis de licenciatura en Antropología Social, ENAH, México, 2005.

involucran a indígenas, pero también y en gran medida al desconocimiento y poca disposición de los jueces para abrirse a considerar la diferencia cultural cuestionando las estructuras arraigadas del monismo jurídico en el que se han formado. Lo que señalaba Rodolfo Stavenhagen desde 1988²³, al insistir que detrás de las violaciones a los derechos humanos de los indígenas se encontraba el desconocimiento del derecho consuetudinario indígena por los operadores de la justicia, a más de 15 años sigue siendo una realidad, a pesar de que ahora existen nuevas leyes dirigidas a reconocer dicho derecho. De esta manera prevalecen concepciones de una cultura jurídica que inferiorizan la diferencia cultural la cual suele ser vista como campo de violación de los derechos humanos y de las normas constitucionales. No se rompen las visiones del otro y su cultura como atrasados y faltos de civilización, y se prefiere recurrir a argumentos de inimputabilidad legal por atraso cultural que realmente valoran las pruebas, reconociendo la vigencia de otras lógicas culturales que inciden en la comisión de los delitos²⁴.

El trabajo de Ortiz sobre la jurisprudencia de la Suprema Corte revela que una cantidad importante de casos han llegado a la máxima autoridad judicial para solicitar revisión del procedimiento. Algunos de ellos incluyen ya argumentaciones que consideran la nueva legislación en materia indígena del 2001, y de alguna manera se observan intentos por considerarla en la construcción de las tesis jurisprudenciales. No obstante no se suele entrar al fondo de las controversias para comprender si un delito, sin dejar de serlo puede ser justiciable en una jurisdicción diferente. Tal es por ejemplo uno de los casos analizados por Ortiz que involucra un asunto de lesiones en donde una migrante mazateca viviendo en la ciudad reclama protección de la justicia federal por una sentencia dictada en su contra por el delito de lesiones. El magistrado Silva Meza en su argumentación busca valorar entre otros aspectos: “Si los preceptos legales tildados de inconstitucionales regulan o no conductas que deban ser resueltas conforme a los propios sistemas normativos de pueblos y comunidades indígenas o si por el contrario son conductas

²³ Stavenhagen, Rodolfo. *Derechos indígenas y derechos humanos en América Latina*, IIDH/Colegio de México, 1988.

²⁴ Magdalena Gómez apuntaba ya esta apreciación en un trabajo realizado en el marco del Programa de Defensoría Indígena del INI, cfr. Gómez, Magdalena. “La defensoría jurídica de presos indígenas” en Stavenhagen, Rodolfo y Diego Iturralde (comps.). *Entre la ley la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, México, III-IIDH, 1990, 371-388.

atribuibles a todas las personas imputables incluidos los indígenas”²⁵.

Es finalmente esto último lo que guía su resolución al considerar que el delito de lesiones al poner en peligro la vida no puede sujetarse a las regulaciones de los sistemas normativos. Como señala Ortiz: “el argumento del juzgador es impecablemente monocultural” (...) de esta manera al mencionar que “el delito de lesiones (...) es reprochable a todas las personas con capacidad legal, incluidos los indígenas (...) no hace la distinción que un delito sin dejar de serlo, puede ser justiciable en una jurisdicción diferente... menos reconoce... que si se tomaran en cuenta los usos y costumbres la sanción pudiera ser diferente”²⁶.

Razonamientos de ese tipo impiden realmente considerar la posibilidad de aceptar que lo que se considera un delito como lesiones pudiera juzgarse desde la perspectiva de la cultura donde se cometen, y no tanto el que dicho delito sea parte de los usos y las costumbres.

Muchos otros casos son analizados con profundidad por Ortiz, para lo cual remito a su excelente trabajo; me interesa solamente destacar las dificultades y obstáculos que enfrentan los indígenas para hacer valer sus derechos de diferencia cultural al acceder a la jurisdicción del Estado, lo cual va más allá de la buena o mala voluntad que pudieran tener los juzgadores. Se trata de un hecho estructural que tiene que ver con las visiones hegemónicas desde donde se construyen las argumentaciones, exigiendo que otras lógicas culturales se adapten a las lógicas normales y universales del derecho. Finalmente no se niega la diferencia pero se la tamiza por el filtro de los valores propios del legislador, quien por otra parte confirma su verdad jurídica. La racionalidad jurídica aparentemente neutral se impone así sobre cualquier otra valoración que pudiera cuestionarla.

A pesar de considerar los resquicios legales o nuevas leyes que reconocen derechos de diferencia cultural aplicados al caso concreto se termina generalmente apelando al discurso de la normalidad legal para calificar al sujeto involucrado, imponiendo sobre él valoraciones sobre sus acciones sin realmente considerar los

²⁵ En Ortiz, Héctor. “Lineamientos para el peritaje...”, 20.

²⁶ Ortiz, Héctor, *Ibíd.*, 21.

contextos de producción de los delitos. Salvo algunas excepciones, en la mayoría de los casos que llegaron a la Suprema Corte el argumento valorando el derecho indígena para alcanzar la inimputabilidad o la disminución de la pena fue rechazado o descalificado desde una perspectiva discriminatoria que termina priorizando el grado de civilización, educación (escolar), integración o aislamiento del indígena y su capacidad de actuar racionalmente de acuerdo a las normas y límites previstos por la ley, sin considerar los contextos ni los aspectos culturales que pudieron estar involucrados en la comisión del delito, y menos aún las causas estructurales. Se observa además que los derechos colectivos no son contemplados como referentes para el análisis de los casos, los cuales en su mayoría son individualizados como casos particulares de un sujeto indígena que comete una infracción o un delito.

Ante la dificultad real de hacer valer la diferencia cultural, Ortiz concluye que el gran reto de los antropólogos al desarrollar un peritaje cultural es el de desarrollar argumentos más conceptuales que permitan discutir con el juzgador y no sólo ofrecer elementos descriptivos de la diferencia cultural. De esta manera se podría discutir la propia argumentación judicial.

Estas mismas limitaciones se repiten de manera recurrente en la práctica de los jueces de Primera Instancia y los magistrados de Tribunales de Circuito, cuando revisan procesos o amparos donde se interpone el recurso a peritajes culturales²⁷. La experiencia acumulada de los antropólogos jurídicos y su compromiso por aportar las pruebas documentales para justificar la incidencia de determinadas prácticas culturales en la comisión de conductas consideradas delictivas (acusaciones por delitos contra la salud, asuntos vinculados con brujería, acusación de abusos de autoridad, etc.), dan cuenta de una cantidad de asuntos cada vez más documentados que resulta imposible valorar judicialmente sin contemplar el contexto y las creencias vinculadas a la comisión de

²⁷ Para una reflexión sobre el peritaje antropológico y su aplicación en México ver el trabajo de Escalante, Yuri. *La experiencia del peritaje antropológico*, México, INI, 2002; y Ortiz, Héctor. "La diferencia cultural en el ámbito penal. El dictamen pericial antropológico", tesis de licenciatura en Etnología, México, ENAH, 2000. Ver también el trabajo pionero de Esther Sánchez en Colombia, "Justicia y Pueblos indígenas...".

los delitos²⁸. Aún así, a pesar de amplios y fundamentados peritajes, lo más que se ha conseguido es reducir algunas penas. En lo se ha tenido algún éxito es en las pruebas lingüísticas para demostrar generalmente el manejo limitado del español o la falta de traductor o intérprete durante el proceso judicial, lo que no significa que el argumento cultural sea la base de la resolución judicial²⁹.

En suma, cambios en la legislación están obligando a jueces y magistrados a confrontar sus ideologías jurídicas para considerar la diferencia cultural en la ley lo que implica cuestionar las culturas jurídicas hegemónicas en las que han sido formados. Hasta ahora este proceso no ha significado grandes transformaciones ni obliga a los jueces a abrirse a reconocer otras lógicas culturales que pueden incidir en la comisión de los delitos y en su valoración. Si en el discurso público se reconoce la importancia de los cambios legales y se les considera una aportación al reconocimiento de la multiculturalidad, las prácticas revelan la dificultad real para tomar en serio la argumentación basada en la diferencia. Priva el discurso de la igualdad legal, incluso si se habla de respetar los usos y costumbres y los sistemas normativos internos, ya que se considera que en última instancia están marcados por los límites constitucionales y los derechos humanos, lo que se toma como dogma jurídico y no como referente de valoración.

²⁸ Lo siguiente es un extracto de una resolución judicial por homicidio involucrando brujería en donde se desarrolló un peritaje cultural por parte de Ana Hilda Ramírez (sept. 1996), miembro de la subdirección de Antropología Jurídica del INI, que sin embargo no fue considerado para reducir la pena. La cita revela el lenguaje “críptico” y contradictorio de la argumentación judicial que si bien reconoce la obligación del Estado de reconocer la diferencia cultural al mismo tiempo sujeta su valoración a la idea suprema de la igualdad jurídica en la ley: “Establecido lo anterior y no obstante la obligación que tiene el Estado de preservarles y respetar su lengua materna, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social de los pueblos que se autoidentifican, no se viola su derecho a la diferencia cultural, porque la ley es aplicable a todos los individuos, independientemente de su género, raza, lengua o religión, cuando el sujeto viola una norma jurídica de carácter obligatoria abstracta y que está sancionada por el poder público...” Resolución a la apelación del proceso 627/97, Supremo Tribunal de Justicia de S.L.P.: 45

²⁹ Sobre peritajes lingüísticos ver de León, Lourdes. “Mixtecos y analfabetas: poder y resistencia en la corte norteamericana” en *Dimensión Antropológica*, año 6 (15), enero/abril, 1999, 113-130., y Pardo, Teresa. “El peritaje lingüístico como herramienta jurídica de defensa”, en *Diario de Campo*, Suplemento 3, Sept. México, INAH-CONACULTA: 1999.

Hacia modelos alternativos del reconocimiento judicial de la diferencia cultural y el derecho indígena. Retos desde la interlegalidad

Sin duda, los cambios legales y la reforma del Estado aún en sus limitaciones están generando transformaciones en las dinámicas del campo jurídico y en las maneras de pensar el derecho indígena y la diversidad, en lo cual ha incidido también el nuevo contexto internacional de defensa y promoción de los derechos indígenas. Autores como Boaventura de Souza Santos³⁰, advierten sobre el papel de la globalización del derecho en su doble vertiente: la globalización desde arriba, impuesta desde los centros de poder transnacional y nacional, y la globalización desde abajo, o contra-hegemónica, que busca confrontar o redefinir el sentido de los cambios legales. De esta manera se busca resaltar las fuerzas involucradas en los procesos de reforma jurídica y su impacto en los espacios locales, lo que ha agudizado la relación y el traslape de diferentes órdenes legales vigentes en un mismo campo social. Es en este proceso que cobra mayor fuerza una perspectiva desde la interlegalidad para dar cuenta de la vigencia de una constelación de legalidades en las sociedades contemporáneas, incluidas las indígenas, los cuales operan en espacios y tiempos locales, nacionales y transnacionales³¹. De esta manera las visiones tradicionales del pluralismo jurídico, basadas en un dualismo jurídico que separa el derecho indígena del derecho del Estado, resultan insuficientes para pensar la relación de los sistemas jurídicos y sus mutuas determinaciones. En este apartado me interesa señalar algunos elementos desde la interlegalidad que ayudan a comprender los procesos de renovación y actualización de la justicia y del derecho indígena, en los nuevos contextos institucionales de reconocimiento constitucional abiertos por el Estado, y las respuestas gestadas desde las organizaciones indígenas a dichos procesos.

Tradicionalmente en el estudio del pluralismo jurídico se ha tendido a construir a los sistemas jurídicos, el derecho estatal y el derecho indígena, como sistemas opuestos y excluyentes, lo que ha

³⁰ Santos, Boaventura de Souza. *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y de la emancipación*, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1999.

³¹ Santos, *Ibíd.*

impedido analizar cómo dichos sistemas no solamente se oponen y entran en conflicto sino que también se construyen y se influyen mutuamente, en el marco de relaciones de poder³². Desde una visión antropológica, interesada en documentar al derecho en acción³³, ha surgido el interés de comprender cómo dichos sistemas jurídicos son actualizados, interpretados y negociados desde las miradas y prácticas de los actores sociales, individuales y colectivos, en determinados contextos y campos legales. El concepto de interlegalidad permite justamente abordar dichos traslapes e intersecciones jurídicas, y en ese sentido ofrece una perspectiva diferente para analizar el pluralismo jurídico y el derecho indígena. De acuerdo a Santos, la interlegalidad es la dimensión fenomenológica del pluralismo jurídico, permite comprender como diferentes órdenes legales gestados desde distintos espacios y tiempos son activados por los sujetos sociales de acuerdo a diferentes contextos e intereses³⁴. Dichos traslapes son especialmente sugerentes para mostrar el sentido en que el colonialismo y la globalización han incidido en la conformación del derecho indígena y en las mismas políticas de acceso a la justicia, por lo que no es posible pensar en sistemas jurídicos indígenas como sobrevivencias de un pasado indígena, o reproductores solamente de “usos y costumbres”. Tal planteamiento no implica sin embargo que con esto se niega la especificidad de los sistemas jurídicos y de las lógicas culturales que los definen, lo que pretende es comprender como dichos sistemas y lógicas jurídicas se han producido en una relación histórica de tensión y conflicto con las lógicas propias del derecho occidental, lo que las ha marcado. Por eso lo que reconocemos hoy en día como derecho indígena es el resultado de múltiples procesos de transacción, negociación y resistencia, y en gran medida ha sido moldeado por las relaciones de dominación y tensión con los sistemas jurídicos dominantes: del colonizador,

³² Merry, Sally. “Legal Pluralism”, *Law & Society Rev.*, 2: 869-896.

³³ Nader, Laura. *The Life of the Law. Anthropological projects*. University of California Press, 2002.

³⁴ Boaventura de Santos Souza desarrolla la concepción del derecho como mapas legales interactuando en distintos espacios y tiempos en un mismo campo social, lo cual ofrece una mirada muy sugerente para comprender la conjunción de legalidades y su activación por los actores sociales, especialmente en el contexto contemporáneo donde los sistemas jurídicos internacionales inciden directamente en las prácticas legales locales y nacionales. Santos, Boaventura de Souza. “Law: A Map of Misreading: Towards a Postmodern Conception of Law” en *Journal of Law and Society*, vol. 14, n. 3: 279-302, 1987.

primero, del derecho estatal nacional, posteriormente, y hoy en día del derecho internacional. Además el propio derecho internacional ha proporcionado el lenguaje desde donde definir y legitimar el derecho indígena, así como foros centrales para su defensa ante los estados. Pero también, al igual que todo sistema de derecho los sistemas jurídicos indígenas no sólo se han transformado sino que se encuentran insertos en relaciones de poder y son ellos mismos cristalizaciones de jerarquías y poderes.

La perspectiva de la interlegalidad ha inspirado una serie de trabajos de investigación para documentar la práctica de la justicia en regiones indígenas, pero también para discutir las nuevas políticas de reconocimiento multicultural y de acceso a la justicia³⁵.

¿Cuáles son las implicaciones para pensar la justicia y el derecho indígena desde la perspectiva de la interlegalidad?

Un estudio colectivo sobre la justicia y el conflicto cultural en diferentes regiones indígenas de México nos permitieron documentar las prácticas de la justicia y los usos del derecho en el ámbito de las comunidades y en las instancias judiciales municipales y distritales del Estado³⁶. Históricamente, la justicia indígena ha sido una justicia subordinada, limitada generalmente a los asuntos de baja cuantía y al espacio reducido de las pequeñas comunidades, sin ser considerada por el Estado como justicia indígena con su derecho propio. En muchos casos ha sido más bien una justicia auxiliar e integrada a la estructura judicial del Estado, si bien en otros, por condiciones particulares consiguió reproducirse una justicia más

³⁵ Sierra, María Teresa. "Customary Law and Indigenous Rights in among the Nahuas of the Sierra Norte de Puebla", *Law & Society Rev.*, vol. (29), n. 2: 227-257; Sierra, M. Teresa. *Haciendo justicia...*; Chenaut, Victoria. "Honor, disputas y usos del derecho entre los totonacas del Distrito Judicial de Papantla Veracruz", tesis de doctorado en Ciencias Sociales, Zamora, Mich., COLMICH., 1999; Orellana, René. *Interlegalidad y campos jurídicos. Discurso y derecho en la configuración de órdenes jurídicos semiautónomos en comunidades quechuas de Bolivia*, Universitat van Amsterdam, 2004; Garza Caligaris, Anna María. *Género, interlegalidad, y conflicto en San Pedro Chenalhó*, UNICACH/PROIMMSE-UNAM, 2002; Sieder, Rachel. *Derecho consuetudinario y transición democrática en Guatemala*, Guatemala, FLACSO, 1996.

³⁶ La investigación se realizó en cinco regiones indígenas de México: con población Nahuá en la Sierra Norte de Puebla (María Teresa Sierra e Ivette Vallejo), Totonacos de la región de Papantla, Veracruz (Victoria Chenaut), Zinacantecos de los Altos de Chiapas (Jane Collier), Mixes de Totontepec, Oaxaca (Elisa Cruz), Mixtecos de Metlatónoc, Guerrero (Maribel Nicasio), y Triquis, Mazahuas y Otomíes de la ciudad de México (Rebecca Igreja), ver Sierra, María Teresa (ed.). *Haciendo justicia: Interlegalidad...*

autónoma. Según pudimos observar en el estudio mencionado, la fuerza de las jurisdicciones indígenas ha variado según los contextos y las historias de relación, subordinación y conflicto de las comunidades indígenas con el Estado, de ahí que no se pueda hablar de un sólo modelo de justicia indígena. Así, por ejemplo, la justicia entre los zinacantecos en Chiapas ha gozado históricamente de una real autonomía debido a la legitimidad de las autoridades tradicionales y a su fuerza para negociar con las instituciones y funcionarios estatales manteniéndolos fuera de su jurisdicción; en oposición a esto se encuentra el caso de una gran parte de comunidades indígenas del centro del país, como la región *nahua* de la Sierra Norte de Puebla, las comunidades *otomíes* del Mezquital, los *totonacas* de Papantla, donde los ámbitos de jurisdicción han estado históricamente subordinados ante el Estado con espacios mínimos para ejercer una justicia propia. Mientras en el caso de Guerrero un estado débil, con fuerte impunidad y violencia social así como una pobreza extrema ha fragilizado las instancias comunitarias propiciando experiencias de justicia diferenciada que van de la justicia a mano propia a modelos renovados de una justicia indígena alternativa. En estos contextos, con más o menos fuerza el Estado ha penetrado los espacios de la justicia indígena, limitando las competencias, interviniendo y poniendo límites, e incorporándolos a una cultura jurídica y estructura judicial que ha obligado a los pueblos a generar estrategias diferenciadas para mantener y reproducir sus instituciones y formas de gobierno. Esto sin embargo no impidió la vigencia de una justicia indígena, con autonomía relativa para juzgar ciertos asuntos, con base en normas y autoridades propias, si bien las jurisdicciones han debido responder a las presiones y modelos jurídicos del sistema dominante. La oficialización de acuerdos, la exigencia de informes, actas, sellos, la elaboración de reglamentos internos, el uso del discurso legal para garantizar acuerdos internos (de herencia, tierras, etc.) pero también la decisión de pasar asuntos a la jurisdicción del Estado por su gravedad, así como su intervención para cuestionar decisiones de las autoridades indígenas e imponer su ley, ha sido una constante histórica en la vida de las comunidades que han sabido también usar la ley a su beneficio e incluso para resistir ante el Estado. De esta manera, la justicia indígena ha debido renovarse y atender a nuevas problemáticas y realidades, lo que en ocasiones ha significado su fragilidad y pérdida de legitimidad, como puede observarse en varias regiones del país, donde la autoridad tradicional no tiene más que

una vigencia simbólica; o bien según sucede en otras regiones, la justicia indígena ha conseguido renovarse aprovechando las nuevas coyunturas de reconocimiento y apertura de instancias multiculturales.

Las reformas legales en materia indígena, a pesar de sus limitaciones apuntarían en principio a abrir alternativas al asimilacionismo jurídico, potenciar una justicia indígena y legitimarla ante el Estado y sus instituciones. Según hemos señalado los cambios son recientes y se dan dentro del marco de un multiculturalismo restringido, por lo que difícilmente podrán garantizar el ejercicio de verdaderas jurisdicciones indígenas. Aún así, habrá que esperar un tiempo para averiguar su impacto real en términos de fortalecer o no las instancias indígenas y a sus autoridades. En este contexto, lo que sí puede observarse, al menos en algunas regiones, es un proceso de discusión y renovación en torno a la justicia indígena, dentro y fuera de los marcos legales establecidos por el Estado. Dicho proceso está abriendo el espacio para definir desde nuevos lentes el derecho indígena, sus alcances y potencialidades en lo cual nuevos lenguajes de derechos provenientes de la legislación nacional e internacional juegan un papel fundamental: por ejemplo, el concepto mismo de derechos, de derechos humanos, derechos de las mujeres, derechos ambientales y de propiedad intelectual, así como los mismos derechos de autonomía. El sentido que adquieren estos nuevos discursos y su apropiación por los actores indígenas revela nuevamente que no estamos ante sistemas jurídicos auto-contenidos ni sociedades cerradas, sino por el contrario se trata de sociedades con gran capacidad de innovación para potenciar sus formas de gobierno y organización, como sucede con el juzgado indígena de Cuetzalan, antes mencionado. O bien ante sociedades que están incluso yendo más allá de los márgenes establecidos por el Estado ante lo limitado de las reformas legales, como lo muestran hoy en día las Juntas de Buen Gobierno zapatistas, en Chiapas, y la experiencia de justicia y seguridad pública de la Coordinadora Regional de Autoridades Comunitarias en la Costa Montaña de Guerrero³⁷. Ambos casos dan cuenta de una gran creatividad social para desarrollar modelos

³⁷ Sobre las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas, ver el trabajo de Cerda, Alejandro. “Desafíos del espacio público en los municipios autónomos zapatistas” en *Rev. Memoria* 177, nov. 2003 y en torno a la justicia practicada por la policía comunitaria de Guerrero y el debate sobre los derechos humanos, ver Sierra M. Teresa. “La renovación de la justicia indígena...” y Sandoval, Abigail. “No es lo mismo la teoría que la práctica...”.

propios de justicia y gobierno en donde lo colectivo se enfrenta al reto de redefinir tradiciones arraigadas y dar lugar a las voces subordinadas considerando el discurso de los derechos humanos para avanzar en propuestas de justicia más acordes con las necesidades y realidades de los pueblos. Dichas experiencias se encuentran reinventando la justicia indígena desde modelos culturales propios, abiertos y dinámicos, y con gran legitimidad social lo que les está permitiendo enfrentar la violencia, la impunidad, y dar salida a la conflictividad local, y en este sentido contribuyen a la paz social y a construir un Estado de derecho plural y más justo. Sin duda los procesos se dan en el marco de contradicciones internas, como toda sociedad, por lo que no hay que idealizarlos, no obstante su misma permanencia da cuenta de su vitalidad, lo que significa también retos para el Estado.

**Políticas de reconocimiento y reformas legales.
Retos, alternativas y miradas críticas. A manera
de conclusiones**

A lo largo del texto he querido mostrar algunos aspectos que marcan las políticas de reconocimiento y sus límites para reconocer la justicia y el derecho indígena. A los primeros momentos de entusiasmo que marcaron las reformas en materia indígena en México y en otros países de América Latina le han seguido una serie de análisis críticos que revelan las limitaciones en las que se insertan dichos cambios, que finalmente apuntan a redefinir los pactos de la hegemonía estatal, bajo un nuevo contexto de globalización y transnacionalismo neoliberal. El multiculturalismo como política de Estado no resulta ser una fase que por sí misma resuelva la problemática de la discriminación y exclusión de los pueblos indígenas. Si bien ha propiciado nuevos lenguajes de reconocimiento que cuestionan la visión liberal asimilacionista y apuntan a legitimar la diversidad cultural, esto no necesariamente va en el sentido de fortalecer una nueva relación del Estado y los pueblos indígenas. A pesar de todo, es también importante mirar las respuestas de los actores sociales a dichas políticas y mostrar que aún en sus límites observamos procesos de apropiación y renovación de la justicia indígena, así como nuevos foros para reclamar los derechos a niveles nacionales e internacionales. Por esto mismo resulta también importante cuestionar visiones arraigadas en torno al pluralismo

jurídico y el derecho indígena, como entes aislados y auto-contenidos, para documentar la manera en que los sistemas jurídicos y las instancias de la justicia indígena están abriendo nuevas opciones para pensar la diferencia cultural y los derechos colectivos. Por ello la perspectiva de la interlegalidad ofrece una mirada más enriquecedora para analizar dichos procesos.

¿En qué sentido la interlegalidad nos ofrece nuevas perspectivas para pensar los retos de las políticas de reconocimiento y el pluralismo jurídico?

La perspectiva de la interlegalidad no pretende sustituir el concepto de pluralismo jurídico sino más bien enriquecerlo añadiendo una visión de proceso social, de cambio y de poder, lo que resulta necesario para pensar en las políticas de reconocimiento de la diversidad cultural y los derechos indígenas. En este sentido es posible hacer las siguientes reflexiones:

- a) Para evitar caer en fundamentalismos culturales y orientar³⁸ a las culturas indígenas, considerándolas como entes fuera de la historia y del poder, es necesario entender que las sociedades indígenas como toda sociedad son dinámicas y cambiantes. Defender la diferencia cultural no significa pensar a las culturas como entes cerradas, atemporales y consensuales, y justificar con ello la imposibilidad de diálogos culturales. Los diálogos deben plantearse en ambas direcciones para que no solamente las sociedades indígenas se adecuen a las exigencias de la sociedad mayor, sino también las sociedades nacionales cuestionen modelos excluyentes y homogenizantes sobre la ley y la cultura. Una apuesta central desde esta perspectiva es la de cuestionar las ideologías legales dominantes basadas en el positivismo jurídico desde las cuales se ha tendido a esencializar e inferiorizar a las culturas indígenas para evitar comprenderlas en sus propias lógicas culturales y de poder.
- b) Desde su condición subordinada los pueblos indígenas han aprendido a ampliar su repertorio cultural y legal plural, a moverse entre distintas lógicas y racionalidades y a construir

³⁸ El concepto de orientalismo es propuesto por Edward Said para referirse a la manera en que Occidente construye al Otro, no occidental, como sociedades suspendidas en el tiempo, fuera de la historia y del poder, para justificar los fines de la dominación colonial, y la inferiorización de dichas sociedades. Cfr. Said, Edward. *Orientalism*, New York, Vintage Books.

nuevos conocimientos que les permiten articular mundos de vida diferentes, tal como lo revela la historia colonial y la historia contemporánea de los pueblos indígenas³⁹. Esta capacidad puede ser utilizada a su beneficio si la incorporación de nuevos lenguajes o el recurso a instancias del Estado no significa debilitar sus propios espacios de decisión y autonomía en tanto pueblos. De acuerdo a Catherine Walsh: “Más allá de la diversidad, el reconocimiento y la inclusión pone en juego la diferencia no sólo colonial sino cultural para negociar la unidad en la diversidad”⁴⁰.

- c) Varios autores advierten sobre los diferentes sentidos que puede tomar la nueva constitucionalidad multicultural: si con ella se apunta a transformar las relaciones de poder excluyentes y dominantes en la que han estado insertos los pueblos indígenas; o si se construye la multiculturalidad desde la lógica estatal, reproduciendo su propia institucionalidad. Es por ello importante destacar el papel del capitalismo neoliberal en el impulso de políticas multiculturales y descentralizadoras y su incidencia en limitar los alcances del reconocimiento⁴¹.

En suma, la nueva legislación multicultural si bien contribuye a empoderar a los pueblos indígenas también puede ser un dispositivo en la tecnología del poder y la domesticación, como lo apunta Walsh. No hay nada inherentemente progresista o emancipador en el

³⁹ Borah, Woodrow. “The Spanish and the Indian Law: New Spain” in G. Collier, R. Rosaldo & J. Wirth (Eds.). *The Inca and the Aztec States 1400-1800*. Academic Press, New York, 1982.

⁴⁰ Catherine Walsh desarrolla un argumento crítico sobre políticas de reconocimiento, interculturalidad y justicia que coinciden en gran medida con los planteamientos que desarrollo en este texto sobre la interlegalidad y la justicia. Retomo aquí algunas de sus ideas. Walsh, Catherine. “Interculturalidad, reformas constitucionales y pluralismo jurídico”, ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2002, www.uasb.edu.ec/padh.

⁴¹ Hale, Charles. “Does multiculturalism menace?...”, 2002; Assies, Willem. Gemma Van der Haar y André Hoekema. *El reto de la diversidad...* (op cit); Speed, Shannon y María Teresa Sierra (coords.) “Critical Studies on Human Rights and Multiculturalism in Latin America”, *Número Especial de la Revista. PÓLAR (Political and Legal Anthropological rev.)*, AAA, University of California Press. Vol. 28 (1) mayo 2005; Sieder, Rachel. “Impulsando las demandas indígenas a través de la ley: Reflexiones sobre el proceso de paz en Guatemala” en Pitarch, Pedro y Julián López García (eds.). *Los derechos humanos en tierras mayas*, Universidad Complutense, Madrid, 2001, 55-82; Van Cott, Donna. *The friendly liquidation of the Past: The politics of diversity in Latin America*. Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2000.

pluralismo legal, tampoco implica igualdad; no se trata de desconocer los avances en las políticas de reconocimiento sino de advertir las posibles trampas de la institucionalidad indígena si estas no apuntan también a transformar los sistemas de la desigualdad social. Una interpretación desde la interlegalidad interesada en dar cuenta de las prácticas jurídicas debe entonces apostar a construir visiones no cerradas de los sistemas jurídicos indígenas y del Estado, a pensar en sus necesarias conexiones contemplando también las relaciones de poder en las que se insertan. De esta manera, pensar la interlegalidad implica apostar a construir diálogos interculturales en donde los sistemas jurídicos puedan enriquecerse mutuamente y transformarse, para permitir cambios en los órdenes sociales en su conjunto y el que las sociedad indígenas tengan la posibilidad de definir los límites y alcances de sus jurisdicciones; lo que también significa considerar sus vínculos con la sociedad nacional y la necesidad de garantizar salidas a las propias controversias internas y a las voces minorizadas. El diálogo intercultural en ese sentido pretende ir más allá de los esquemas limitados del pluralismo jurídico aditivo para definir alternativas que fortalezcan los gobiernos indígenas y su justicia, sin cerrar la posibilidad de tener acceso a la jurisdicción del Estado y a la jurisdicción internacional en aras de defender sus derechos como pueblos.

Anexo 1

Reconocimientos legales en términos de justicia indígena y acceso a la jurisdicción del estado en México⁴²

Campeche	Figura Juzgados de Conciliación: (Ley Orgánica Poder Judicial 1997) / jueces y suplentes propuestos por el gobernados. NO obligatoriedad, competencia limitada a asuntos de menor cuantía, no asuntos mercantiles o de divorcio. Subordinados a rendir informe c/3 meses a los juzgados de Primera instancia. / Subordinación a las autoridades jurisdiccionales Edo.
Chiapas	Códigos Procedimientos Civiles y Penales y Ley Orgánica Poder Judicial: figura de juzgados de Paz y de conciliación. Las autoridades tradicionales como auxiliares de la administración de justicia. Sólo jurisdicción cuando las partes son indígenas. Aplicación usos y costumbres salvaguardando garantías individuales y d.h. Requisitos de ser lic. En derecho para ser Juez de Paz y Conciliación. Creación de una Sala Indígena en el Supremo Tribunal de Chiapas, como Segunda Instancia de juicios de los Juzgados de Paz y Conciliación
Oaxaca	Reconocimiento de sistemas normativos internos de pueblos y comunidades indígenas, y legislación reglamentaria de formas de homologación y convalidación. Reconocimiento adaptación sistemas normativos con el tiempo y circunstancias. Validez formas internas siempre que no contravengan la Constitución del estado ni vulneren d.h. La ley establece que las decisiones autoridades indígenas serán compatibilizadas y convalidadas cuando se sometan a su consideración siempre que no contravenga la Const. de la Rep.
Quintana Roo	Único que cuenta con una ley de justicia indígena. Se considera a la justicia indígena como alternativa a la vía jurisdiccional ordinaria, y al fuero de los jueces de orden común. Se establece un sistema de supervisión, capacitación y orientación de los jueces tradicionales. Se creará un Consejo de la Judicatura Indígena que incluye a representantes de los jueces tradicionales.
Puebla	Se reconocen los Procedimientos de la justicia indígena, como medios alternativos a la jurisdicción ordinaria, para garantizar el acceso a la jurisdicción del estado. Aplicación de los sistemas normativos entre integrantes de pueblos y comunidades indígenas, sólo límite respeto a los

⁴² Cuadro elaborado a partir de información tomada de Assies, Willem, "Reforma jurídica en Michoacán y pluralismo jurídico" y de indagaciones propias. En dicho trabajo, Assies hace un balance comparativo de reformas en materia de justicia indígena a nivel de Ecuador, Bolivia, Colombia y México.

	<p>derechos fundamentales de la Constitución, los tratados y los derechos de las mujeres y niños. Procedimientos no sujetos a formalidades, preferentemente orales, y de desahogo expedito. Las autoridades deben dejar constancia por escrito en su lengua o la que se convenga. Definición de las medidas de apremio a ciertos límites. Someterse a la jurisdicción indígena significa reconocer y validar los sistemas normativos y las autoridades, así como sus resoluciones. Derecho del demandado a no someterse a la justicia indígena. Reconocimiento de acuerdos como cosa juzgada. La validación de los procedimientos ante jueces ordinarios sólo en caso de inconformidad. La validación la hará el Juez Civil del Distrito Judicial. La validación será para verificar si se respetaron los derechos y principios que limitan al medio alterno pero para pronunciarse sobre el fondo del asunto. Se crean también Juzgados Indígenas municipales (cuyo estatuto se equipara al de los jueces Menores Mixtos (de lo Civil y penal) municipal y juzgados de paz). Hay ambigüedad en su resolución; se crean junto con otras instancias alternativas como las de mediación, las comisiones de d.h., peritos legales. Atender asuntos que intervengan indígenas, deben conocer el idioma materno. Creación de lista de intérpretes, y reconocimiento de magistrados especializados en materia indígena.</p>
San Luis Potosí	<p>Se establece una Iniciativa de Ley sobre Administración de Justicia Indígena y Comunitaria del Estado de San Luis Potosí, (sep. 2004): reconoce a las autoridades comunitarias y al Juez Auxiliar como figuras centrales de la administración de justicia. La ley establece que: la justicia indígena es alternativa a la jurisdicción ordinaria. Si una de las partes no es indígena la sujeción a dicha ley depende de la voluntad de los involucrados; se dota de jurisdicción y competencia a los jueces auxiliares quienes actuarán como mediadores o árbitros con base en sus usos y costumbres; los procedimientos vigentes en las comunidades con base en sus sistemas normativos sólo serán limitados por las garantías individuales. Se establece que el Supremo Tribunal de Justicia del Estado, capacitará, supervisará y orientará a los jueces auxiliares; se reconoce que si las partes solucionan la controversia será sentencia ejecutoria; los jueces auxiliares tendrán competencia para conocer y resolver competencias en materia civil, familiar y penal. No conocerán de delitos considerados graves en el Código Penal, se definen los alcances de las multas y medidas de apremio.</p> <p>Única reforma que reconoce a las comunidades indígenas como sujeto de derecho público (lo que no hace la reforma federal), y reconoce derechos a las mujeres como acceder a cargos de representación y beneficios para el desarrollo productivo. La validación de las decisiones de las autoridades indígenas se hará con referencia las garantías individuales y considerando la normatividad vigente en el estado y respeten los derechos de las mujeres. Sello del juez indígena validado por la asamblea.</p>