

Silvina Ramírez

Directora Ejecutiva del INECIP
 Profesora de Derecho Constitucional de la Facultad
 de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

inecip@inecip.org

Justicia Penal y Pueblos indígenas: una agenda pendiente



This article addresses three main topics. First, the author describes the subtleties of the relationship between State criminal justice and that of indigenous communities. She then goes on to present a discussion of institutional and normative changes needed to create a criminal justice system that responds to the needs of aboriginal groups. Finally, and in order to move the discussion forward, she addresses how the relationship between governments and indigenous movements limits the opportunities of indigenous groups to participate as true social actors.

En la actualidad, presentar un ensayo sobre justicia penal y pueblos indígenas que contenga información novedosa o ideas innovadoras es una tarea desafiante, si tenemos en cuenta que en las últimas décadas esta relación ha merecido la atención de diferentes sectores, tanto estatales como no gubernamentales, ya sea de parte de los movimientos indígenas como de funcionarios estatales preocupados por instalar una relación más armoniosa que la establecida históricamente, a partir de los procesos de conquista.

La administración de justicia como parte fundamental del Estado, también ha sido objeto de análisis. Dentro de ésta, la justicia penal como uno de los segmentos más sensibles de los sistemas de justicia se ha mostrado como la más privilegiada para dar cuenta de los avances de esta relación.

En este proceso que involucra la construcción de Estados cuyo signo distintivo sea el respeto a la diversidad, se han identificado instituciones específicas que pueden receptor el reconocimiento de los derechos indígenas, desde la introducción del peritaje y los intérpretes hasta la extinción de la acción penal en caso de resolución de conflictos por parte de las autoridades indígenas, desde prácticas diferenciadas en la ejecución penal hasta la existencia

de tribunales comunitarios, todos han sido presentados como modos de articulación entre la justicia penal y la justicia indígena.

Sin embargo, a pesar de las discusiones, los estudios realizados, la incorporación efectiva en algunos códigos procesales penales de esta normativa, los pueblos originarios en general carecen todavía de la entidad necesaria para ser registrados como interlocutores políticos del Estado, como genuinos sujetos colectivos que merecen más que una norma que exprese un reconocimiento que aún no se ha plasmado¹.

En este trabajo se abordarán, en primer lugar, los matices que caracterizan la relación entre la justicia penal del Estado y el sistema de justicia indígena (I). En segundo lugar señalaré los cambios institucionales y normativos ya existentes que posibilitan la construcción de un nuevo sistema de justicia penal de cara a los requerimientos de los pueblos originarios (II). Finalmente, y para avanzar en la discusión,

¹ Realizar generalizaciones de este tipo en América Latina nos lleva necesariamente a provocar algunas distorsiones. Es innegable que en algunos países los movimientos indígenas no sólo se han posicionado ventajosamente sino que han accedido al poder (actualmente el caso de Bolivia). Los procesos históricos demostrarán hasta dónde las estructuras coloniales del Estado pueden ser transformadas.

mencionaré algunos de los desafíos pendientes que genera la relación Estados y movimientos indígenas, para provocar genuinas transformaciones que conviertan a los Pueblos indígenas en actores sociales.

1. Una relación compleja

No ha sido precisamente una relación armoniosa la que ha imperado entre los pueblos originarios y los Estados, conformados luego de largos procesos que culminaron con la independencia del dominio español pero que no lograron su inclusión –hasta el día de la fecha– como sujetos colectivos.

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que los movimientos indígenas empiezan lentamente un recorrido que culmina con la demanda clara de reconocimiento de sus derechos, y junto con esta necesidad y requerimiento de ser visualizados como interlocutores del Estado, se plantea la necesidad de articular sus propios modos de administrar justicia con la justicia oficial².

Los Pueblos indígenas latinoamericanos finalmente han logrado convertirse en interlocutores políticos, y actualmente se presentan como un sujeto colectivo que demanda por la titulación colectiva de las tierras, por el uso de su lengua, porque se respete su propio modo de administrar justicia, entre otros derechos. Éstos han sido reconocidos e incorporados a los instrumentos internacionales y a la legislación nacional, pero muchas veces no son instrumentados y mucho menos respetados en la práctica.

Son precisamente estos derechos los que han habilitado a requerir que los modos de resolución de conflictos, la administración de justicia indígena, fuera reconocida por los organismos de justicia gubernamental. Sin embargo, y a pesar de que dicho reconocimiento está contenido en los instrumentos normativos, el debate alrededor de los límites del ejercicio de jurisdicción indígena, y sobre todo el fantasma permanente de la secesión estatal han contribuido a que los derechos

de los Pueblos indígenas se hayan transformado en conflictos permanentes con el Estado.

Políticamente, la autonomía de los Pueblos indígenas no significa fragmentación del Estado, ni separación ni constitución de otra unidad política. Y aunque esta discusión con el paso del tiempo se ha vuelto redundante, algunos siguen insistiendo en su vigencia: la posibilidad cierta de que los Pueblos indígenas se independicen de los Estados en cuyo territorio se encuentran. Estas posturas no hacen otra cosa que provocar distorsión acerca del objeto de la discusión: no es la secesión lo que constituye el problema (secesión, por otra parte, que resultaría hasta inviable pragmáticamente) sino la concreción de sus derechos.

Lo que en principio fue un absoluto desconocimiento de las particularidades de los pueblos indígenas se transformó paulatinamente en el “registro del otro”, lo que fue determinante para generar el respeto de su sistema de creencias,

su cosmovisión del mundo, sus pautas culturales, etc. Es imposible, entonces, reconocer un conjunto de características específicas de los pueblos originarios sin involucrar el reconocimiento de su sistema de justicia. Reconocer lo uno es también admitir que existen otros modos de administrar justicia que difieren de la administración de justicia del Estado en el que habitan.

A pesar de los difíciles escollos a superar, se han desplegado numerosas iniciativas tendientes a dejar lugar en el sistema de administración de justicia oficial al sistema de justicia indígena. El Estado reconoce que existen diversas maneras de resolución de conflictos, y que las respuestas a los conflictos son más adecuadas si se formulan a través de las prácticas indígenas.

Por último, cabe señalar que si bien los instrumentos normativos internacionales y nacionales³ reconocen la forma de administración de justicia llevada

Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que los movimientos indígenas empiezan lentamente un recorrido que culmina con la demanda clara de reconocimiento de sus derechos, y junto con esta necesidad y requerimiento de ser visualizados como interlocutores del Estado, se plantea la necesidad de articular sus propios modos de administrar justicia con la justicia oficial.

² Cfr. Grey Postero, Nancy, “Movimientos indígenas bolivianos: articulaciones y fragmentaciones en búsqueda del multiculturalismo” en Luis Enrique López y Pablo Regalsky (editores), *Movimientos indígenas y Estado en Bolivia*, Proeib Andes Ediciones, La Paz, 2005.

³ Los instrumentos internacionales más importantes son el Convenio 169 de la OIT, los Pactos Internacionales (Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la recientemente aprobada Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. En todas las constituciones latinoamericanas, y preferentemente en la década de los 90, se han incorporado fórmulas de reconocimiento de los derechos indígenas.

adelante por las propias autoridades indígenas, no se ha podido avanzar demasiado en la “bajada a tierra” de este conjunto normativo. Razones variadas que van desde la debilidad de las instituciones indígenas a la falta de voluntad política para lograr la coexistencia entre sistemas de justicia diversos siguen mostrando la necesidad de seguir reclamando por el respeto de los derechos indígenas. Derechos indígenas que son prerrogativas –ya sea basadas en intereses, en necesidades, en conquistas– que les corresponden a los indígenas, no por concesión –en este caso– del Estado en cuyo territorio habitan, sino porque constituyen reivindicaciones legítimas que han adquirido a través de siglos de luchas denodadas para ser reconocidos como Pueblos.

2. Intentos de coordinación

La década de los 90 representa para el análisis de las conquistas de los Pueblos indígenas la introducción en el ámbito constitucional del reconocimiento de sus Derechos. Luego de la promulgación del Convenio 169 de la OIT –instrumento que hasta la fecha constituye la avanzada en el tema que nos ocupa– las Constituciones de los Estados latinoamericanos incorporaron cláusulas específicas que reflejan que al menos desde un marco normativo los derechos colectivos de ciertas minorías encuentran un lugar de protección y resguardo.

Sin embargo, y no obstante dicho reconocimiento, la necesidad de formular legislación secundaria que articule el sistema de justicia indígena con el sistema de justicia oficial ha obstaculizado el respeto efectivo de los Derechos Indígenas, provocando no sólo innumerables debates a su alrededor, sino generando una discusión aún no saldada en el ámbito jurídico: si las normas constitucionales son programáticas u operativas, y si aquellas que se refieren al reconocimiento expreso de sus formas de administrar justicia requieren otra ley que las operativice o pueden ser ejecutadas desde el momento en que forman parte de la norma fundamental.

Casi en paralelo, y a partir del inicio de la década de los 90, se inicia un movimiento de reforma de la justicia penal, más específicamente alrededor del procedimiento penal, que tiene como ejes principales el establecimiento de la oralidad, la investigación a cargo del fiscal, el control de las garantías del proceso en cabeza del juez de garantías, todo

esto encaminado no sólo al respeto de las garantías del procesado y a la recuperación del rol de la víctima en el proceso, sino también a transparentar un procedimiento absolutamente oculto en donde el expediente ocupaba el lugar central y a dotar de una cuota de humanidad un sistema de justicia que se caracterizaba principalmente por afectar derechos fundamentales.

Estas reformas procesales penales no se caracterizaron por ocuparse de la coordinación con el sistema de justicia indígena, no obstante introdujeron algunas normas atinentes a los Pueblos indígenas. Aspectos tales como la incorporación de normas de coordinación (Bolivia y Paraguay), peritaje e idioma (Paraguay), y en algunos casos legitimación activa de las comunidades indígenas para ser querellantes en casos de genocidio o discriminación (Guatemala) han sido contemplados en los Códigos de Procedimiento Penal reformados. De todos modos, tampoco ha sido suficiente para regular de manera no conflictiva la convivencia armónica de dos formas diferentes (indígena vs oficial) de resolver los conflictos.

Como aspectos destacables, podemos mencionar la incorporación de la multiculturalidad dentro de las agendas públicas (otra vez, esto no es general en América Latina, y algunos países les prestan mayor atención en comparación con otros⁴), pero cabe destacar que los esfuerzos que se han realizado para formular políticas públicas que establezcan el respeto y el reconocimiento a la institucionalidad de los Pueblos indígenas no han logrado alcanzar los niveles deseados.

Los intentos de coordinación que se han llevado adelante entre la justicia indígena y la justicia oficial no han logrado hasta la fecha concreción en ninguna normativa de los Estados⁵. Los puntos de encuentros que existen entre las reformas procesales

penales y los Derechos de los Pueblos indígenas tienen sentido sólo si tomamos a las reformas procesales penales como parte de las reformas judiciales, y sólo si entendemos las reformas judiciales como procesos contextualizados históricamente, que se

Como aspectos destacables, podemos mencionar la incorporación de la multiculturalidad dentro de las agendas públicas (...), pero cabe destacar que los esfuerzos que se han realizado para formular políticas públicas que establezcan el respeto y el reconocimiento a la institucionalidad de los Pueblos indígenas no han logrado alcanzar los niveles deseados.

⁴ A pesar que algunos autores manifiesten que la multiculturalidad dirigida por el Estado responde a las nuevas políticas globalizadoras de modernidad. Cfr., López, Luis Enrique y Regalsky, Pablo (editores), Ob. Cit., 2005.

⁵ Ver Irigoyen, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

vinculan al devenir de los Pueblos originarios en la medida en que ambos responden a un paradigma estatal que se encuentra en permanente estructuración y discusión.

Es importante, entonces, determinar cuál es la relación entre los movimientos de reforma a la justicia y los reclamos de los movimientos indígenas, para evaluar hasta qué punto inciden en la inclusión política y cultural de los Pueblos indígenas y en definitiva en la construcción de ciudadanía.

En primer lugar, los movimientos de reforma a la justicia penal avanzan en profundizar las garantías ciudadanas, dotando a un proceso por demás sensible –aquel que puede terminar con la libertad de las personas– de la suficiente transparencia e instaurando la centralidad del juicio oral como una forma de garantizar a la vez la publicidad de lo que se ventila en el proceso y la posibilidad de acusar y defender en igualdad de condiciones. En otras palabras, un proceso penal se convierte en una ventana a través de la cual uno puede vislumbrar el perfil del Estado.

El Estado cada vez más se ve compelido a adecuar sus estructuras para dar respuestas a una multitud de demandas. Entre ellas, la de una profundización de la participación social, la inclusión de sectores marginados, y una distribución más adecuada de la riqueza. Uno de aquellos sectores sin duda lo constituyen los Pueblos indígenas, que interpelan permanentemente al Estado para hacer escuchar sus voces.

En segundo lugar, el Estado debe responder en distintos niveles a las demandas. Uno de estos niveles, quizás el menos importante pero uno de los más visibles, es el de la administración de justicia. Cuando el segmento de la justicia actúa con receptividad frente a la diversidad, cuando su entramado se vuelve más flexible a lo diferente, uno de los poderes del Estado se acerca a través de sus reformas introduciendo rasgos que permiten ejercer el respeto y la tolerancia frente a las propias pautas culturales de los Pueblos indígenas.

Así planteadas las cosas, creemos que vale la pena señalar la importancia estratégica de aprovechar las transformaciones de la justicia penal para incorporar de un modo más contundente e insoslayable el reconocimiento a los Derechos de los Pueblos indígenas. Si se introduce esta variable como una que puede llevar agua al molino de la

lucha indígena, construyendo el Estado pluricultural que se reclama, pero sobre todo legitimando estas reformas de modo de prestar atención a diversos sectores, entonces la vinculación no sólo se presenta como necesaria sino también como fructífera.

Por último, los movimientos de reforma de la justicia penal pueden contribuir a un fortalecimiento del Estado de Derecho no sólo en la medida que democratizan la propia justicia penal, sino también dando la apertura necesaria para que algunos sectores que reclaman una sensibilidad y una respuesta ajustada a sus necesidades encuentren un lugar que debe darles un Estado que pregona una democracia participativa como forma de gobierno.

3. Realidad y Reglas en las relaciones interculturales

Las relaciones que se establecen entre los Pueblos originarios y el Estado deben estar asentados en el paradigma de la interculturalidad. Un intercambio signado por el respeto y reconocimiento de los sistemas de creencias, los sistemas culturales y los sistemas de justicia de cada uno de los extremos de esta relación.

Desafortunadamente, aún es preciso transitar un largo camino para cerrar la brecha que existe entre la realidad y todo el plexo normativo que da cabida a la diversidad. Tanto el Convenio 169 de la OIT, como las normas constitucionales de reconocimiento de los derechos indígenas y la última Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, recogen una multitud de derechos que en la práctica no se respetan efectivamente.

Así, uno de los temas que abrió una profunda discusión en las últimas décadas es el de la construcción de ciudadanía y cómo se preservan las relaciones de igualdad para consolidar un Estado equitativo. La construcción de ciudadanía presenta un desafío no sólo para el Estado sino también para los debates suscitados en el seno de las organizaciones y movimientos indígenas.

Más allá del doble status que presentan los miembros de los Pueblos indígenas, esto es ciudadanos del Estado en el que habitan e indígenas de los diferentes pueblos, lo cierto es que el Estado tiene la obligación de admi-

Cuando el segmento de la justicia actúa con receptividad frente a la diversidad, cuando su entramado se vuelve más flexible a lo diferente, uno de los poderes del Estado se acerca a través de sus reformas introduciendo rasgos que permiten ejercer el respeto y la tolerancia frente a las propias pautas culturales de los Pueblos indígenas.

nistrar justicia para todos sus ciudadanos, entre ellos los ciudadanos indígenas.

Este principio de igualdad –igual ciudadanía frente a la ley– indiscutible y pilar de los Estados modernos, no se respeta en la práctica con la misma fuerza que se predica en los diferentes foros. La igualdad se respeta cabalmente si se aplica –paradójicamente– de modo diferenciado. En el caso de los indígenas, hacer valer el principio de “aplicación de la ley de la misma manera para todos los habitantes” resulta en un trato discriminatorio y racista.

Comprender meditamente el párrafo anterior no es una tarea sencilla. Existe, en la práctica, inconciencia pero también responsabilidad frente al desconocimiento o ignorancia de las diferencias. Esto no puede dejar de señalarse: El Estado, fiel a las bases que lo nutren, debe hacer prevalecer en el juego democrático el principio de igualdad, principio que es aplicable a todos los ciudadanos y que debe ser entendido como aquel que respeta el ejercicio de todos los Derechos.

Las diferencias deben teñir toda la vida democrática. En el caso de los Pueblos indígenas, y concretamente alrededor de la administración de justicia, el Estado debe adoptar distintas vías para demostrar que es un Estado que respeta el principio de igualdad, que considera que todos los habitantes son ciudadanos, y que la diversidad forma parte de su entramado.

Estas vías pueden ser resumidas en:

1. reconocimiento de las formas de resolución de conflictos de los Pueblos indígenas.
2. incorporación a las normas oficiales de instituciones que contemplen la diversidad para respetar el principio de igualdad.
3. armonización de la legislación y adecuación de la práctica para la inclusión de los Pueblos indígenas en la administración de justicia.

Si el Estado cumple el desafío de articular estos caminos estará en condiciones de cumplir con los mínimos objetivos de democratización. Lo que pondremos de relieve en este trabajo es –dentro de estas diversas vías mencionadas, no exclusivas ni excluyentes– que en lo que atañe a las reformas procesales penales, el Estado puede enfatizar sus ejes democratizantes prestando especial atención a instituciones particulares que proporcionarían al indígena de un procedimiento acorde con su cosmovisión.

La administración de justicia se realiza tomando como parámetros algunos valores sociales, dinámicos y cambiantes, que forman parte y constituyen la cultura de cada uno de los Pueblos. Si admitimos que un Estado puede albergar a diversos Pueblos, y que los indígenas conforman uno de ellos, para realizar un tratamiento igualitario, y no considerar un valor más importante que otro, el Estado debe ser neutral respetando los valores de cada pueblo.

De estas afirmaciones se desprende fácilmente la necesidad de que el Estado, profundizando las relaciones de igualdad, considere las valoraciones sobre las que se asienta la cultura del Pueblo indígena de la misma forma que las que constituyen el resto de los pueblos (y quizás las valoraciones que forman parte de las concepciones de la mayoría).

Por eso, aunque ya hemos advertido que la solución a los problemas que plantean los Pueblos indígenas no pasa por el tema de las reformas judiciales y las reformas procesales penales, estas últimas pueden ser un instrumento notable para avanzar en su reconocimiento y su respeto.

Es dentro de este marco que debemos encarar el análisis de las reformas procesales penales. Sólo podemos considerar su importancia frente al respeto y protección de los Derechos de los Pueblos indígenas si evaluamos su incidencia frente a las culturas indígenas (en sentido amplio) como una forma de promoverlas y respetarlas, y no como un modo de intervención o de cooptación a un paradigma monocultural.

El Estado históricamente se ha visto tentado de uniformar lo diferente, con múltiples justificaciones de acuerdo al momento, pero con un ánimo simplificador que no es otra cosa que la demostración de su ineptitud para gestionar la diferencia. Afortunadamente, esta tendencia ha cambiado sobre todo influida por los movimientos sociales, por los movimientos indígenas, y por una mayor demanda de participación que se ha hecho sentir en todos los niveles⁶.

En el caso de los indígenas, hacer valer el principio de “aplicación de la ley de la misma manera para todos los habitantes” resulta en un trato discriminatorio y racista.

⁶ Éste es un análisis que peca tal vez de excesiva ingenuidad. Tengo un criterio ambivalente entre sostener la fuerza de los movimientos sociales que han logrado algunos objetivos, y reflexionar sobre la necesidad que tiene el Estado de dar cabida a la multiculturalidad como un modo de autolegitimación.

1. Renovaciones institucionales

Junto al movimiento de reformas procesales penales que se llevaron adelante en gran parte de América Latina se adscribieron también cambios relativos a una armonización entre la administración de justicia penal y la administración de justicia indígena. La incorporación de mecanismos tendientes a respetar la diversidad plasmada en uno de sus aspectos relevantes, el de la resolución de conflictos, indica un avance al menos en materia discursiva.

Para ello, se han contemplado diversos modos de coordinar ambos sistemas de justicia, como ya ha sido señalado en la introducción. La inclusión del peritaje, la obligación de contar con un intérprete en el caso de que esté siendo procesado un ciudadano indígena, la extinción de la acción penal en los casos en que el conflicto ya haya sido solucionado por las autoridades indígenas, la existencia de defensorías especializadas. Una batería de medidas que apuntan a tender puentes pero que no pueden superar las deficiencias estructurales⁷.

Las renovaciones institucionales apuntadas despliegan cambios profundos en algunas concepciones. Si bien no significan una transformación de fondo, al menos son indicios claros de que los Estados en la actualidad dejan lugar a otras formas de administración de justicia que interpelan la idea clásica del monopolio por parte del Estado. Sin embargo, estos cambios –algunos ya incorporados en la normativa vigente, otros que todavía forman parte de proyectos– no modifican de por sí las prácticas instaladas, ni implica que mágicamente los operadores de justicia serán más sensibles a su ejecución.

Los Estados contruidos rígidamente van abriendo canales de participación que, en definitiva, amplía su base de sustentación incorporando nuevos actores sociales. Las instituciones se renuevan adoptando formas que permitan “gestionar lo público” desde otros espacios.

2. Cambios normativos: Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas

En general las reformas normativas tienen sus límites en cuanto al avance que pueda realizarse en el efectivo respeto de los derechos indígenas. Si bien tanto las reformas constitucionales, como la legislación interna –que no sobresa por su abundancia– constituyen progresos frente al status que los Pueblos indígenas adquieren dentro de sus propios Estados, no tienen por sí solas la capacidad transformadora que requieren siglos de atraso.

No obstante, consideramos que la evaluación de estas dos últimas décadas en materia de Derechos indígenas y sus avances, en especial en cuanto a la legislación tanto internacional como constitucional, es positiva. No sólo se ha dado un giro radical en la normativa internacional con el Convenio 169 de la OIT, que aunque no sea vinculante, sí permite discutir desde otro lugar en los Estados que lo han ratificado.

Asimismo, los movimientos de reformas constitucionales se visualizan como lo suficientemente importantes para que se abran nuevas perspectivas a la vez que se constituyen como herramientas de reclamo para los Pueblos indígenas. Por último, también algunos Estados han promulgado⁸ o están discutiendo proyectos de ley de coordinación⁹, que mantienen vigente el debate, sustrayendo a los pueblos originarios del olvido.

Vale la pena destacar la promulgación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas. La misma, aprobada en 2006, también señala un avance –otra vez en el plano normativo– de las políticas de reconocimiento de los pueblos originarios. Su articulado recoge gran parte de los derechos demandados por los pueblos indígenas, y establece una participación importante de éstos en la formulación de las políticas¹⁰.

No obstante haber recogido el amplio abanico de los derechos indígenas demandados por el movimiento indígena en general, y enfatizar princi-

⁷ Ver Ramírez, Silvina, “La Reforma procesal penal y los pueblos indígenas” en www.cejamericas.org

⁸ Caso de Chile con su ley indígena 19.253 de 1993.

⁹ Caso de Bolivia, que está trabajando en un proyecto de ley de coordinación desde 1997, con posibilidades de retomar su discusión en la actualidad.

¹⁰ El artículo 1 dispone: “Los pueblos indígenas tienen derecho, colectiva o individualmente, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos por la carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Derecho internacional relativo a los Derechos Humanos.

palmente el derecho de los pueblos originarios a la tierra, territorio y recursos, lo cierto es que menciona escuetamente la cuestión de la administración de justicia. Así, su artículo 33 dispone la posibilidad de mantener sus “costumbres o sistemas jurídicos”, siempre supeditado a las normas internacionales de los derechos humanos¹¹.

De esta manera, y con una fórmula discutible, asemeja las costumbres a los sistemas jurídicos generando algunas distorsiones que afortunadamente la literatura sobre el tema ha clarificado¹². Por otra parte, y al condicionar su sistema de justicia a la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, genera un límite a la administración de justicia indígena también cuestionable desde un paradigma de respeto a la diversidad.

Por otra parte, si bien es destacable que luego de once años de trabajo finalmente se haya consensuado el contenido de la Declaración, es imperioso generar las vías adecuadas para que su contenido pueda implementarse. Caso contrario, el riesgo lo conforma la imposibilidad cierta de llevar a la práctica toda esta nueva normativa. El desafío, entonces, es “bajar a tierra” estos contenidos, lo que no significa que sea necesaria una nueva legislación secundaria en cada uno de los Estados, sino que es preciso generar las condiciones para que el contenido de la Declaración pueda aplicarse directamente.

3. Participación de las organizaciones indígenas: hacia nuevas prácticas

Por su parte, las organizaciones indígenas han adquirido un protagonismo indiscutible. La CONAIE en Ecuador, las autoridades mayas que se están reorganizando en Guatemala como lo es la OXLAJAJ AJPOP, la CSUCTCB o la CIDOB en Bolivia son sólo ejemplos –con características muy disímiles, pero también con aspectos semejantes– de la articulación de las demandas de los pueblos originarios.

Es por ello que los Estados no pueden ya más ser indiferentes a sus reclamos. Y es también por esta causa que la conflictividad, que se hace más evidente a partir de la organización de los indígenas, tiene que ser gestionada ya sea a través de la negociación (y ésta incluye la promulgación de leyes), ya sea a través de imposiciones que van desde fallos adversos de la justicia hasta la persecución y la criminalización¹³.

Unos de los aspectos centrales de las demandas indígenas, que forman parte de lo regulado por los instrumentos internacionales pero que aún no logran un correlato con la realidad, lo constituye sin lugar a dudas el reclamo por sus tierras. El despojo al que fueron históricamente sometidos y un presente que también los arrincona por los intereses económicos que representan las tierras que demandan, genera una situación que muchas veces se vincula con la justicia penal, debido a que sus reclamos son rotulados, en el peor de los casos, como delitos y canalizados para ser resueltos en el ámbito de la justicia penal.

De ese modo, los mecanismos de la justicia penal son utilizados muchas veces para criminalizar una demanda genuina, sumado al rechazo político que provoca una redistribución de los territorios en litigio, lo que no configura el mejor de los escenarios para profundizar el diálogo y las participación.

No obstante, los movimientos indígenas y las organizaciones que los representan han encontrado, estratégicamente, en el ámbito judicial un espacio de lucha. Se percibe que una

de las herramientas que puede proporcionar protección a sus derechos es, paradójicamente, la generada por los Estados y plasmada en los instrumentos internacionales.

...
al condicionar su sistema de justicia a la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos, genera un límite a la administración de justicia indígena también cuestionable desde un paradigma de respeto a la diversidad.

11 El artículo 33 manifiesta: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

12 Es relevante diferenciar las costumbres de los sistemas jurídicos, principalmente porque las primeras siempre han sido tomadas como subordinadas y secundarias al sistema de justicia imperante en el Estado.

13 Sin ir más lejos, en Argentina un fallo adverso a indígenas mapuche, Atilio Curiñanco y Rosa Rúa Nahuelquir, en contra de la Empresa Benetton, tuvo en el 2004 amplia difusión. En cuanto a la criminalización, en la IX región de Chile se constatan persecuciones criminales, que tienen que ver con las políticas formuladas por el Estado chileno frente a los reclamos del pueblo mapuche.

1. Estado y Pueblos indígenas

La conformación de los Estados modernos, tal como los conocemos, fue en un inicio profundamente racista y no incluyó a los Pueblos indígenas en su noción de ciudadanía. Antes bien, o los asimilaron coactivamente o los exterminaron en procesos genocidas. El sistema colonial imperante fue impermeable a lo diferente y ese patrón se ha reproducido por siglos. Es a partir de la segunda mitad del siglo XX que los Estados empiezan una etapa de apertura hacia los Pueblos indígenas, y simultáneamente las organizaciones indígenas se vuelven cada vez más fuertes, presionando a los Estados para hacer valer sus derechos.

A pesar de que los Pueblos indígenas, como sujetos colectivos, se posicionan cada vez más como interlocutores del Estado, es también indispensable, con las potenciales distorsiones que provoca una generalización, mencionar la ausencia de políticas públicas estatales dirigida a éstos, en su condición de sujetos colectivos y sujetos políticos. Las acciones que se despliegan son esporádicas y fragmentarias y no responden a la necesidad de establecer una relación distinta, que incluya a los Pueblos indígenas en una agenda pública en la que no figuran¹⁴.

En cuanto a la administración de justicia, tampoco existe una política clara de los Estados para compatibilizar los diferentes sistemas de justicia. Si bien en algunos Estados se ha reconocido —en algunos casos después de múltiples debates— algunos mecanismos de coordinación ya mencionados, como la incorporación de peritos o de intérpretes en el proceso, y algunas fórmulas también incorporadas en los códigos procesales penales (la extinción de la acción penal, por ejemplo), todavía no se ha logrado plasmar con claridad lineamientos que partan de los distintos poderes del Estado para regular la resolución de los conflictos en los casos en que estén involucrados miembros de Pueblos originarios.

Deben formularse estrategias tendientes a introducir una batería de reformas que tengan un objetivo en conjunto, y que no se conviertan en medidas aisladas que no contribuyen a mejorar una relación históricamente instalada en la desconfianza entre el Estado y los Pueblos indígenas, y tampoco dejan sentada cuál es la política que establecerá el Estado para organizar la administración de justicia, a la luz de los tratados internacionales ya ratificados y en vigencia.

En definitiva, el cambio estructural de los Estados que demandan las nuevas relaciones con los Pueblos originarios exige mucho más que un cambio en la administración de justicia. No obstante, es importante provocar las transformaciones con líneas de acción diversificadas que sin duda incluyen la administración de justicia, y específicamente la justicia penal, pero que no se agotan en este ámbito, y que deben incluir reformas en los otros poderes del Estado, y sobre todo deben prever una reestructuración de las áreas más sensibles.

2. Políticas de Reconocimiento

En el contexto antes señalado, formular políticas públicas de reconocimiento que incorporen los contenidos de los instrumentos normativos internacionales y las constituciones nacionales es la gran deuda pendiente. Llevar adelante programas de redistribución de la tierra, de regularización de los títulos, generar espacios de respeto a una cultura distinta a través de la enseñanza en su lengua, por ejemplo, son acciones que esperan una planificación concreta.

Más allá de que los nudos problemáticos que aquejan a los Pueblos originarios y que esperan una pronta solución están identificados, y desde distintos sectores se acercan líneas de acción alternativas, el inmovilismo del Estado se hace más notorio. Es cierto de que debemos hacer algunas distinciones. Si bien en América Latina podemos hablar más que de políticas de reconocimiento de “políticas de invisibilización” de los Pueblos originarios, ésta es una afirmación general que luego debe ser reajustada Estado por Estado.

En la actual coyuntura, las políticas desplegadas por el Estado boliviano no son iguales que las pergeñadas por el Estado argentino. Tampoco puede asimilarse Guatemala a Colombia, principalmente en cuanto a las decisiones que se toman en el ámbito judicial. Existe, sin embargo, un común denominador entre todos los países del continente: la ausencia de acciones concertadas cuyo objetivo sea la inclusión de los Pueblos indígenas en términos de igualdad.

3. El sistema de justicia en la construcción de un nuevo Estado

Frente a un Estado que debe generar las condiciones de inclusión de los Pueblos indígenas (y como correlato, construcción de ciudadanía), y con su obligación (contraída por la ratificación de instrumentos normativos internacionales) de reconocer la administración de justicia propia de los

¹⁴ Para una discusión más amplia de estos temas ver: Ramírez, Silvina, *La guerra silenciosa. Despojo y resistencia de los pueblos indígenas*, Capital Intelectual, Buenos Aires, 2006.

Pueblos, es que el sistema de justicia “oficial” debe adecuar sus contenidos para dar satisfacción a uno de los tantos requisitos que debe reunir básicamente un Estado multicultural.

En primer lugar, si bien el tema de este ensayo es la justicia penal, ésta corresponde a una clasificación occidental que no responde a la mirada de los Pueblos indígenas. Para éstos no existe una división tajante entre materias, por lo que sus modos de resolución de conflictos se alejan muchas veces de nuestras propias categorías.

En segundo lugar, las diferencias que existen entre Pueblos indígenas y la “sociedad occidental” también pueden establecerse entre las distintas etnias. No es lo mismo el pueblo mapuche que el pueblo guaraní, por ejemplo. Porque cada uno tiene una institucionalidad propia, una forma de organización y una estructura que le es propia. No obstante, por una forma de simplificación –y también por una tendencia reduccionista– hablamos siempre genéricamente de pueblos indígenas, Pueblos aborígenes o Pueblos originarios.

En tercer lugar, la justicia penal “occidental” ya ha dado muestras (tal como ha sido consignado en este trabajo) de que es posible encontrar vías de compatibilización y armonización. No sólo se han elaborado proyectos alrededor de la coordinación de ambos sistemas de justicia, sino que ya existen algunas normas e instituciones que apuntan a establecer una relación no conflictiva.

Sin embargo, lo que aquí sostengo es que independiente de los ajustes que puedan realizarse a los sistemas de justicia, se impone la renovación de toda la estructura estatal, que contempla al menos tres condiciones básicas:

1. Compartir sus funciones básicas (administrar, legislar, aplicar la ley) con otros sujetos, lo que interpela la concepción clásica de Estado.
2. Generar políticas públicas planificadas y discutidas con los otros sujetos colectivos (los Pueblos indígenas).
3. Arbitrar mecanismos concretos que permitan efectivamente proteger los derechos contemplados tanto en el Convenio 169 de la OIT, los Pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la recientemente promulgada De-

claración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas.

Frente al sistema de justicia (y por ende, del sistema de justicia penal), no existen recetas mágicas ni ingredientes adicionales que añadir para que pueda formularse una política judicial concreta y transparente, que a la vez que reconozca sus derechos incluya a los Pueblos indígenas en las decisiones que les atañen. Las ideas ya han sido concebidas, discutidas, algunas puestas en práctica. Pero falta aún por parte de los operadores judiciales:

...
si bien el tema de este ensayo es la justicia penal, ésta corresponde a una clasificación occidental que no responde a la mirada de los pueblos indígenas. Para éstos no existe una división tajante entre materias, por lo que sus modos de resolución de conflictos se alejan muchas veces de nuestras propias categorías.

- Conocimientos, tanto jurídicos de la normativa internacional y nacional existentes, como fácticos, por lo cual deben interiorizarse de la situación real de los pueblos indígenas.
- Flexibilidad interpretativa, para adecuar el contenido de la ley a la realidad que regula.
- Sensibilidad frente a las consecuencias que generan sus propias decisiones.

Aunque los movimientos indígenas y las organizaciones que los representan desconfían –con razón– de los resultados que puede generar el litigio y la lucha en el espacio judicial, algunas experiencias nos demuestran que constituye uno de los caminos para obtener cambios que son fundamentales en la consecución de los derechos de los Pueblos originarios¹⁵.

Los Pueblos indígenas, a pesar de los avances y las innegables transformaciones que se han dado en el último medio siglo, principalmente en algunos países latinoamericanos, están lejos de entablar una relación armoniosa con el Estado.

Las razones son múltiples, pero fundamentalmente se deben buscar en los procesos históricos de conformación de los Estados, en las incoherencias que se van sumando a cada paso entre tratados internacionales y situación real de los Pueblos (en

¹⁵ Para ilustrar al respecto pueden citarse los casos de Guatemala, en donde el Convenio 169 de la OIT es utilizado por algunos de los jueces para fundamentar el reconocimiento de las decisiones de las autoridades indígenas; el caso de Bolivia, cuyo código de procedimiento penal incorpora una fórmula de extinción de la acción penal en los casos de resolución en las comunidades indígenas; en Colombia, donde el Tribunal Constitucional es ejemplo de decisiones paradigmáticas que protegen los derechos de los pueblos indígenas.

donde parece que se da una relación inversamente proporcional: a mayores derechos reconocidos normativamente, menor goce de dichos derechos, lo que se traduce en una pobre calidad de vida para los Pueblos originarios), y en procesos más recientes de globalización, en donde la multiculturalidad parece ser un ingrediente más de lo que se considera “políticamente correcto”, pero no modifica de fondo las políticas neo-liberales imperantes que no se caracterizan precisamente por honrar el principio de igualdad.

El sistema de justicia no es ajeno a todo esto. Forma parte de una de las políticas del Estado, la política judicial; mantiene el equilibrio entre los conflictos que se suscitan en una sociedad (conformada por indígenas y no indígenas); y a través de uno de sus brazos, la justicia penal, conserva determinados modelos de sociedad que responden a ciertas concepciones imperantes.

En este marco, y con las limitaciones ya señaladas, es pertinente preguntarse hasta dónde puede avanzar la justicia penal para generar transformaciones en las relaciones Estado – Pueblos indígenas, cuáles son las nuevas instituciones o los cambios necesarios para provocar estas transformaciones, y finalmente si es necesario delinear una estrategia que enfatice algunos de estos ejes transformadores, a fin de generar en un futuro no tan lejano condiciones de convivencia genuina, en donde la igualdad sea algo más que un principio rector de toda la normativa vigente.

Las respuestas no son unívocas y exigen un nivel de reflexión que va más allá de la descripción de algunos mecanismos concretos de articulación entre el sistema de justicia oficial y el sistema de justicia indígena. En primer lugar, el sistema de justicia puede ser una herramienta que no sólo trasmite respeto hacia otras formas de resolución de conflictos sino que se presente como un escenario en donde se diriman conflictos que afecten directa y funda-

mentalmente la vida de los Pueblos indígenas (por ejemplo, conflictos por el tema tierras, casos que se están discutiendo actualmente en el ámbito judicial). En el caso específico de la justicia penal, a la vez que también puede transmitir reconocimiento y respeto a las decisiones de las autoridades indígenas, puede convertirse o bien en un instrumento para la criminalización de demandas o bien puede mostrar sensibilidad frente a determinados procesos.

Por lo que sólo resta agregar que si bien las transformaciones de los Estados deben ser estructurales, y apuntan a una profundización de los derechos de participación de los Pueblos indígenas y a un fortalecimiento de su autonomía, podemos provocar cambios desde el sector justicia básicamente con ejecutar lo ya dispuesto por los tratados internacionales y las constituciones, y en segundo lugar aceitando los mecanismos de articulación ya concebidos y que no presentan especiales dificultades a la hora de ponerlos en marcha.

En el caso específico de la justicia penal, a la vez que también puede transmitir reconocimiento y respeto a las decisiones de las autoridades indígenas, puede convertirse o bien en un instrumento para la criminalización de demandas o bien puede mostrar sensibilidad frente a determinados procesos.

Después de largos años de debates alrededor de la problemática de los Pueblos indígenas y su relación con los Estados, luego de haber agotado la discusión alrededor de algunas ideas cuyo objetivo fue –y sigue siendo– alcanzar sistemas de justicia accesibles a todos los ciudadanos, no queda sino poner en práctica lo que ya ha sido definido por los nuevos actores, pergeñado por especialistas, aprobado por los legisladores, incorporado al material jurídico existente, y cuya concreción sigue siendo una deuda de los Estados.

De lo contrario, todos serán esfuerzos estériles que reproducirán modos de relacionamiento ya caducos, y que nos conducen a espacios de “no diálogo”. La justicia penal aún tiene una agenda pendiente para los Pueblos indígenas, una agenda que no deja lugar a equívocos y que transmite la necesidad de desplegar acciones concretas que acerquen posiciones y evidencien respeto “al otro”.