



INFORME

Reforma Procesal Penal y Pueblos Indígenas

Octubre, 2006



INDICE DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN	3
Objetivo y encuadre metodológico	
I- CONTEXTO	6
Características demográficas de los pueblos indígenas y Situación Institucional de los países estudiados:	
- Bolivia	
- Chile	
- Colombia	
- Guatemala	
- Perú	
II- JUSTICIA PENAL: Mecanismos legislativos e institucionales que reconocen la diversidad cultural.	18
Código Penal: Atenuantes y eximentes	
- Reforma Procesal Penal:	
- Uso del idioma originario en el proceso	
- Defensoría Penal Pública Especializada	
- Juzgados de Paz Comunitarios	
- Extinción de la acción penal	
- Otros mecanismos normativos: Peritaje y condiciones especiales de reclusión	
- Capacitación y difusión: experiencias institucionales en materia de diversidad cultural	
III- CUADRO GENERAL Y COMENTARIO FINAL	28
Bibliografía.....	30



INTRODUCCIÓN

CEJA, desde su creación, ha destinado gran parte de sus esfuerzos al estudio y seguimiento del proceso de reforma procesal penal, así como al desarrollo de estrategias de intervención que permitan optimizar la implementación de dichos cambios. De este modo, desde el año 2001 comenzó con el Estudio de Seguimiento a las Reformas Procesales Penales en las Américas, programa que estudia de manera comparativa y empírica, los resultados de las reformas a la justicia criminal implementadas en las últimas décadas¹.

El enfoque dado por CEJA a estos estudios ha puesto particular énfasis en el proceso de implementación, en la gestión de los sistemas judiciales y la modificación de prácticas concretas por parte de los operadores. Desde esta perspectiva, se trata de determinar en qué medida los nuevos códigos procesales penales están cumpliendo los principales objetivos trazados desde su diseño, y en consecuencia, identificar aquellas áreas que requieren ser ajustadas.

Una primera y muy general conclusión que se extrae a partir del estudio aludido, es que en todos los países han existido importantes avances en la implementación de las reformas y en la mayor parte de los casos esos avances se han producido en el sentido correcto, ello no obstante las falencias, tareas pendientes, marchas y contramarchas identificadas en la trayectoria de este proceso de cambio en cada caso.

Ahora bien, una forma complementaria pero importante de aproximarse al análisis de la reforma es a través del impacto que ésta produjo en sectores especialmente vulnerables de la sociedad latinoamericana. En este sentido, se recortan diferentes universos que por su especificidad han sido objeto de estudio por parte de CEJA: las mujeres², los afrodescendientes³ y los pueblos indígenas. Tema este último sobre el que se ocupa el presente trabajo.

Pero hacer este entrecruzamiento entre reforma procesal penal y pueblos indígenas, requiere de algunas aclaraciones previas, tanto del orden conceptual como metodológico.

La reforma procesal penal es parte de un movimiento de reforma al sistema judicial que toma impulso en América Latina a partir de los años 80's, cuya plataforma está dada por el proceso de democratización de gran parte del continente y cuyo primer momento estuvo vinculado fuertemente a revertir la situación de crónica de violación de los Derechos Humanos, prestando especial atención a las garantías de los individuos. En un segundo momento, este proceso busca incrementar la eficiencia de la justicia a través de la modernización del sistema judicial.

En cuanto a los Derechos de los Pueblos Indígenas, es bien entrado los 80 que éstos adquieren otra entidad en la discusión. Empiezan a formar parte de las reformas normativas, integran los contenidos de las

¹ Ver en www.cejamericas.org Proyecto Seguimiento de la Reforma Procesal Penal Informe comparativo: Proyecto de seguimiento de los procesos de reforma judicial en América Latina: Versión Revisada: octubre de 2004

² Ver en www.cejamericas.org, Informe comparativo de la evaluación de la Reforma Procesal Penal desde una Perspectiva de Género.

³ Ver en www.cejamericas.org Sistema judicial y racismo contra Afrodescendientes: Observaciones finales y recomendaciones



reformas constitucionales, se identifican sus organizaciones, y se posicionan sus líderes en la arena política. Si bien no es posible generalizar este cambio de escenario en todos los países, sí es posible afirmar que los Derechos de los Pueblos indígenas empiezan a formar parte de las reformas judiciales, intentando salvarlos del olvido y abandono que sufrieron.

La sincronía de ambos movimientos y su origen en el resguardo de los DDHH resultan denominadores comunes de ambos procesos.

No obstante, los objetivos políticos que impulsaron el proceso de reforma a la justicia criminal no buscaban dar respuesta directa a la problemática de sectores particulares de la sociedad latinoamericana, sino a través de los beneficios que estos cambios implicarían al conjunto de los ciudadanos destinatarios del servicio de justicia. Ninguno de los sectores mencionados anteriormente han tenido especial protagonismo en el proceso de reforma a la justicia, ni como actores del cambio ni como destinatarios directos de sus resultados.

Por el contrario, la información recopilada nos muestra que el nuevo procedimiento penal antes que impulsar innovaciones en el campo de los derechos de los pueblos indígenas, fue enriquecido y adaptado localmente en consonancia con las reivindicaciones y derechos ya ganados en materia de diversidad cultural en algunos Estados de la región. Esto se ve claramente en los países en los que, con anterioridad a la reforma, existía la jurisdicción especial indígena.

Por otro lado, el proceso de reforma a los sistemas de justicia penal en Latinoamérica se realizó sobre bases muy homogéneas: se trataba de cambiar un modelo de enjuiciamiento inquisitivo por otro de corte acusatorio. Desde el punto de vista de sus objetivos políticos así como de su diseño normativo e institucional, la reforma no presenta diferencias sustanciales en toda la región.

Esto último nos permite sugerir, al menos preliminarmente, que del proceso de reforma a la justicia criminal y el reconocimiento de los Derechos Indígenas resultan políticas públicas que presentan puntos en tensión: De un lado un proceso que -sobre la base del respeto por los derechos humanos y las garantías individuales- busca modernizar y estandarizar, el modelo de justicia penal en la Región; del otro lado, una política que revaloriza y respeta las culturas originarias, buscando así generar fracturas en el paradigma monocultural dominante en Latinoamérica.

No es propósito del trabajo profundizar esta hipótesis o el análisis del complejo panorama de demandas y derechos de los pueblos indígenas, salvo en la medida en que éstas se vinculen con la justicia penal y hayan sido receptadas y en el mejor de los casos, promovidas, por el movimiento de reforma al proceso penal en la región.

Si bien la solución a los problemas que plantean los Pueblos Indígenas no pasa por el tema de las reformas procesales penales – plataforma de nuestro análisis- éstas pueden convertirse en un instrumento válido para avanzar en su reconocimiento y respeto.



Objetivo

En función de lo planteado, el presente trabajo se propone identificar en qué medida la reforma procesal penal ha resultado “sensible” a la problemática que presenta la diversidad cultural en materia de justicia penal. En otras palabras, y a fin de operativizar el enunciado del objetivo propuesto, se propone:

Identificar los mecanismos normativos y experiencias institucionales que el movimiento de reforma a la justicia criminal ha desarrollado a fin de dar una respuesta ajustada -esto es, adaptada, particular- a los conflictos penales que involucran a los miembros de pueblos indígenas.

Metodología y estructura del informe

El informe se realiza a partir de un análisis bibliográfico, normativo y jurisprudencial de cinco países de la región: Bolivia, Chile, Colombia, Guatemala y Perú. En función de la metodología utilizada, el trabajo tiene una finalidad descriptiva y exploratoria. En este sentido, la información recopilada nos permitirá arribar a constataciones preliminares que esperamos sirvan de base a futuros trabajos de aproximación empírica.

Sabemos que no siempre las prescripciones normativas tienen su adecuado correlato con la realidad, o bien -en el mejor de los casos- cuando se aplican, no siempre generan los efectos buscados. A pesar de la limitación propia de la metodología con la que se elabora el informe, intentaremos avanzar desde los diseños legislativos hacia su implementación y resultados, a fin de ilustrar su funcionamiento en la práctica, sus ventajas y obstáculos.

Los países han sido seleccionados por presentar marcadas variaciones respecto de

dos criterios básicos: 1) las características demográficas de los pueblos indígenas -en cuanto a porcentaje y conformación de su población- y 2) el contexto institucional que resulta base de la legislación procesal penal de cada Estado.

El contexto institucional de los países se describe en función de los siguientes indicadores claves: a) Instrumentos Internacionales: ratificación del Convenio 169 de la OIT; b) Reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Indígena y de la conformación pluricultural del Estado y c) Legislación interna que se vincula con la temática del informe, aunque no esté referida exclusivamente al ámbito penal.

Tanto los datos demográficos y fundamentalmente el contexto institucional de los países -con su mayor o menor grado de apertura hacia el reconocimiento de la diversidad cultural- resultan variables significativas para enmarcar el análisis del tema que nos ocupa. El desarrollo de ambos temas se presentan en la primera parte del informe

En la segunda parte se describen los mecanismos normativos e instituciones que articulan la respuesta de la justicia penal con la problemática de la diversidad cultural, poniendo énfasis en aquellos que han sido receptados por los nuevos CPP o bien que han sido creados en el contexto del proceso de reforma.

La primera y la segunda parte del informe presentan cuadros que sintetizan la información desarrollada, de modo que su inclusión tiene por finalidad la fácil visualización y comparación de aquellos datos que resultan relevantes al objetivo del informe.

EL CONTEXTO

Características demográficas de los pueblos indígenas

La literatura especializada permite concluir que la población indígena de Latinoamérica se encuentra en una situación de alta vulnerabilidad: pobreza y extrema pobreza, marginalidad, discriminación, escaso acceso a la salud, alto índice de analfabetismo, sumado a una historia compartida de colonización, con su consecuencia de explotación, marginación y expropiación territorial, resultan denominadores comunes de un colectivo tan diverso como numeroso.

No obstante, desde el punto de vista demográfico, los pueblos indígenas de los países seleccionados presentan algunas diferenciaciones que cabe señalar dado que pueden resultar variables significativas para contextualizar el tema que nos ocupa. En particular, nos referimos a dos indicadores claves: el porcentaje de población indígena respecto de la población total en el país y la diversidad de culturas originarias dentro de dicho universo.

Como veremos a continuación, el porcentaje de población indígena de los países que integran la muestra presentan una variación notable –del 3,4% en el caso de Colombia al 90% “estimado” para Bolivia-, siendo justamente estas variaciones una de las razones que justifican la elección de los países en el estudio. Similar rango presenta la conformación de etnias dentro de cada Estado.

Situación institucional de los países

Como se indicó anteriormente, el contexto institucional de los países se describe de acuerdo con: a) Instrumentos Internacionales reconocidos por los Estados, donde el indicador clave a considerar es la ratificación

del Convenio 169 de la OIT; b) Constitución Nacional, siendo indicadores claves el reconocimiento de la Jurisdicción Indígena y la conformación pluricultural del Estado y c) Legislación interna que se vincula con la temática del informe, quedando fuera de esta categoría el Código Penal y Procesal Penal, dado que serán tratado en el capítulo siguiente.

Antes de presentar el contexto en cada país, se describirá brevemente cada uno de los indicadores mencionados

Convenio 196 de la OIT

En el ámbito del Derecho Internacional, el Convenio 169 de la OIT de 1989 viene a reflejar la importancia que adquirieron los grupos indígenas en los foros internacionales y constituye –hasta el presente- el instrumento más importante sobre el tema. Si bien no nos detendremos en este apartado en su análisis, sí es relevante hacer notar que alrededor de este Convenio la discusión sobre los Pueblos indígenas ha tomado otra dimensión en el contexto internacional.

En el tema que nos ocupa, el Convenio 169 incorpora tres artículos esenciales⁴. El artículo

⁴ Artículo 8:1) Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2) 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. 3) La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Artículo 9: 1) En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos



8, 9 y 10 que, de acuerdo a las interpretaciones más extendidas, otorga a los Pueblos indígenas el derecho de administrar justicia siguiendo sus propias pautas a la vez que atribuye a los Estados la obligación de respetar sus propias decisiones (en cualquier materia), generando una articulación en materia de justicia que sigue siendo piedra de discusión al interior de los Estados. También menciona expresamente que deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento (10.2)

Si bien, como veremos más abajo al presentar la información de los países, la interpretación respecto al alcance de este convenio no es unívoca, su ratificación es sin duda una variable clave para nuestro análisis, en virtud de las posibilidades que ofrece para atender las demandas de los Pueblos Indígenas en cuanto a su legitimidad para administrar justicia.

Constitución Nacional

A nivel constitucional, centraremos la atención en dos indicadores que resultan claves y que según la información normativa e institucional de los países estudiados aparecen estrechamente vinculados entre sí. Uno de ellos es el reconocimiento constitucional de la pluralidad étnica en el país y el otro es el reconocimiento de la Jurisdicción Indígena.

Las Constituciones analizadas plantean en su articulado la obligación de disponer de un traductor en todos los procesos judiciales. No

internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. 2) Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Artículo 10:1) Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2) Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

obstante, para el presente Informe, este derecho no se convierte en un indicador a nivel constitucional porque en todos los casos se encuentra expresamente formulado en la legislación procesal penal respectiva, y en consecuencia, para un estudio más detallado de este mecanismo normativo, se incluye en el capítulo referido a justicia penal.

Los países que incorporan la jurisdicción indígena reconocen constitucionalmente el derecho de las autoridades naturales de las comunidades indígenas y pueblos originarios a ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias dentro de su ámbito territorial, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y a las leyes nacionales y que no vulneren principios fundamentales reconocidos a través de los instrumentos internacionales ratificados por los Estados.

En el anterior enunciado –que resume la formulación de este derecho en las constituciones analizadas- ya se evidencian algunos parámetros que enmarcan y limitan el ámbito de actuación de la justicia indígena. No obstante, en todos los casos la Constitución Nacional dispone la redacción de una ley específica que regule la coordinación de ambas jurisdicciones, tema que, en función de la información recopilada, resulta un problema clave.

Al no disponerse de una norma específica al respecto, ha quedado en manos de los tribunales superiores la regulación de este aspecto a través de los fallos. Es decir, que de hecho, a partir de la resolución de los casos concretos se van conformando criterios de decisión general para los conflictos en esta materia. Como veremos más abajo, las reglas que surgen de los fallos del tribunal constitucional de Colombia es un ejemplo de ello.



Leyes que vinculan la diversidad cultural y la justicia penal

A nivel de legislación interna –y por fuera de los códigos penal y procesal penal que serán objeto de análisis en el capítulo siguiente– varios de los países estudiados disponen de

leyes que regulan aspectos vinculados a diversidad cultural y justicia penal. En tal sentido, creemos pertinente incorporar esta categoría al momento de ilustrar el contexto institucional, aún cuando estas leyes excedan el ámbito de estudio del presente trabajo.

LOS PAÍSES

Siguiendo entonces las categorías de análisis mencionadas, presentamos el contexto demográfico e institucional de los países seleccionados y a continuación un cuadro en donde se resumen los datos claves identificados.

Bolivia

De acuerdo al censo de población del año 2001 del Instituto Nacional de Estadísticas, Bolivia cuenta con 8.274.325 habitantes, de los cuales 62% se considera población indígena⁵. Según los propios indígenas, ellos corresponden al 90% del país⁶.

Fuera del Censo, no existen estadísticas oficiales periódicas comparables de la población indígena y originaria. La única base estadística extracensal que concita mayor aceptación es aquella elaborada por el Ministerio de Asuntos Campesinos, Pueblos

Indígenas y Originarios (MACPIO), que indica la existencia de 35 pueblos diferenciados⁷.

La mayoría de la población indígena está constituida por aymarás, quechuas, chiquitanos

⁵ Entre 4.5 y 5.8 millones de las personas censadas se auto-identificaron como miembros de una etnia indígena. El censo sólo comprendió los mayores de 15 años. Informe del Banco Mundial, Bolivia en <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/EXTSPPAISES/LACINSPANISHEXT/0,contentMDK:20420817~menuPK:508626~pagePK:146736~piPK:226340~theSitePK:489669,00.html>, visitado el 30/05/05.

⁶ VALENZUELA FERNÁNDEZ, Rodrigo, *Inequidad, Ciudadanía y Pueblos Indígenas en Bolivia*, en Serie Políticas Sociales N° 83, División de Desarrollo Social, CEPAL, Santiago de Chile, marzo de 2004

⁷ MINISTERIO DE ASUNTOS CAMPESINOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS en Distribución de los Grupos Indígenas, www.proiebandes.org/investigaciones/conocimientos_locales_y_diversificacion_curricular.pdf, visitado 25/11/04.

y guaraní, existiendo sin embargo una muy alta diversidad cultural y una vulnerabilidad demográfica significativa, especialmente en la amazonía.

Situación normativa

La Constitución de Bolivia contiene un reconocimiento expreso del carácter multiétnico y pluricultural de la nación, además de establecer una norma interpretativa amplia que permite la incorporación de pleno derecho de todos los Tratados, Convenciones y Convenios Internacionales ratificados por Bolivia, entre los que destacamos –dado el tema que nos ocupa– la incorporación del Convenio 169 de la OIT.

En lo referente a la jurisdicción indígena, la Constitución en su artículo 171 establece que las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias, como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado.

Mediante la Ley 1551 de Participación Popular, modificada por la Ley 1702 de 17 de julio de 1996, se preceptúa que las Asociaciones Comunitarias constituidas por las Organizaciones Territoriales de Base (comunidades campesinas, pueblos indígenas y juntas vecinales, organizadas según sus usos y costumbres), están facultadas para resolver sus conflictos conforme a sus usos y costumbres.

Existen a su vez otras disposiciones que reconocen ciertos derechos específicos a los pueblos indígenas, tal como el deber del Estado de proveer de traductor cuando la lengua materna en el proceso judicial no sea el

castellano, garantía que es recogida en el nuevo Código de Procedimiento Penal, y por lo tanto será detallada en la segunda parte del informe.

Tal como ha quedado establecido, en Bolivia se reconoce la jurisdicción especial que corresponde a los pueblos indígenas. Se instaura de este modo, un modelo de justicia, conocido como *justicia comunitaria*, modelo que también reconocido por la Ley de Reforma agraria (INRA), por la Ley contra la Violencia Intrafamiliar o Doméstica⁸, la Ley Orgánica del Ministerio Público⁹ y –como vimos- por el Nuevo Código de Procedimiento Penal.

La responsabilidad de administrar justicia recae en toda la comunidad. Los procedimientos y resoluciones son controlados por las instancias colectivas denominadas asambleas. Una de las características principales de esta forma de justicia es que es flexible y se adapta a las necesidades de las distintas comunidades, a sus modos de vida y realidad. La solución de los conflictos pasa por el interés de la comunidad, en concordancia con su finalidad primordial de garantizar el orden y la convivencia de sus miembros. Las sanciones siguen los mismos propósitos, persiguiendo con ellas la reparación antes que la represión, y la restitución antes que el castigo.

A la fecha no existe una ley que regule la coordinación entre la justicia comunitaria y el sistema oficial¹⁰. Los conflictos en esta materia son dirimidos por el Tribunal Constitucional. Si bien las sentencias del Tribunal Constitucional evidencian un avance

notable en el respeto de los derechos de los pueblos indígenas existen aún ciertas prácticas de los tribunales que demuestran la persistencia de una conducta discriminatoria respecto de estas comunidades así como discrepancias y vacíos respecto de criterios para la coordinación.^{11, 12, 13}

Chile

La población indígena en Chile, de acuerdo con el censo del año 2002, corresponde al 4,6% de la población (equivalentes a 692.192 personas), las que se consideran pertenecientes a uno de los ocho pueblos establecidos en la Ley Indígena, destacando el pueblo mapuche (87,3%), los aymará (7%) y finalmente los atacameños (3%)¹⁴. El resto de las etnias reconocidas, suman en su conjunto un 2.7% (Alacalufe, Colla, Quechua, Rapanui y Yamana)¹⁵.

¹¹ SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2002-04940-10-RAC, Magistrado Relator; Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Sucre, 11 de marzo de 2003; y Sentencia Constitucional 0295/2003-R, Expediente 2002-049410-10-RAC, Sucre 11 de marzo de 2003. En la cual se solicita al Ministerio de Asuntos Campesinos que evacúe un informe para evaluar la pertinencia de la medida adoptada por la comunidad indígena, antes de adoptar una decisión definitiva sobre la misma.

¹² SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2004-08288-17-RAC, Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santivañez. Sucre 1 de julio de 2004.

¹³ SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2003-08094-17-RAC, Magistrado Relator; Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Sucre, 10 de marzo de 2004.

¹⁴ Instituto Nacional de Estadísticas de Chile.

¹⁵ Las formas de medición de los pueblos indígenas han variado, ello si se considera que los únicos datos disponibles en 1992 se referían al sentimiento de pertenencia de la población respecto de tres etnias, a saber, mapuche, rapanui y aymará. Con todo, a esa fecha existían 998,385 personas que se reconocían como parte de alguna de las tres etnias mencionadas. En el censo de 2002 se realizó un estudio más abarcador, considerando los 8 pueblos indígenas que reconoce la Ley Indígena. La cifra tal como se ha indicado, era al 2002 de 692,192 personas. Se produce una diferencia de

⁸ Art. 16 de la Ley 1674 de 15 de diciembre de 1995.

⁹ Art. 17 de la Ley 2175 de 96 de febrero de 2001.

¹⁰ En nota de prensa de 2 de agosto de 2004, se señala que se presentó un proyecto de ley destinado a regular esta materia. Ver <http://www.bolivia.com/noticias/autonoticias/DetalleNoticia21821.asp>, visitado el 01/09/05.



Situación normativa

En Chile no existe un reconocimiento constitucional de la pluralidad étnica existente en su territorio. La Constitución chilena no considera una normativa específica para los derechos de los indígenas, ni reconoce el derecho de estos pueblos a autogobernarse y resolver sus conflictos de acuerdo a sus usos y costumbres. Así se regula de manera genérica la situación de los pueblos indígenas, aplicando las garantías y derechos constitucionales comunes a todo ciudadano.

No obstante, el artículo 5 de la Carta incorpora a ésta los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados y vigentes en Chile¹⁶, a través de los cuales se reconoce el deber de los Estados de considerar y proteger las culturas de las minorías étnicas que se encuentran en sus territorios.

Si bien Chile no ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, a nivel interno, rige desde 1993 la Ley Indígena (Ley 19.253), que reconoce la identidad de 8 de los pueblos presentes en el territorio chileno, consagra el deber del Estado y de la sociedad de brindarles protección, crea asimismo un órgano público descentralizado, Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI), encargado de promover, coordinar y ejecutar la acción del Estado a favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas e instituye ciertos derechos específicos de los indígenas: la

propiedad de la tierra, el derecho de participación y la protección a la cultura.

En relación con la justicia, la ley indígena estipula en el artículo 54, el derecho de hacer valer la costumbre en los juicios sustanciados entre indígenas, siempre que ésta no contravenga la Constitución. También la ley otorga la facultad a los jueces de aplicar como eximente o atenuante de responsabilidad la costumbre indígena. Sin embargo, limita la producción de la prueba de la costumbre, a los medios que franquea la ley y a un peritaje que realice la CONADI a petición del Tribunal.

Fuera de estas normas, no existe en la legislación vigente mayor regulación respecto de la facultad de las comunidades de administrar justicia de acuerdo a su propia costumbre, tampoco la posibilidad de resolver sus conflictos por medio de mecanismos alternativos. Siendo procedente en consecuencia, aplicar las normas de derecho común en todos los conflictos que se susciten entre indígenas.

Colombia

En Colombia habitan 80 grupos étnicos que tienen presencia en 32 departamentos del país, especialmente en aquellos de selva tropical húmeda¹⁷. Su diversidad cultural se refleja en la existencia de más de 64 idiomas y unas 300 formas dialectales. Según el Censo de 2005, la población indígena representa el 3,4% de la población total.

El censo nacional de 2005 registró 1.378.884 indígenas, el 3,4% de la población del país, distribuidos entre más de 80 etnias, de las cuales las más numerosas son los Wayuu, Nasa, Zenú y Embera.

306,193 personas, correspondiendo a una disminución del 31%.

¹⁶ De esta manera ingresan al ordenamiento jurídico interno las disposiciones de la *Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en 1948, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, aprobado en 1966, que entró en vigencia en 1976, la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, vigente en Chile desde 1971 y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, vigente por decreto 873 de agosto de 1990.

¹⁷ http://www.etniasdecolombia.org/grupos_pueblos.asp



Situación normativa

Por ley N° 21 de 1991, Colombia promulgó el Convenio N° 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y tribales en países independientes.¹⁸

La Constitución de 1991 reconoce y protege en su artículo 7 la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana. Según la Constitución los territorios indígenas son de dos clases, a saber, los resguardos ordinarios (Art. 329) y las entidades territoriales indígenas (Art. 286 y 287). Los primeros son una institución legal y sociopolítica especial, conformada por una o más comunidades, con una organización propia¹⁹; mientras que las segundas son entidades territoriales con autonomía administrativa y manejo fiscal. Su administración se realiza a través de la autoridad de los Consejos, conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades²⁰.

A su vez, el artículo 357, le otorga a las entidades indígenas una participación en los ingresos generales de la Nación, los cuales podrán ser destinados, entre otras cosas, al financiamiento en materia de jurisdicción especial indígena, para el funcionamiento de

centros de conciliación y comisarías de familia²¹.

En cuanto al derecho de los pueblos indígenas de administrar justicia, la Constitución les reconoce expresamente, en el Art. 246, el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, mientras éstos no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República. Se propone el dictado de una ley especial que regulará la manera de coordinar ambas jurisdicciones.

El 15 de marzo de 1996 entró en vigencia la ley 270 Estatutaria de Justicia, ley que consagró la jurisdicción especial de las comunidades indígenas, ratificando en el mismo sentido el derecho que ya les otorgaba la Constitución.

Dada la ausencia de una ley que regule expresamente la manera de coordinar la jurisdicción indígena con la ordinaria, la Corte Constitucional ha establecido en la sentencia C-139 de 9 de abril de 1996, que; *“La Constitución tiene efectos normativos directos, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento mismo de ésta no depende de dicho acto legislativo”*.

Asimismo, en la sentencia citada, la Corte establece que la manera de sopesar los principios de diversidad étnica-cultural y unidad política-protección de los derechos fundamentales debe hacerse en relación con el caso concreto. La eficacia del derecho a la diversidad étnica y cultural y el valor del pluralismo, sólo pueden ser logrados satisfactoriamente si se permite un amplio espacio de autonomía a las comunidades

¹⁸ De acuerdo con el artículo 229 de la Constitución Política, los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconocen derechos humanos, se entienden incorporados al orden interno y servirán para interpretar los deberes y derechos que reconoce la Carta Fundamental.

¹⁹ Artículo 21 del decreto 2164.

²⁰ Disposición que es coincidente con los artículos 1 y 2 de la Ley 80 del 28 de octubre de 1993 y con el artículo 178 de la Ley N° 142 del 11 de julio de 1994. La Constitución utiliza vocablos distintos para referirse a los territorios indígenas, dando un estatus distinto según su denominación, sin embargo pareciera haber coincidencia que una vez que dichos resguardos son considerados como entidades territoriales se entenderán para efectos de los tributos como municipalidades.

²¹ según el decreto N°1386 de 30 de junio de 1994,

indígenas y se deja el establecimiento de límites a la autonomía de éstas.

A través de esta sentencia y de otras que se citan²², es posible vislumbrar cómo la Corte Constitucional se ha hecho cargo de este vacío normativo, consagrando numerosos criterios que han servido para coordinar adecuadamente ambas jurisdicciones.

Así, la sentencia T-254 de 30 de mayo de 1994 indica las reglas para la práctica efectiva de órdenes jurídicos diversos, debiendo respetar mínimamente las siguientes reglas: “1) *A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.* 2) *Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.* 3) *Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman por sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.* 4) *Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman por sobre las normas legales dispositivas.*”

Pese a las críticas doctrinarias que ha recibido la tesis de la Corte²³, por lo general ésta ha sido uniforme al señalar en sus sentencias la importancia de respetar la autonomía de las comunidades indígenas, siempre y cuando, esta

²² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997 y Sentencia T-606/01 de 7 de junio de 2001.

²³ Comentando esta sentencia Daniel Bonilla afirma que la Corte ha sido ambivalente al establecer estas limitaciones. Por un lado afirma el autor, la sentencia en discusión, restringe considerablemente la autonomía de los pueblos indígenas al sujetarlos no sólo a los derechos individuales que le corresponden, sino también a las leyes imperativas del sistema jurídico central. Además, impone un criterio estático (cultura pura) si quieren mantener dicha autonomía. BONILLA, Daniel, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp.161-162.

autonomía no vaya en contra de los derechos universalmente reconocidos^{24 25}.

Guatemala

Según Censo de 2002, la población indígena representa el 40 % de la población total, del cual el 39 % pertenece a alguno de los 21 pueblos de origen Maya. El 1% restante se distribuye entre la población Xinka -grupo indígena no maya- y Garífuna, este último de raíces indígenas y africanas ubicado en áreas cercanas a la costa atlántica de Guatemala. El 87% de la población indígena se encuentra bajo la línea de la pobreza y el 61% bajo la línea de la extrema pobreza.

Situación normativa

La Constitución de 1985 en su artículo 66 reconoce diversos grupos étnicos que integran el Estado, entre los cuales figuran grupos indígenas de ascendencia Maya, Garífuna y Xinca. Sin embargo, no establece que el Estado está conformado por estos pueblos. De este modo se ha esgrimido que la Constitución se enmarca dentro de una perspectiva proteccionista de minoría y no de

²⁴ Dichos valores de acuerdo a esta misma sentencia, serían el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la tortura, y la legalidad de los procedimientos, de los delitos y de las penas. Véase también Corte Constitucional, Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997 y Sentencia T-266/99 de 27 de abril de 1999.

²⁵ La Corte en resolución unificadora de jurisprudencia SU-10/98 afirmó que los derechos individuales de los miembros de la comunidad indígena pueden ser restringidos si hay evidencia suficiente de que sin la implementación de estas medidas la comunidad desaparecería. Complementando lo anterior, en sentencia T-266/99 (27 de abril de 1999) la Corte en otra sentencia arguyó a favor de un principio fuerte de la diferencia, al señalar que a las comunidades indígenas se les debe otorgar la mayor autonomía posible de manera que puedan proteger y promover sus tradiciones. Los límites a esta autonomía, indica, deben ser los valores que gozan de un amplio acuerdo intercultural

reconocimiento real de los pueblos indígenas²⁶.

El Estado a su vez, se compromete a respetar y promover sus formas de vida, costumbres, tradiciones, formas de organización social, el uso del traje indígena, los idiomas y dialectos. Nada dice no obstante, en relación con el reconocimiento del derecho consuetudinario o indígena. En otras palabras, no se encuentra en la Constitución una consagración a la forma tradicional de resolver los conflictos de las comunidades indígenas, por el contrario, se establece en el artículo 203 de la Carta, la independencia del Organismo Judicial y la Potestad de Juzgar como una facultad exclusiva de la Corte Suprema de Justicia y de los demás tribunales que la ley establezca. Se indica en dicho artículo que “ninguna autoridad podrá intervenir en la administración de justicia”.

En consecuencia, las instancias e instituciones previstas para resolver los conflictos que se generen entre los pueblos indígenas son las mismas que aquellas concebidas para los nacionales del país, esto es, las propias del organismo judicial y los organismos auxiliares.

Si bien Guatemala ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional revisando la constitucionalidad del mismo, señala que “el artículo 8 no establece que se juzgará con base a costumbres de los pueblos originarios, sino que éstas se tomarán en consideración al momento de juzgar”²⁷.

²⁶ YRIGOYEN, Raquel, *El Debate sobre el Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en Guatemala*, América Indígena, vol. LVIII, N° 1-2, Instituto Nacional Indigenista, México, 1998., p. 13.

²⁷ CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Opinión Consultiva Relativa al Convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y Convenio No. 169 (OIT), Guatemala, Abril 1995. Magistrados: Mynor Pinto Acevedo, Alma Beatriz Quiñones López, Rodolfo Rohmoser Valdeavellano y José Antonio Monzón Juárez.

No obstante el límite dado al Convenio 169, su invocación en algunas sentencias ha dado respuesta oportuna y pertinente a la realidad que viven las comunidades, en las cuales la resolución de conflictos de acuerdo a sus propias pautas es una cuestión cotidiana. En ese sentido el Convenio 169 se ha convertido en una salida jurídica que permite conciliar la cuestión fáctica con la normativa, cerrando de alguna manera la brecha existente.

El 7 de mayo de 2003, por decreto 19-200, se dictó la Ley de Idiomas Nacionales, a través de la cual se estableció la obligación de los servicios públicos de facilitar el acceso a los distintos servicios, entre ellos, la justicia, en el idioma propio de la comunidad lingüística (Art. 15).

Guatemala cuenta también con la Procuraduría de Derechos Humanos y la Defensoría de la Mujer Indígena para resguardar los derechos de los pueblos indígenas en el primer caso, y en el segundo más exclusivamente en relación con la mujer²⁸.

Perú

El Perú presenta una composición multiétnica y plurilingüe, teniendo como base un componente indígena con el que se ha mezclado sucesivamente el resto de la población²⁹. Existen en la actualidad 72 grupos etno-lingüísticos, de los cuales 65 se encuentran en la amazonía. La composición de la población peruana comprende un principal

²⁸ Decreto Legislativo 32-87 de 28 de mayo de 1987 que reforma la ley de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos, y Acuerdo Gubernativo 525-99 de 19 de julio de 1999 que crea la Defensoría de la Mujer Indígena.

²⁹ CERD, *Reporte ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, Preparado para la Mesa de Trabajo para la No Discriminación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos (Perú) y APRODEH/FIDH*, marzo de 1999.

componente de etnias *mestizas* (40-41% de la población total o el equivalente a 11 millones de habitantes). El 75% de los mestizos son descendientes de españoles y amerindios.

El segundo segmento de la población lo conforman habitantes de origen amerindio (35% de la población total, alrededor de 10 millones de habitantes). De las etnias amerindias, la mayoría son los numerosos pueblos andinos quechuahablantes, seguidos por los aymaras.

Situación normativa

La Constitución Peruana vigente desde 1993, en su artículo 2.19 consagra la pluralidad étnica y cultural de la Nación. El artículo citado preceptúa que *“todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete”*. Este derecho debe ser entendido con las disposiciones que se incorporan en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos, ratificados y vigentes en el Perú. En lo pertinente se incorpora al ordenamiento jurídico interno el Convenio 169 de la OIT (Resolución Legislativa 26253 de 2 de diciembre de 1993, ratificada el 2 de febrero de 1994).

El artículo 138 de la Constitución peruana establece: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos, con el arreglo a la Constitución y a las Leyes". Mediante esta disposición se consagra una jurisdicción única y exclusiva en el Perú (con excepción de la justicia militar) que incorpora la justicia indígena mediante los denominados los juzgados de paz o juzgados de paz no letrados. En efecto, de acuerdo con el artículo 149 de la Constitución Política, las comunidades campesinas y nativas, con el apoyo de las rondas campesinas³⁰ pueden

³⁰ Las Rondas campesinas nacieron en aquellos departamentos donde no existían formalmente

ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho consuetudinario y siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La Constitución establece que la ley debe regular las formas de coordinación de la justicia indígena con los Juzgados de Paz y demás instancias del Poder Judicial.

De conformidad con lo anterior, la Ley Orgánica del Poder Judicial peruano (Texto Único Ordenado - Decreto Supremo N° 017-93-JUS) señala que los juzgados de paz forman parte de su estructura orgánica y están a cargo de solucionar casos de faltas civiles o penales. Los juzgados de paz funcionan principalmente en los pueblos, caseríos y distritos pequeños donde no hay mucho movimiento judicial. Para desempeñar el cargo de juez de paz el pueblo elige a una persona de prestigio, probidad y honestidad, que no necesita ser abogado. Los jueces de paz dependen de la Corte Superior de Justicia, que ratifica su nombramiento. En el Perú hay 25 Cortes Superiores y aproximadamente 4,040 juzgados de paz, cuya mayoría se encuentra ubicada en la zona andina³¹.

La literatura especializada sostiene que al aplicarse la legislación nacional a los pueblos indígenas, debería valorarse sus costumbres o derecho consuetudinario, al igual cuando se les aplique alguna sanción penal. Según Raquel Irigoyen, para ejercer esta jurisdicción bastará que la conducta sea realizada, dentro del territorio de la comunidad nativa, campesina, no obligando por tanto la Constitución que las

comunidades campesinas y asumieron inmediatamente funciones de seguridad frente al robo de ganado, pero rápidamente desarrollaron diversas funciones sociales vinculadas con la administración de justicia, el control del orden, la organización de la vida comunal, etc. Ver YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, (n 26)

³¹ Cifra obtenida del artículo de David Lobatón, *La justicia de paz en el Perú*, Instituto de Defensa Legal, diciembre de 1999.

personas que ejecuten dichas conductas pertenezcan a esas comunidades³².

Cabe señalar que la Ley N° 27908 de 6 de enero de 2003 reguló las facultades jurisdiccionales de las rondas campesinas, las que en uso de sus costumbres pueden intervenir en la solución pacífica de los conflictos suscitados entre los miembros de una comunidad u organizaciones de su jurisdicción y otros externos, siempre y cuando la controversia tenga su origen en hechos ocurridos dentro de su jurisdicción especial (Art. 7).

A su vez, se consagra en el artículo 1 de la Ley de rondas campesinas, que éstas poseen personalidad jurídica y constituyen una forma autónoma y democrática de organización comunal. Tienen como función apoyar el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las Comunidades Campesinas y Nativas, colaboran en la solución de conflictos y realizan funciones de conciliación extrajudicial conforme a la Constitución y a la Ley, así como funciones relativas a la seguridad y a la

paz comunal dentro de su ámbito territorial. Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas y comunidades campesinas se aplican a las rondas campesinas en lo que les corresponde y favorezca.

Junto con las rondas en materia de coordinación, cabe tener presente el Decreto Ley No. 22175 de Mayo 9 de 1978 (Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva) que en su artículo 19 indica, que los conflictos y controversias de naturaleza civil de mínima cuantía que se origine entre los miembros de una Comunidad Nativa, así como las faltas que se cometan, serán resueltos o sancionados en su caso, en forma definitiva, por sus órganos de gobierno.

De otro lado, el artículo 33 de la Ley de Conciliación (Ley 26872) indica que la conciliación se lleva a cabo ante el Juez de Paz Letrado y a falta de éstos ante el Juez de Paz, Asimismo, el Código de los Niños y Adolescentes de 1999 consagra expresamente el deber de recurrir a los usos y costumbres de las comunidades étnicas a la que pertenece el niño o adolescente al momento de interpretar y aplicar las normas establecidas en el mencionado Código.

Como fuere la manera de resolver los conflictos de las comunidades campesinas o nativas, las rondas campesinas constituyen la instancia común para ambas formas de organización en materia de justicia, no obstante en muchos casos la justicia ordinaria ha desconocido esta potestad³³. Los jueces siguen procesando a las autoridades campesinas, nativas y ronderas por administrar justicia según sus propias costumbres, bajo la figura de delitos contra la libertad individual,

³² Ver YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *Tratamiento Judicial de la Diversidad Cultural y la Jurisdicción Especial en el Perú*, Alertanet en Derecho y Sociedad. Asimismo, ver la sentencia de la Corte Suprema del Perú (expediente N° 752-2006, octubre 2006) que señala que “no se ha acreditado la responsabilidad penal de los encausados respecto al delito de secuestro, pues si bien los procesados y los demás comuneros privaron de su libertad al agraviado, la razón de tal proceder era porque querían realizar una investigación sumaria de los hechos que se le imputaban a éste...; en consecuencia, no concurre el elemento subjetivo del delito de secuestro en la conducta desplegada por los encausados, pues el dolo exige el conocimiento de la ilegalidad de la privación de libertad y la voluntad de asumir tal acción, circunstancia que no se ha verificado en el proceso sub-litis”. En relación con la facultad de detención de las rondas de las comunidades campesinas en el marco del proceso de resolución de conflictos, la sentencia agrega que “la Ley de Rondas Campesinas le atribuye a los ronderos facultades para llevar a cabo detenciones por hechos flagrantes o desarrollar actos que permitan mantener la paz en sus respectivas zonas”. Fuente: Juan Carlos Ruiz Molleda, noticia comentada en boletín electrónico “Justicia Viva Mail”.

³³ FRANCIA SANCHEZ, Luis, *Sistema Penal y Pluralismo Jurídico: lineamientos para interpretar la legislación peruana*, en Alertanet en Derecho y Sociedad, Forum II: indigenous law and human rights.



la administración de justicia, la usurpación de funciones, entre otros. Muchos de los jueces perciben el reconocimiento de funciones jurisdiccionales a los campesinos, nativos y ronderos, como un cuestionamiento a su actuación y reducción de su poder³⁴. La práctica en este sentido ha sido desconocer la jurisdicción de las rondas campesinas, aplicando el derecho penal en su contra³⁵.

³⁴ YRIGROYEN, Raquel, ,(n 26)pp.7-9.

³⁵ CORTE SUPERIOR DE ANCASH, Expediente 276-93, 23 de agosto de 1999.

CUADRO RESUMEN

En el siguiente cuadro se presentan los datos claves que delinear la situación de los pueblos indígenas, en función de la información demográfica detallada y el contexto institucional.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Población total	8.274.325 (Censo 2001)	15.116.435 (Censo 2002)	42.090.502 (Censo 2005)	11.237.196 (Censo 2002)	27.219.264 (Censo 2005)
Población Indígena	62% <i>90% estimado</i>	4,6%	3,4%	40%	35%
Diversidad de pueblos originarios	35	8	80	23	72
Etnias predominantes	Aymara, Quechua, Chiquitanos y Guaraníes	Mapuche	Wayúu, Nasa, Zenú y Embera	Del total de etnias, 21 son de origen Maya	Quechua y Aymara
Ratificación Convenio 169 OIT	Si		Si	Si (interpretación restringida)	Si
Reconocimiento de Nación pluricultural	Si (Const. Nacional)	Si (Ley Indígena)	Si (Const. Nacional)	Si (Constitución Nacional)	Si (Const. Nacional)
Jurisdicción Indígena	Si		Si		Si, forma parte de la justicia formal

JUSTICIA PENAL

Tal como se ha mencionado en la introducción, en esta parte se describen las fórmulas normativas e institucionales que articulan la justicia penal con la problemática de la diversidad cultural, a fin de brindar una respuesta particularizada a los conflictos penales que involucran a los miembros de pueblos indígenas.

Código Penal

En el marco de la legislación penal sustantiva aparecen –aunque no en forma generalizada– mecanismos normativos que contemplan la diversidad cultural. Los más relevantes son los referidos a Atenuación de la pena y Eximente de responsabilidad.

El Código Penal de Bolivia establece la posibilidad de atenuarse la pena cuando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley (Art. 40).



En Colombia, el artículo 32 del Nuevo Código Penal establece como un elemento de inimputabilidad el error de comprensión por diversidad sociocultural, y la obligación de reingresar al medio cultural propio al sujeto activo de la conducta típica y antijurídica cuando éste sea inimputable por diversidad cultural.

El Código Penal de Perú establece que el juez, al determinar y fundamentar la pena debe tener en cuenta la cultura y costumbres del imputado (Art. 45 y 46), pudiendo ser eximido de responsabilidad si comete un hecho punible sin comprender el carácter delictuoso del mismo (Art. 15 –error de comprensión culturalmente condicionado-). Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida, se atenuará la pena.

En relación a esto último, hasta el 3 de marzo de 2001, se presentaron en Perú 12 casos (violación de un menor, homicidio/asesinato, corrupción de funcionario, ejercicio ilegal de la medicina), en los cuales se aplicó el Art. 15. Cabe destacar que en muchos de las situaciones en las que se alegó este artículo, éste fue mal aplicado ya que el juez no ordenó la realización de un peritaje para formarse cabalmente una opinión y se procedió en la mayoría de ellos, a una atenuación de la pena, sin fundamentar adecuadamente. Lo anterior queda de manifiesto a través del análisis de las sentencias proferidas por los tribunales ordinarios en los casos que han debido conocer los conflictos que han involucrada a indígenas³⁶.

³⁶ DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, Sala Penal, Expediente N° 98-175, 10 de agosto de 1999.; DISTRITO JUDICIAL DE AMAZONAS, Sala Penal, Instrucción N° 98-00320-01104JP01, 24 de febrero de 1999; DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, Sala Penal, Expediente N° 00-0492-191601-SP-03/EXP. 492-00, 7 de enero de 1999; DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, Sala Penal, Expediente N° 98-93, 16 de junio de 1999.

Para Raquel Irigoyen estos fallos ilustran la manera como la judicatura ha entendido el error de comprensión, aplicándolo en todos los casos en que existan particularidades culturales, pero sin realizar los peritajes pertinentes, y en muchos casos, fundados en razones compasivas al considerar a los indígenas como incivilizados³⁷.

Tipificación de nuevos delitos vinculados a diversidad cultural

En menor medida, algunos de los países han tipificados nuevos delitos especialmente aplicables a atentados contra la diversidad cultural y se han establecido circunstancias de agravación punitiva cuando el acto ilícito se cometa contra de grupos o individuos pertenecientes a una minoría étnica.

Así, el código penal de Colombia tipifica nuevos delitos especialmente aplicables a atentados contra la diversidad cultural, ya sea el delito de genocidio, la destrucción y apropiación de bienes culturales y lugares de culto y el desplazamiento forzado. También establece circunstancias de agravación punitiva cuando el acto ilícito se cometa en contra de grupos o individuos pertenecientes a una minoría étnica. En el caso de Perú, los artículos 202 y 204 del CP establecen el delito de usurpación con su modalidad agravada si se trata de territorios de comunidades nativas o campesinas.

CUADRO RESUMEN

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Atenuantes y Eximentes	Si		Si		Si
Delitos y agravantes referidos diversidad cultural			Si		Si

³⁷ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, (n 26) p. 6.

Nuevo Procedimiento Penal.

En este apartado se describirán los mecanismos adoptados por los CPP reformados y que permiten articular la cuestión de diversidad cultural y justicia penal. Cabe adelantar que entre ellos se incluye las acciones de capacitación y difusión implementadas por los países en esta materia. Si bien no se trata de un desarrollo legislativo, es sin duda una estrategia institucional pertinente para el propósito del informe.

Uso del idioma originario en el proceso

El deber del Estado de tomar las medidas necesarias para garantizar que los miembros de los pueblos indígenas puedan comprender y hacerse comprender en los diversos procedimientos legales es el mecanismo más consolidado y con mayor impacto en la práctica respecto del reconocimiento de la diversidad cultural. Tanto a nivel constitucional, por mandato de los instrumentos internacionales ratificados por los estados o por su expresa mención en la legislación nacional, en todos los países estudiados se reconoce este derecho.

Como veremos a continuación, los nuevos Códigos Procesales Penales incorporan en su articulado este mandato a través de una formulación que en términos generales consiste en preceptuar que quienes no pudieren hablar o no supiesen hacerlo en idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes. Los países que cuentan con jurisdicción especial indígena, especifican este deber en los casos que un integrante de una comunidad indígena sea procesado en la jurisdicción ordinaria.

En el caso de Bolivia, el deber del Estado de proveer de traductor cuando la lengua materna en el proceso judicial no sea el castellano, es una garantía recogida en el nuevo Código de Procedimiento Penal, en los artículos 10, 111,

114 y 115, disposiciones todas que establecen el derecho a un intérprete o traductor. En particular, cabe destacar que el artículo 114 señala que el juez, luego del pronunciamiento formal y la lectura de la sentencia, dispondrá la explicación de su contenido en la lengua originaria del lugar en que se celebró el juicio.

El nuevo Código Procesal Penal de Chile, en el artículo 291 inc. 3 establece que “*quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes*”. En relación con esta figura, un aspecto novedoso que incorpora Chile es la figura del Facilitador Intercultural. Su rol, más allá de la sola traducción, es la de un sujeto que pueda convertirse en un puente intercultural entre las dos culturas, y que no se restrinja sólo a una traducción literal, sino que pueda ilustrar sobre la “cosmovisión” propia de la cultura originaria. En la IX Región, donde se concentra la población Mapuche, los edificios públicos de administración de justicia cuentan con carteles en castellano y mapudungun³⁸.

En Colombia se ha regulado el proceso penal de manera tal que se respeten ciertas garantías mínimas a las personas pertenecientes a las minorías étnicas. De este modo, el reconocimiento legal de los derechos de los pueblos indígenas en relación con la justicia se manifiesta en concordancia con los estándares mencionados, en la obligación del Estado de otorgar un traductor en el caso de que la persona procesada no hable el idioma castellano³⁹.

³⁸ El mapudungun es el idioma hablado por los mapuches.

³⁹ En el caso de los menores, el Decreto Ley N° 2737 de 27 de noviembre de 1989, en su artículo 21 señala la obligación de los jueces y funcionarios administrativos que conozcan de estos procesos, de tomar especial consideración de los hechos, usos y costumbres propios del medio social y cultural en que el menor se ha desenvuelto habitualmente.

El Código Procesal Penal de Guatemala establece en el art. 90 el derecho del imputado de elegir un traductor o intérprete de su confianza. Sin embargo, los actos serán cumplidos en español y en caso de que una persona se exprese con dificultad en dicho idioma, se le brindará ayuda para que el acto se pueda desarrollar (Art. 142 y 243)⁴⁰.

Cabe comentar la existencia en este país de programas de diplomado en la Universidad Rafael Landívar de traductores e intérpretes, así como la elaboración de un glosario de términos jurídicos, aspectos que indican la importancia que está adquiriendo este tema en particular. Además, el Instituto de la Defensa Pública cuenta con un registro –una base de datos- de más de ochocientos estudiantes y abogados maya hablantes que sirven como insumos cuando se los necesita.

En Perú, el art.114 del nuevo Código señala que cuando una persona no comprenda el idioma castellano o no se exprese con facilidad, se le brindará la ayuda necesaria para que el acto pueda desarrollarse regularmente. Deberá proveérseles traductor o intérprete, según corresponda, a las personas

que ignoren el castellano, a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, así como a los sordomudos y a quienes tengan algún impedimento para darse a entender. Los documentos y las grabaciones en un idioma distinto del español deberán ser traducidos cuando sea necesario.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Traducción	Si	Si	Si	Si	Si

Defensa Penal Pública especializada

Otro de los mecanismos institucionales creados para articular la respuesta del proceso penal con la cuestión de diversidad cultural son las defensorías especializadas, que presentan como rasgo distintivo una atención particularizada a los miembros de los pueblos indígenas, en la medida en que sus operadores poseen una formación calificada para llevar adelante las causas.

En Bolivia, por Decreto Supremo No. 26151 de 12 de abril de 2001, se crea el Servicio de Asistencia Jurídica a los Pueblos Indígenas y Originarios (SAJPIO). Se considera este organismo como una instancia dependiente del Ministerio de Asuntos Campesinos, Pueblos Indígenas y Originarios. El SAJPIO forma parte del Servicio Nacional de Defensa Pública y es una instancia encargada de prestar asistencia jurídica-técnica en el proceso de procuración y vigilancia de los derechos colectivos de las comunidades campesinas, pueblos indígenas y originarios del país.

En Chile, a partir de la reforma procesal penal⁴¹, se crea la Defensoría Penal Mapuche en la Novena Región, región en la que se

⁴⁰ Art. 243 del Código de Proceso Penal de Guatemala. Traductores e intérpretes. Si fuere necesaria una traducción o una interpretación, el Juez o el Ministerio Público, durante la investigación preliminar, seleccionará y determinará el número de los que han de llevar a cabo la operación. Las partes estarán facultadas para concurrir al acto en compañía de un consultor técnico que los asesore y para formular las objeciones que merezca la traducción o interpretación oficial.

La exposición de personas que ignoren el idioma oficial o a quienes se les permita hacer uso de su propio idioma, de un sordomudo que no sepa darse a entender por escrito y los documentos o grabaciones en lengua distinta o en otra forma de transmisión del conocimiento, sólo tendrán efectos, una vez realizada su traducción o interpretación, según corresponda.

Los actos procesales deberán realizarse en idioma indígena y traducidos al español simultáneamente. Es ese caso, las actas y resoluciones se redactarán en ambos idiomas.

⁴¹ La Reforma Procesal Penal se encuentra vigente en la Novena Región desde el 16 de diciembre de 2000.



encuentra la principal etnia del país. En el último año, ha atendido a 671 imputados por distintas circunstancias⁴². Es la única oficina existente en el país que atiende exclusivamente a imputados de la etnia mapuche. En estas dependencias trabajan dos abogados especializados en materia indígena, además de un facilitador intercultural bilingüe y dos secretarías mapuches con experiencia en el trabajo jurídico

El ingreso de las causas se produce por lo general de manera directa a la Defensoría Mapuche, sin perjuicio que posiblemente otra Defensoría asista a la primera audiencia, o incluso derive la causa en el curso de la investigación, si aparece un elemento que haga necesaria la atención especial. Dada la especialización de la Defensoría Penal Mapuche, se hace difícil establecer criterios rígidos para fijar el ámbito de su competencia, la cual se analiza caso a caso, considerando factores como el tipo de intervinientes -vale decir si víctima e imputado residen en una comunidad indígena-; el idioma mapudungún; análisis de la relevancia o complejidad del caso para evaluar si la intervención debe ser realizada por los abogados y el facilitador, o solamente éste último, quedando la causa como ingreso de la oficina local.

Otro de los aspectos a considerar en el marco de acción de la Defensoría Penal Mapuche es su intervención en delitos que manifiestan valoraciones culturales, por ejemplo bigamia; o cuando las imputaciones se dirigen contra de autoridades tradicionales o a dirigentes de organizaciones indígenas, respecto de conflictos que atañen a su investidura; o cuando los conflictos se producen entre comuneros, fundamentalmente asociados a problemas de tenencia o posesión de tierras;

⁴² Ver:

<http://www.defensoriapenal.cl/index.php?seccion=1&id=156>

cuando se producen desacuerdos frente a beneficios otorgados por organismos del Estado; o bien cuando la investigación se relaciona con problemas de reivindicaciones culturales o históricas.

En Colombia, la ley 941 de enero de 2005 crea el Sistema Nacional de Defensoría Pública que prestará su servicio en materia penal. La Defensoría Pública garantizará la asistencia judicial adecuada a los miembros de los pueblos indígenas y comunidades étnicas de acuerdo con los principios de diversidad cultural y pluralismo étnico señalados en la Constitución. La Defensoría del Pueblo, componente del Sistema, cuenta con Defensor delegado para minorías étnicas. También pertenecen al Sistema los programas jurídicos que las autoridades indígenas establezcan.

En Guatemala, la Ley de Servicio Público de Defensa Penal de diciembre de 1997⁴³, establece la obligación de la defensoría de atender la realidad pluricultural del país (Art. 29), además de adoptar una política de integración de abogados pertenecientes a los diferentes grupos étnicos del país (Art. 35). Las defensorías indígenas fueron creadas en el marco del Instituto de Defensa Penal Pública, con apoyo del PNUD, la Cooperación Noruega y la Cooperación española, teniendo presente fundamentalmente la situación de los Pueblos indígenas ya descrita (pobreza, barreras idiomáticas y culturales) y también como un modo de generar puentes interculturales entre la administración de justicia oficial y la justicia indígena. Estas se encuentran establecidas en diez (10) departamentos de la República⁴⁴

⁴³ Ley de Servicio Público de Defensa Penal que establece el desempeño del Defensor Público atendiendo a la realidad pluricultural del país, aprobada por decreto legislativo 129-97 de 10 de diciembre de 1997.

⁴⁴ (Huehuetenango, Sololá, Quiché, Mazatenango, Salamá, Cobán, Chimaltenango, Peten, Quetzaltenango y Totonicapán), con capacidad para prestar servicios de



A través de este Proyecto se fortalecerá el servicio que el Instituto de la Defensa Pública Penal presta a la población indígena. Cada una de las defensorías estarán conformadas por tres maya hablantes, un abogado y notario, un asistente y un intérprete, para que de esta forma el IDPP esté en mejores condiciones de prestar un servicio de defensa pública en los idiomas mayas de las regiones mencionadas. Un componente fundamental de este proyecto será el incremento de la actuación de las autoridades tradicionales indígenas en la aplicación de su propia justicia, para lo cual se contribuirá al desarrollo de mecanismos de coordinación entre el derecho estatal y el derecho practicado por autoridades tradicionales.⁴⁵

Priorizan la solución de los conflictos dentro de la propia comunidad. También es destacable su involucramiento en tareas de capacitación: a partir de investigaciones llevadas a cabo alrededor de la aplicación del derecho indígena y el derecho oficial, se ha construido casos paradigmáticos que se utilizan para sensibilizar a los operadores. Estas defensorías sólo tienen atribuciones en materia penal.

En Perú, la Defensoría del Pueblo, a través del Programa Especializado en Comunidades Indígenas y Nativas creado en 1997, ejerce labores de asesoramiento, intervención y seguimiento de los procesos judiciales contra personas indígenas. El nuevo CPP peruano no contempla nada en particular sobre el ejercicio del derecho de defensa de personas indígenas. Lo regula como un derecho universal. La defensoría pública no contaría

defensa pública en los idiomas K'iche', Awakateko, Akateko, Jakalteko, Q'anjobal, Mam, Chuj, Tz'utujil, Poqoman, Achi, Q'eqchi' y Kaqchikel.

⁴⁵

<http://www.pnudguatemala.org/seguridadjusticia/gua01028a0199.html>

con abogados especializados en esta materia.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Defensa Penal Pública indígena		Si		Si	

Integración de los tribunales con personas legitimadas en las comunidades indígenas: Juzgados de Paz Comunitarios

De los países estudiados, sólo en Guatemala encontramos este mecanismo institucional.

Guatemala

En Setiembre de 1997 se incorpora al Código Procesal Penal el artículo 552 bis (Decreto 79-97) que regula los Juzgados de Paz Comunitarios, juzgados que se implementaron en 1998 en cinco municipios (San Andrés Semetabaj, Departamento Sololá; San Luis, Petén; Santa María Chiquimula, Totonicapán; San Miguel Ixtahuacán, San Marcos; San Rafael Petzal, Huhuetenango), hasta el presente no han aumentado su número⁴⁶.

⁴⁶ Artículo 552 Bis. *Juzgados 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 material penal a tres personas de reconocida honorabilidad y arraigo que puedan comunicarse en la lengua 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:

- Aplicar el criterio de oportunidad en los casos y formas en que autoriza el artículo 25 de este Código, salvo el numeral sexto.*
- 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.*

La creación de órganos judiciales que integran en su actividad jurisdiccional a miembros representativos de los Pueblos indígenas es, entonces, otra de las medidas implementadas para dar respuesta a la diversidad cultural en tanto su propósito es que los mismos miembros de la comunidad participaren del proceso de administración de justicia.

Los Juzgados están compuestos por 3 jueces de reconocida honorabilidad y arraigo, que puedan comunicarse en la lengua predominante de la región y en español. Para su designación, la Corte Suprema de Justicia, en consulta con las autoridades comunitarias, procede a elegir a los miembros de este tribunal. Los jueces pueden aplicar el principio de oportunidad, celebrar audiencias de conciliación, acuerdos y recibir la primera declaración del imputado. Cuando se tratare de delitos graves preceptúa el artículo 552 bis, el juez de paz comunitario derivará su

conocimiento a los Juzgados de primera instancia. De acuerdo con este artículo, sólo les corresponden a estos jueces la resolución preliminar de asuntos penales en que se vieran involucrados miembros de sus comunidades de origen.

Asimismo el decreto 79-97, indica que para aplicar el principio de oportunidad el juez deberá cerciorarse de que el imputado hubiere reparado el daño ocasionado o exista un acuerdo con el agraviado. En todo caso, para la determinación de la medida a aplicar y la resolución del conflicto el juez comunitario está facultado para aplicar los usos y costumbres de la comunidad. Finalmente, el decreto en cuestión incorpora el artículo 25 quarter al Código Procesal Penal, estableciendo la posibilidad, con aprobación del ministerio público, de derivar los conflictos penales al conocimiento de centros de conciliación o mediación registrados por la Corte Suprema de Justicia.

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 deliberación, 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 ellos 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, inmediación y contradicción que inspiran el sistema acusatorio.

Concluido un año de funcionamiento de los juzgados de paz comunitarios, con informe favorable de la Corte Suprema de Justicia, se implementará este tipo de juzgados en los municipios del país, donde no hubiere juzgados de paz.

Los jueces de paz comunitarios poseen el doble status de autoridades indígenas y autoridades del Estado. Estos jueces no sólo imparten justicia, sino que realizan planificación familiar y orientan a la familia. Su intervención en numerosas ocasiones ha evitado linchamientos en algunas aldeas.

Del análisis de esta experiencia puede concluirse que una integración diferente de los tribunales, con indígenas de las propias comunidades, representa un cambio de perspectiva y una alternativa que merece ser explorada, ya que indudablemente representa un esfuerzo de interrelación entre culturas diferentes.

Perú⁴⁷

⁴⁷ Extracto construido en base al artículo de David Lobatón, ob. cit.



El Perú se divide judicialmente en distritos que no necesariamente coinciden con la división política del país. Como ya se ha mencionado, hay 25 Cortes Superiores y aproximadamente 4,000 juzgados de paz⁴⁸, de los cuales el 73% paz se concentraría en la sierra o zona andina y el 58% se dedicaría a la agricultura o ganadería. A diferencia de lo que sucede en otros países, el juez de paz forma parte de la estructura del Poder Judicial y por lo general no es un abogado. Es un miembro de la comunidad, agricultor, ganadero, profesor, jubilado o ama de casa, que ejerce ese cargo en servicio a la comunidad.

Los jueces de paz peruanos no resuelven los conflictos necesariamente invocando las leyes, sino - y así lo prevé la legislación-, conforme a las costumbres tradicionales comunales. Es lo que se entiende doctrinariamente como resolver de acuerdo con la equidad. Como también ya se ha referido, en el Perú la Constitución ha recogido el pluralismo jurídico, y desde esa perspectiva el juez de paz, si bien resuelve conforme a equidad, a los usos y costumbres de la comunidad, debe conservar el límite de los derechos fundamentales de las personas.

Una encuesta realizada en 1998 evidenció que cerca del 6% de los jueces de paz son mujeres. Es probable que esta cifra haya subido y que esté ligada al mayor nivel educativo y la mayor inserción de la mujer en el ámbito laboral. Por lo general, el juez de paz, junto con el policía, el gobernador, el alcalde y el presidente de la comunidad campesina o indígena, resuelve los conflictos locales no graves, y esto es una suerte de cosmovisión o de universo en el cual el poblador o el usuario del servicio recurre casi indistintamente a cualquiera de esas autoridades comunales,

evidentemente con algunos acentos o con algunas preferencias.

En algunas comunidades el juez de paz es una figura mucho más destacada que en otras, y en otras comparte funciones y competencias con distintas autoridades conflictiva o pacíficamente, dependiendo también de la realidad de cada comunidad. En ese sentido, la justicia de paz forma parte del Poder Judicial del Estado, pero a la vez también forma parte de la sociedad, por lo que otra de sus virtudes es que se trata de una suerte de bisagra entre el Estado y la sociedad; en ocasiones hemos constatado que en algunas comunidades la presencia del Estado se reduce a un discreto y modesto escudo del juez de paz en un maltrecho local.

Con respecto a la legitimidad de que gozan los jueces de paz en el Perú, de una encuesta aplicada en 1998 a 810 pobladores usuarios de la justicia en 12 distritos judiciales, 64% dijo estar satisfecho con su juez de paz, 66% consideraba que el juez de paz era honesto y 87% de la población opinó que el juez de paz debía ser elegido democráticamente.

Finalmente, una característica esencial del juez de paz en el Perú, desde la primera Constitución peruana, es su carácter conciliador, a diferencia del juez profesional del resto de la estructura judicial. El juez de paz es por esencia un juez conciliador, a pesar de que tiene potestad para dictar sentencias en algunas materias, poder que utiliza en su mínima expresión y básicamente como un mecanismo de presión para avenir y conciliar a las partes.

⁴⁸ El Poder Judicial no contaría con cifras exactas sobre el número actual de jueces de paz y de éstos cuantos son netamente indígenas.



	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Integración del Órgano Judicial			Sí	Sí	Sí

Extinción de la acción penal

Las normas que prevén la extinción de la acción penal en los casos en que los conflictos suscitados entre miembros de comunidades indígenas sean resueltos por sus propias pautas también se convierten en mecanismos de articulación. De los países estudiados, sólo Bolivia y Perú explicitan esta fórmula legal.

El artículo 28 del Código Procesal Penal de Bolivia establece una causal de extinción de responsabilidad cuando se trate de delitos cometidos en un pueblo indígena o campesino, por uno de sus miembros en contra de otro y las comunidades indígenas hubieran resuelto el litigio conforme a su propio derecho, siempre que no sea contrario a la Constitución Política del Estado.

El Código Procesal Penal de Perú, en función del principio de oportunidad, establece en su artículo 2, que el Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal cuando conforme a las circunstancias del hecho y a las condiciones personales del denunciado, el Fiscal puede apreciar que concurren los supuestos atenuantes del art. 15° (error de comprensión culturalmente condicionado), entre otros.

Cualquiera sea el camino elegido en la fórmula de la extinción de la acción penal, el desafío de armonizar el ordenamiento jurídico no es

menor, porque las diferentes normas son producto de cosmovisiones valorativas diversas.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Extinción de la acción penal	Sí				Sí

Otros mecanismos: Peritaje especializado y situación de reclusión especial

La asistencia de pericias especializadas en cuestiones indígenas (estudios antropológicos, culturales, sociológicos, informes de miembros de las comunidades) a fin de asesorar tanto en la etapa de investigación como al juez en la elaboración de la sentencia, es otra medida receptada en el nuevo CPP de Bolivia. El artículo 391 indica que cuando un miembro de un pueblo o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las siguientes normas especiales:

- a) El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas; el mismo que podrá participar en el debate; y,
- b) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer

con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal; este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate.

En cuanto a la situación de reclusión especial que debe aplicarse a los indígenas, es una medida que encontramos en la legislación de Colombia. El Código Penitenciario y Carcelario de Colombia establece en su artículo 29 la situación de reclusión especial que debe aplicarse a los indígenas que hayan sido encontrados responsables de los hechos punibles. Situación que se extiende a los casos en donde se aplique prisión preventiva. Así mismo, el nuevo CPP de ese país preceptúa que los jueces de ejecución penal dispondrán lo necesario para la ejecución de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables por diversidad cultural, en coordinación con la máxima autoridad indígena de la comunidad respectiva.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Peritaje	Si				
Situación especial de reclusión			Si		

Capacitación y difusión

Por fuera del ámbito normativo, las actividades de capacitación y difusión de temáticas vinculadas a diversidad cultural y justicia, se convierten en una herramienta institucional utilizada por todos los países estudiados. A modo de ejemplos, mencionamos a continuación algunas de las propuestas implementadas por los países que ilustran el amplio espectro de posibilidades que ofrece este mecanismo.

En el caso de Chile, cabe destacar la experiencia de capacitación en terreno que realiza la Defensoría Regional. Con la finalidad de conocer el trabajo realizado por la Defensoría de La Araucanía en el tema mapuche, en marzo de 2006 la delegación del Bío Bío encabezada por su Defensor Regional, visitó la Defensoría Penal Mapuche a fin de dar respuesta a las dudas y requerimientos respecto al tema indígena. La visita incluyó además reuniones de trabajo a fin de analizar el tratamiento dado a causas mapuches; el tema comunicacional e intercultural, y el rol del Facilitador en las audiencias y previo a ellas.

La Escuela Judicial de Colombia, en el marco de un proyecto de cooperación con el BID, desarrolla un programa de Capacitación Intercultural sobre Derecho Indígena, el cual incorpora capacitadores indígenas y tiene como objetivo que los administradores de justicia de cada uno de los sistemas conozcan los dos sistemas de justicia.

El Instituto de la Judicatura de Bolivia, ofrece en su programa de capacitación permanente destinada a jueces y funcionarios judiciales un módulo de capacitación Intercultural y otro sobre Justicia Comunitaria.

En Guatemala, en el marco del proyecto de creación de las defensorías indígenas, se desarrollan programas de sensibilización y capacitación a los funcionarios del sistema nacional de justicia, se impulsó la creación de glosarios de términos jurídicos técnicos, además de establecer un programa de becas que incrementa el número de abogados graduados maya hablantes. El personal contratado para laborar en las Defensorías Indígenas participa de una capacitación específica que los habilita en la función⁴⁹.

⁴⁹ Los contenidos son: Procedimiento Intermedio, La Fase del Debate, Impugnaciones, Criterios de Detención y Construcción de Estrategias de Defensa, Ejercicio de

Además, se han utilizado programas de radio, televisión y medios escritos, conferencias y mesas redondas, para conseguir una amplia cobertura de información que permita a la población conocer los servicios que presta el Instituto de Defensa Pública Penal. Asimismo, estas oficinas mantienen contacto con las organizaciones no-gubernamentales con las cuales el proyecto ha firmado convenios para el desarrollo de capacitaciones con representantes de ambos sistemas.

CUADRO GENERAL Y COMENTARIO FINAL

A continuación se presenta la información graficada anteriormente a fin de obtener un panorama general de la situación de los países estudiados.

Situación demográfica de los Pueblos Indígenas y contexto institucional

En el caso de Perú, la Defensoría del Pueblo, a través del Programa Comunidades Nativas, organiza tareas de capacitación para funcionarios públicos y representantes de organizaciones indígenas y realiza una supervisión permanente a los funcionarios y servidores públicos que están a cargo de la problemática indígena en el país.

Si bien no disponemos de mayor información acerca de las iniciativas de capacitación implementadas en este ámbito y sus resultados, cabe aclarar que la efectividad de esta herramienta depende en gran medida de su orientación hacia el cambio de prácticas, y no sólo en la transmisión de contenidos, y en su adecuada combinación con otras estrategias de gestión.

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Población total	8.274.325 (Censo 2001)	15.116.435 (Censo 2002)	42.090.502 (Censo 2005)	11.237.196 (Censo 2002)	27.219.264 Censo 2005
Población Indígena	62% 90% <i>estimado</i>	4,6%	3,4%	40%	35%
Diversidad de pueblos indígenas	35	8	80	23	72
Identificación - Convenio 107 OIT	Si		Si	Si (interpretación restringida)	Si
Reconocimiento de Nación pluricultural	Si (Const. Nacional)	Si (Ley Indígena)	Si (Const. Nacional)	Si (Constitución Nacional)	Si (Const. Nacional)
Jurisdicción Indígena	Si		Si		Si

la Defensa Técnica, Perfil Ético del Defensor Público, Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos - Conciliación y Mediación-, Los Valores de la Cultura Maya, El Derecho Consuetudinario -Aplicación en el Proceso Penal-, Derecho Maya, etc.

Justicia Penal: Mecanismos que contemplan una respuesta particular al tema de diversidad cultural

	BOLIVIA	CHILE	COLOMBIA	GUATEMALA	PERÚ
Atenuantes y Eximentes	Si		Si		Si
Traducción	Si	Si	Si	Si	Si
Defensa Penal Indígena		Si (1 Defensoría)		Si (10 Defensorías)	
Órgano Judicial Integrado				Si (5 Juzgados Paz Comunitarios)	Si (aprox. 4,0000)
Extinción de la acción penal	Si				Si
Peritaje	Si				
Situación especial de reclusión			Si		

Considerando al movimiento de reforma de la justicia penal como un proceso en constante ajuste y construcción, y especialmente teniendo en cuenta que muchos de los países en la región aún se encuentran en etapas iniciales de este proceso, los mecanismos normativos y las experiencias institucionales identificados se convierten en indicadores para valorar la recepción del tema de diversidad cultural en la reforma a la justicia criminal.

Cabe aclarar nuevamente que en función de la metodología utilizada para la elaboración del informe, la afirmación anterior antes que una conclusión definitiva es una constatación preliminar, que aunque tal, esperamos sirva de base a futuros trabajos de aproximación empírica. Un estudio que profundice las fórmulas y experiencias descritas, permitirá determinar estándares en esta materia y orientar el diseño de cursos de acción.



BIBLIOGRAFÍA

Bolivia

Doctrina:

- VALENZUELA FERNÁNDEZ, Rodrigo, *Inequidad, Ciudadanía y Pueblos Indígenas en Bolivia*, en Serie Políticas Sociales N° 83, División de Desarrollo Social, CEPAL, Santiago de Chile, marzo de 2004
- ROMERO BONIFAZ, Carlos, Front Line Defenders, Bolivia, 2005 en <http://www.frontlinedefenders.org/platform/1386>

Otras fuentes:

- EQUIPO NIKZOR, *La Cuestión agraria: entre latifundistas y "avasalladores"*, disponible en <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/agro.html>
- EQUIPO NIKZOR, la Justicia Boliviana considera que asesinar a campesinos premeditadamente es sólo una riña, 20 noviembre de 2002 en <http://www.derechos.org/nizkor/bolivia/doc/panaty3.html>
- MINISTERIO DE ASUNTOS CAMPESINOS Y PUEBLOS ORIGINARIOS en Distribución de los Grupos Indígenas, www.proeibandes.org/investigaciones/conocimientos_locales_y_diversificacion_curricular.pdf
- MINISTERIO DE ASUNTOS CAMPESINOS, Pueblos Indígenas y Originarios, Diagnostico Nacional, 2000.
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, Suecia, 2003, en <http://www.derechoshumanosbolivia.org/informes/Embajada%20Suecia%202003.pdf>
- AMNISTIA INTERNACIONAL, 2005, en <http://www.derechoshumanosbolivia.org/informes/Amnistia%20Internacional.doc>
- CIDH, Informe de Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas afectados por las industrias de la Minería, gas, petróleo, y el caso de familias cautivas en el Chaco Boliviano, en <http://www.derechoshumanosbolivia.org/informes/INFORME%20DDHH%20PUEBLOS%20INDIGENAS%20EN%20BOLIVIA%20para%20CIDH%20marzo%202020.doc>
- Informe Oficial de la Estrategia Boliviana de Reducción de la Pobreza, 1999.

Jurisprudencia:

- SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2002-04940-10-RAC, Magistrado Relator; Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Sucre, 11 de marzo de 2003.
- SENTENCIA CONSTITUCIONAL 0295/2003-R, Expediente 2002-049410-10-RAC, Sucre 11 de marzo de 2003.
- SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2003-08094-17-RAC, Magistrado Relator; Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Sucre, 10 de marzo de 2004.
- SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2004-08993-18-RHC, Magistrado Relator; Dra. Elizabeth Iñiguez de Salinas, Sucre, 16 de junio de 2004.
- SENTENCIA CONSTITUCIONAL, Expediente 2004-08288-17-RAC, Magistrado Relator: Dr. José Antonio Rivera Santivañez. Sucre 1 de julio de 2004.



Chile

Doctrina:

- ALDUNATE, Carlos, ARANGUIZ, Horacio, BERNERO, Patricio, et al., *Nueva Historia de Chile, Desde los Orígenes hasta Nuestros Días*, Instituto de Historia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Editorial Zigzag, Santiago, 1996
- AYLWIN, José, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina, Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*, octubre 2002, disponible en www.derechosindigenas.cl
- AYLWIN, José, *Pueblos Indígenas en Chile: Antecedentes Históricos y Situación Actual*, en Serie Documentos N°1, Instituto de Estudios Indígenas, Universidad de la Frontera, Temuco,.
- FAUNDES, Juan Jorge, *Reforma Procesal Penal y Derechos del Pueblo Mapuche*, Fundación Institución Indígena, Temuco, 2001
- FUENTES M., Claudio, *Potenciales Conflictos entre la Reforma Procesal Penal y los Estándares Internacionales del Debido Proceso*, Seminario I, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2004.
- LILLO VERA, Rodrigo, *Los Conflictos de Tierras de los Mapuches en la Octava Región, en ¿Conflicto Étnico Chileno en las Tierras del Cono Sur? métodos de aproximación desde las perspectivas jurídica y de la ciencia política*, Universidad Católica de Temuco, Temuco, 2003.

Otras Fuentes:

- Bases Para Una Sociedad Pluriétnica en el Siglo XXI, Pueblo Mapuche y Sustentabilidad Democrática en LLANCAQUEO, Víctor, *Derechos y Territorios, Bases para las Políticas Públicas y Ciudadanía del Pueblo Mapuche, Programa Chile Sustentable*
- Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2005, hechos de 2004, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2005
- Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2004, hechos de 2003, Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, 2004
- HUMAN RIGHTS WATCH, Chile, *Indebido Proceso, Los Juicios Antiterroristas, los Tribunales Militares y los Mapuches en el Sur de Chile, Observatorio de Derechos de los Pueblos Indígenas*, Vol 16, No 5(B), octubre 2004
- MIDEPLAN, *La Política del Nuevo Trato con los Indígenas*, 16 de abril de 2004, en http://www.mideplan.cl/admin/docdescargas/centrodoc/centrodoc_168.pdf
- STAVENTHAGEN, Rodolfo, *Informe de la visita a Chile del Relator Especial sobre Derechos Humanos y Cuestiones Indígenas*, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, 2001

Colombia

Doctrina:

- ARANGO, Raúl, SANCHEZ, Enrique, *Los Pueblos Indígenas de Colombia 1997*, Departamento Nacional de Planeación, TM. Editores, Bogotá, 1998



- ARBELAEZ DE TOBON, Lucía, *La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y los Mecanismos de Coordinación con el Sistema Judicial Nacional, en Justicia de Paz y Derecho Indígena: Análisis y Propuestas de Coordinación*, Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, Guatemala, Agosto 2004
- BONILLLA, Daniel, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003
- GAVIRIA, Carlos, Ponencia para Primer Debate al Proyecto de Ley Estatutaria 35 de 2003, <http://www.etniasdecolombia.org/lonuevo.asp>
- MATEUS AMAYA, Alejandro, documento inédito, Dirección de Desarrollo Social Departamento Nacional de Planeación, junio de 2002.

Otras Fuentes:

- BASE DE DATOS DE LOS RESGUARDOS DE COLOMBIA, Ubicación, etnias, área y población ajustada a diciembre de 2003 - certificación para la vigencia 2003.
- CODHES, Documento exclusivo, Área de Grupos Étnicos, *Los Indígenas en Colombia: entre el hambre, el miedo y el dolor*, septiembre de 2004, en <http://www.actualidadcolombiana.org/archivo/despalaz/08.pdf>
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de los Pueblos Indígenas de Caldas*, año 2003
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO, Resolución Defensorial N° 24, Situación de los Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y de la Serranía del Perijá, 18 septiembre de 2002, Bogotá.
- Fiscalía General de la Nación, Boletín Estadístico N° 12, Trimestre Abril-Junio 2005, disponible en <http://www.fiscalia.gov.co/pag/general/estadisticas/boletin12b.pdf>
- NACIONES UNIDAS, COMISION DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2003/13,24 de febrero de 2003
- NACIONES UNIDAS. COMISION DE DERECHOS HUMANOS, Declaración de la Presidenta. Situación de los derechos humanos en Colombia, E/CN.4/2003/L.11.
- ONIC, La situación Actual de los Indígenas en Colombia, disponible en <http://www.onic.org.co/situacion.html>,
- Programa Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Informe Anual de Derechos humanos y DIH 2003, disponible en <http://www.derechoshumanos.gov.co/descargas/informe2003/capitulo7.pdf>

Jurisprudencia Corte Constitucional:

- Sentencia T-254 de 30 mayo de 1994,
- Sentencia C-058/94, de 7 de febrero de 1994.
- Sentencia T-523 de 15 de octubre de 1997
- Sentencia SU-510 de 18 de septiembre de 1998
- Sentencia T-266/99 de 27 de abril de 1999.
- Sentencia T-079/01, de 29 de enero de 2001
- Sentencia T-606/01 de 7 de junio de 2001.



Guatemala

Doctrina

- ABIGAIL SACALXOT, Alma, *Relevancia y Pertinencia de la Información Sociodemográfica para política y programas: Caso Guatemala*, en Seminario Internacional sobre Pueblos Indígenas y Afrodescendientes de América Latina y el Caribe, CEPAL, Santiago, Chile, 27 al 29 de abril 2005.
- CASTILLO MENDEZ, Iván, *Juzgados de Paz y Derecho Indígena en Guatemala, Reconocimiento Estatal y Coordinación con el Derecho Indígena, Compromiso Impostergable*, Informe Final, Fundación Myrna Mack, Guatemala, mayo 2004
- RAMÍREZ, Luis, Solórzano Justo, Caxaj Mario, *Tribunales Comunitarios San Andrés Semetabaj y Santa María Chiquimula*, Instituto de Estudios Comparado en Ciencias Penales, ICCPG, Guatemala, 2000.
- YRIGOYEN, Raquel, *El Debate sobre el Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena en Guatemala*, América Indígena, vol. LVIII, N° 1-2, Instituto Nacional Indigenista, México, 1998.
- YRIGOYEN, Raquel, FERRIGNO, Víctor, *Acceso a la Justicia en Guatemala: situación y propuestas*, Informe Final, Consultoría realizada para la Agencia Sueca para el Desarrollo Internacional, ASDI, Guatemala, mayo 2003.

Normas

- Acuerdo Gubernativo 525-99 de 19 de julio de 1999 que crea la Defensoría de la Mujer Indígena
- Decreto Legislativo 32-87 de 28 de mayo de 1987 que reforma la ley de la Comisión y del Procurador de los Derechos Humanos
- Ley de Servicio Público de Defensa Penal que establece el desempeño del Defensor Público atendiendo a la realidad pluricultural del país, aprobada por decreto legislativo 129-97 de 10 de diciembre de 1997.
- Reglamento de Tribunales, Acuerdo 36-2004

Jurisprudencia

- CORTE DE CONSTITUCIONALIDAD, Opinión Consultiva Relativa al Convenio Núm. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y Convenio No. 169 (OIT), Guatemala, Abril 1995.
- SENTENCIA DEL JUZGADO DE PAZ COMUNITARIO DEL MUNICIPIO DE SAN LUIS, Departamento de Petén, en el Juicio Penal por falta contra las personas n° 549-2003

Otras fuentes

- BANCO MUNDIAL, informe sobre Guatemala.
- CEJA, Reporte sobre el Estado de la Justicia de las Américas 2004-2005, septiembre 2005. Documento en elaboración.
- CIDH, Quinto informe sobre la *Situación de los derechos humanos en Guatemala*, Capítulo X, Los Pueblos Indígenas, 2001
- CIDH, *La Situación de los Pueblos Indígenas en Guatemala*, Capítulo IV, 2003



- CIDH, Seguimiento de las Recomendaciones formuladas por la CIDH en sus Informes sobre Países, Capítulo IV, 2004,
- COMISION PARA EL ESCLARECIMIENTO HISTORICO, *Memoria del Silencio*, Guatemala, 1999. Comentarios a los resultados de la CEH en <http://www.edualter.org/material/guatemala/novinforme.htm>
- EQUIPO NIKZOR, Informe para el Relator Especial de Naciones Unidas sobre Independencia de Jueces y Abogados, 22 de marzo de 2004
- Instituto Nacional de Estadísticas, INE, Censo 2002.
- MINUGUA, *Los Pueblos Indígenas de Guatemala: La Superación de la Discriminación en el Marco de los Acuerdos de Paz*, septiembre de 2001.
- ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, Programa de Políticas Públicas y Salud, División de Salud y Desarrollo Humano, Washington D.C., Junio 2001
- Periódico Virtual Entremundos, *La Tierra en Guatemala: Conflicto y Esperanza por la Reforma* en <http://www.entremundos.org/Newspaper/Archive/issue18/Land%20conflict%20spanish.htm>

Perú

Doctrina:

- FRANCIA SANCHEZ, Luis, *Sistema Penal y Pluralismo Jurídico: lineamientos para interpretar la legislación peruana*, en Alertanet en Derecho y Sociedad, Forum II: indigenous law and human rights
- GALVEZ, Connie, *Problemas de Territorio en Pueblos y Comunidades Indígenas del Perú*, en <http://www.caaap.org.pe/actualidad.htm>
- PLANT, Roger y HVALKOF, Soren, *Land Titling and Indigenous Peoples*, (draft). Sustainable Development Department. Inter-American Development Bank. Diciembre 1999.
- VALDIVIA VARGAS, Néstor, Grupo de Análisis para el Desarrollo, Etnicidad, pobreza y exclusión social: *La situación de la población indígena urbana en Perú*, Reporte preparado para el Banco Mundial, marzo, 2002.
- YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *Tratamiento Judicial de la Diversidad Cultural y la Jurisdicción Especial en el Perú*, Alertanet en Derecho y Sociedad
- YRIGOYEN, Raquel, *Perú: Constitución Pluralista, Judicatura Monista, Un balance de la post-reforma*, en Ponencia, *Pluri-cultural Multi-ethnic: Evaluating the implications in State and Society in Mesoamerica and the Andes*, Latin American Studies Institute, University of London, 2000
- YRIGOYEN, Raquel, *Rondas Campesinas y Pluralismo Legal: Necesidad de Reconocimiento Constitucional y Desarrollo Legislativo*, publicado en Defensoría del Pueblo: *Hacia una ley de rondas campesinas*, Supervisión de la Consulta Nacional, Lima, abril 2002

Otras Fuentes:

- CEPAL, *Etnicidad, raza y equidad en América Latina*, agosto 2000. Número corroborado por la Coordinadora Permanente de Pueblos Indígenas del Perú (COPPIP) en su presentación Institucional de fecha 20 de enero de 2003



- CERD, *Reporte ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación racial, Preparado para la Mesa de Trabajo para la No Discriminación de la Coordinadora Nacional de los Derechos Humanos (Perú) y APRODEH/FIDH*, marzo de 1999.
- CIDH, *Segundo Informe Sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú, Capítulo X, Los Derechos de las Comunidades Indígenas*. OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 59 rev., 2 junio 2000
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Comentarios al Convenio N° 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, segunda edición, Lima, Septiembre de 2003.
- DEFENSORIA DEL PUEBLO, *Cuarto Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República, 2000-2001*.
- MINISTERIO DE AGRICULTURA, Informe PETT, 2002
- MINISTERIO PÚBLICO, Fiscalía de la Nación, *Plan Estratégico Institucional, PEI 2004*.

Jurisprudencia

- CORTE SUPERIOR DE ANCASH, Expediente 110-98, 23 de noviembre de 1998.
- CORTE SUPERIOR DE ANCASH, Expediente 276-93, 23 de agosto de 1999.
- DISTRITO JUDICIAL DE AMAZONAS, Sala Penal, Instrucción N° 98-00320-01104JP01, 24 de febrero de 1999.
- DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, Sala Penal, Expediente N° 00-0492-191601-SP-03/EXP. 492-00, 7 de enero de 1999.
- DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, Sala Penal, Expediente N° 97-0061-191601-SP-01, 4 de noviembre de 1999.
- DISTRITO JUDICIAL DE LORETO, Sala Penal, Expediente N° 98-175, 10 de agosto de 1999.
- DISTRITO JUDICIAL DE LAMBAYEQUE, Sala Penal, Expediente N° 98-93, 16 de junio de 1999.
- PRIMER TRIBUNAL CORRECCIONAL DE HUARAZ, Sala Penal, Expediente.504-96, 27 de septiembre de 1996.