

## ***Aportes Andinos N. 11*** ***Aportes sobre diversidad, diferencia e identidad***

---

### ***Diversidad y Derechos Humanos*** ***-Un Desafío para la Administración de Justicia Penal-***

***Silvina Ramírez \****

#### **Contenido**

*Administración de Justicia e interculturalidad*

*El Movimiento indígena y sus demandas*

*Reconocimiento del Derecho Indígena y Respeto de los Derechos Fundamentales*

*El problema y sus soluciones: algunos acertijos*

#### **Administración de Justicia e interculturalidad**

La administración de justicia oficial (1) en las dos últimas décadas es interpelada permanentemente por el desafío de convivir y coordinar con la administración de justicia indígena. Este desafío asume diferentes matices, pero sin lugar a dudas se convierte en uno complejo y difícil de enfrentar cuando incorporamos a su análisis el tema de los derechos humanos traducido en los límites - discutibles en cuanto a su existencia- que deben imponerse a la justicia de los Pueblos indígenas ante la potencial violación a los derechos fundamentales.

De este modo, la diversidad cultural frente a los derechos humanos se ha convertido en uno de los temas más sensibles tanto en su análisis teórico como en los modos de instrumentación. Pero antes de presentar concretamente el problema que constituye la relación entre diversidad y derechos humanos (y sus posibles soluciones), vale la pena señalar algunos presupuestos que dan forma y contenido al sistema de justicia frente a los Derechos de los Pueblos indígenas, dentro de un determinado modelo de Estado que se encuentra en permanente construcción.

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

Más allá del doble status que presentan los miembros de los Pueblos indígenas, esto es ciudadanos del Estado en el que habitan e indígenas de los diferentes pueblos, lo cierto es que el Estado tiene la obligación de administrar justicia, en el caso que nos ocupa, para todos sus ciudadanos, entre ellos los ciudadanos indígenas. (2)

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

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

Las diferencias deben teñir toda la vida democrática. En el caso de los Pueblos indígenas, y concretamente alrededor de la administración de justicia, el Estado debe

adoptar distintas vías para demostrar que es un Estado que respeta el principio de igualdad, que considera que todos los habitantes son ciudadanos, y que la diversidad forma parte de su entramado.

Estas vías pueden ser resumidas en:

- Reconocimiento de las formas de resolución de conflictos de los Pueblos indígenas.
- Incorporación a las normas oficiales de instituciones que contemplen la diversidad para respetar el principio de igualdad.
- Armonización de la legislación y adecuación de la práctica para la inclusión de los Pueblos indígenas en la administración de justicia.

Si el Estado cumple el desafío de articular estos caminos estará en condiciones de cumplir con los mínimos objetivos de democratización. Lo que pondremos de relieve en este trabajo es –dentro de estas diversas vías mencionadas, no exclusivas ni excluyentes- que en lo que atañe a los derechos humanos, el Estado puede enfatizar sus ejes democráticos prestando especial atención a la cosmovisión de los Pueblos indígenas y su dignidad como Pueblos cuando aplica determinadas sanciones.

### **El Movimiento indígena y sus demandas**

En las últimas décadas el movimiento indígena adquiere en Latinoamérica una presencia que fue ganando fuerza paulatinamente. El reconocimiento a nivel internacional, su lucha por la identidad, sus permanentes reivindicaciones generaron un impacto político al interior de los Estados, pero luego de este “primer sacudón”, se ha vuelto a producir una suerte de acomodamiento entre sus demandas y las posturas internacionales y nacionales (3).

Es difícil saber diagnosticar cuál será la proyección de estas demandas -y consecuentemente las reacciones de los Estados- en el futuro. Ciertamente podría pensarse que la construcción del tan ya remanido Estado pluricultural significará un intercambio más fluido entre diferentes centros de poder. No obstante, los movimientos indígenas aún no han alcanzado a reunir la fuerza suficiente para poder estar en un pie de igualdad frente a otros sectores políticos. Si bien no existe homogeneidad en el lugar que ocupan los movimientos indígenas en los diferentes países latinoamericanos, ninguno alcanza la cohesión suficiente para equilibrar los centros de decisión y de poder.

A partir de la lucha de los movimientos indígenas por el reconocimiento de sus derechos y de sus sistemas de autoridades, los instrumentos internacionales receptan sus demandas y con ellos, las legislaciones nacionales deben adecuar sus disposiciones a una realidad que consistentemente habían ignorado. Claro está que esta descripción simplista de un proceso que lleva décadas de desarrollo y de vaivenes, deja de lado una discusión interna rica en argumentos que no tienen otro telón de fondo que un replanteo profundo de la situación jurídica de los pueblos indígenas. Aunque la discusión parece haber sido saldada favorablemente a favor de estos últimos, lo que significa reconocerles su doble calidad de indígenas y de ciudadanos de un determinado Estado, lo cierto es que aún hoy pueden escucharse los ecos de voces disidentes que auguran la disolución de la unidad estatal y la subversión de un orden construido bajo el imperio de un orden jurídico monolítico y cerrado, en donde no existe espacio para el "diferente".

Aquellos que defienden el reconocimiento de los derechos indígenas alegan, entre otras razones, que el desarrollo futuro del Estado se encuentra supeditado al desarrollo de los

pueblos indígenas. Que la pacificación social sólo puede alcanzarse con este reconocimiento, el que se presenta como un elemento esencial en el proceso de cohesión y unificación. Asimismo, otro argumento de peso es aceptar que la plurinacionalidad no significa aceptar la existencia de Estados paralelos o territorios separados. Se trata simplemente de que el Estado reconoce a cada ser humano que lo integra, el derecho a vivir dentro de su propia cultura, lo que no significa que los indígenas dejen de ser ciudadanos del Estado al que pertenecen. Por último -obviamente, sin agotar la argumentación- el Estado reconoce que su sociedad no es homogénea, y que por lo tanto no puede afirmar una unidad, lo que implica que sea imposible legislar para todos los ciudadanos de la misma forma, y -paradójicamente- que sea necesario marcar diferencias para evitar discriminaciones.

Por el contrario, los que se oponen al reconocimiento se remiten a la existencia de tradiciones que tienen por sustento un proyecto de unidad nacional, lo que no deja resquicios para el desarrollo de la diversidad. Si bien admiten la existencia de particularidades culturales de los grupos étnicos, el proyecto de construcción de un Estado unitario debe significar un acercamiento de las culturas y su nivelación a partir de la interacción. El fantasma que acecha con insistencia es el socavamiento de la unidad estatal. Por otra parte, se enfatiza el perfil de un Estado moderno, que es el que define un único sistema jurídico nacional y consagra el monopolio estatal del uso legítimo de la violencia, por lo tanto la administración de justicia por parte de las comunidades indígenas sólo puede tener un carácter subsidiario a la justicia oficial, limitándose a aquellos casos no previstos por el orden estatal.

## **Reconocimiento del Derecho Indígena y Respeto de los Derechos Fundamentales**

Una vez que se avanza en el camino del reconocimiento, el tema de los límites al ejercicio del derecho indígena es insoslayable (4). Constituye uno de los puntos más complejos de las discusiones, ya que involucra la admisión o no de la universalidad de ciertos valores que regirían sin hacer distinción de espacio, tiempo o culturas. En general existe consenso alrededor de la existencia de un límite que no puede ser traspasado, constituido por el pleno respeto de los derechos humanos fundamentales.

La dificultad se presenta cuando se intenta conceptualizar lo que se entiende por derechos humanos fundamentales. Más allá de que existe abundante material que desde las concepciones de derecho internacional aportan claridad al tema, y destacan un rasgo de humanidad común a todos los seres humanos, que no admite diferenciación en razón de raza, edad o religión, lo cierto es que estas definiciones han sido dadas desde la "mirada occidental", y es recién en los últimos años cuando los representantes de los Pueblos indígenas tienen algún tipo de cabida en las discusiones de las organizaciones internacionales.

Si bien las constituciones de los Estados por lo general (5) expresan el reconocimiento de la administración de justicia indígena (6), y el convenio 169 de la OIT, asimismo, expresa claramente este reconocimiento en su Art. 8 en los siguientes términos:

- 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.*

Podemos concluir del contenido de este artículo y del propio reconocimiento constitucional, que los Estados tienen la obligación de instrumentar los procedimientos para superar los conflictos que puedan producirse por la interacción de diferentes culturas. Es así que no basta con imponer un límite, sino que se deben articular los modos de control en caso de violación de los derechos humanos, clarificando cuál es el contenido de dicha violación.

Por otra parte, una caracterización relevante a la hora de aportar los rasgos definitorios del derecho indígena es indagar acerca de las clases de sanciones. Si bien ya se ha expresado que -por lo general- los distintos Pueblos indígenas poseen un sistema de sanciones claramente definidas, existe la necesidad de articular un punto de encuentro entre éstas y las sanciones definidas oficialmente. No obstante es deseable otorgar a las comunidades su derecho a administrar justicia, también es imprescindible delinear un límite preciso que se encuentra -precisamente- en la no vulneración de los derechos humanos fundamentales.

### **El problema y sus soluciones: algunos acertijos**

Sintetizando lo expuesto hasta el momento, y estableciendo claramente el problema que enfrenta la diversidad cultural -desde la administración de justicia- cuando se enfrenta a los derechos humanos: por una parte, la justicia indígena posee sus propias reglas fundamentadas en sus valores, sus

tradiciones, sus pautas culturales, su cosmovisión del mundo. Por la otra, los derechos humanos, si bien definidos desde la perspectiva occidental, han sido incorporados como universales en numerosos instrumentos internacionales. **La tensión que se produce entre este bagaje cultural y lo que ha sido consensuado y definido en el plano internacional y con consecuencias en lo nacional como son los derechos humanos con un contenido universal, independiente de las culturas que se trate, es lo que constituye el centro de este debate.**

Frente a un problema como el aquí presentado pueden darse diferentes soluciones. Desde adoptar una postura relativista frente a los derechos humanos, trivializando por consiguiente su contenido y diluyendo el problema dado que cada cultura puede ejercer sus prácticas con total independencia de lo que otras culturas consideren como valioso o correcto; hasta posturas que consideran que los derechos humanos son inviolables y como consecuencia de ello la imposición de determinadas sanciones por parte de los Pueblos indígenas constituyen claras violaciones a los derechos humanos.

Desde nuestra perspectiva, una solución coherente con los planteos que subyacen al ámbito estrictamente jurídico es la imposición de una valla que no puede ser franqueada, y que constituye nada menos que adjudicar relevancia al parentesco de todos los seres humanos (en términos de humanidad) por encima de la diversidad de las formas que lo expresan. Lo cual no implica el desconocimiento de la heterogeneidad de las culturas. Antes bien, intenta evitar una fragmentación inevitable desde una dimensión, dado que cada cultura deja fuera de su ámbito a multitud de seres humanos que no la comparten; pero también significa detectar el rasgo común predicable de todo ser humano: el de la dignidad de la persona.

El conflicto resurge nuevamente cuando se impone con una fuerza inusitada el interrogante de cuál sanción es más lesiva para la dignidad del ser humano. En otras palabras, por ejemplo, si es más gravoso obligar al autor de un delito a realizar un trabajo comunal, quizás interpretado como el sometimiento a trabajos forzados, o la imposición de una condena privativa de libertad por un tiempo más o menos prolongado -que constituye una medida impensable e inexistente en la comunidad-, independientemente de que esta medida goce de absoluta legitimidad.

Este interrogante, sin embargo, cede frente a castigos tales como la pena de muerte, ya que considero que no es admisible -bajo ninguna circunstancia- que se incurra en sanciones como la mencionada, violatoria de todas las disposiciones internacionales que salvaguardan los derechos humanos. Este argumento no sólo se justifica en la creencia expresada en párrafos anteriores de la existencia de determinados derechos que son incuestionables e innegociables (7), sino que la defensa de la integridad cultural no exige que todas sus prácticas sean respetadas.

Es así que consideramos que se deben matizar las posturas extremas. Admitir que es preciso llegar a definiciones interculturales de lo que se entiende por derechos humanos, en donde participen todos los involucrados. Admitir asimismo que es posible que la administración de justicia indígena en algunos casos involucre ciertas violaciones a los derechos humanos, y en ese sentido el Estado debe pergeñar un mecanismo que permita su control.

Este control puede estar dado por diversos procedimientos. El que se presenta como el más adecuado, y en coincidencia con algunos autores, es el de un jurado escabinado, formado por jueces y miembros de las comunidades indígenas, en donde se

puede discutir y finalmente arribar a la solución que exige el caso (8). Sin ignorar que estas alternativas son difíciles de implementar y que su desarrollo puede significar todo un proceso, es sin duda uno de los tantos caminos que debemos transitar si pretendemos genuinamente alcanzar un Estado intercultural.

Sólo resta dilucidar el acertijo, aquel que expresa el principio de igualdad unido insoslayablemente al de la diferencia,

volviendo a repensar el contenido de los derechos humanos desde una perspectiva más amplia que necesariamente debe incorporar la variable cultural, y en ese sentido estar dispuesto a profundizar el respeto y la tolerancia. Considero que se puede avanzar en el discernimiento de algunos de los temas presentados someramente en estas pocas hojas, sin desconocer que existe un punto de insolubilidad –o inconmensurabilidad- entre culturas difícil de zanjar.

## Notas

1. Utilizo el término “oficial” para referirme a la justicia que surge de los aparatos del Estado. Prefiero dejar de lado el término “estatal”, dado que si existe un auténtico reconocimiento de la diversidad los derechos de los Pueblos indígenas también se convierten en derechos del Estado en el que habitan.

2. No desconocemos en este punto que numerosas organizaciones indígenas e indígenas no se reconocen como “ciudadanos de un Estado determinado”, sino que reivindican su condición de miembro de un determinado Pueblo.

3. Rachel Sieder (ILAS) y Jessica Witchell (AFRAS, Universidad de Sussex)

“Impulsando las Demandas Indígenas a través de la Ley:

Reflexiones sobre el Proceso de Paz en Guatemala “

“...A través de su creciente participación en la arena internacional, las demandas de los pueblos indígenas se encuentran configuradas por procesos institucionales internacionales y maneras internacionales de “imaginarse lo real”. Existe ahora un lugar reconocido para los pueblos indígenas en la arena internacional. Esta posición es estratégicamente beneficiosa, posibilitándole a estos la articulación de sus demandas, aunque sea en un formato específico. Sin embargo, esta creciente participación de los pueblos indígenas también actúa para legitimar la expansión y reproducción de las mismas instituciones internacionales y sus discursos legales. Las demandas que han surgido de las experiencias de vida de los pueblos indígenas se encuentran ahora comprometidas, a través del uso estratégico de estos canales institucionales internacionales, al mantenimiento de estos mismos poderes y por lo tanto se encuentran configuradas y limitadas de acuerdo a esta lógica...”

4. “Límite” que siempre se encuentra asociado al respeto de los derechos humanos y a su potencial violación por determinadas prácticas.

5. Con algunas “lamentables” excepciones, como es el caso chileno.

6. Reconocimiento que es condicionado siempre a las leyes del Estado, pero que pueden ser interpretado en sentido más amplio, a fin de no vaciar la jurisdicción indígena.

7. El Tribunal Constitucional de Colombia ha establecido algunos límites insalvables, tales como la pena de muerte y la tortura.

8. Yrigoyen Fajardo, Raquel: Pautas para la coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999, p. 98 (Disponible en: <http://www.alertanet.org/dc-ryf-criterios.htm>).

**Silvina Ramírez.** *Directora Ejecutiva del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP), y Profesora de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.*