

EL DERECHO A UN SISTEMA JURÍDICO PROPIO Y AUTÓNOMO EN LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE AMÉRICA LATINA

The right to own and independent legal system in the indigenous peoples of Latin America

María Luisa Soriano González*

RESUMEN: Los pueblos indígenas de América Latina reivindican un derecho propio y autónomo distinto al derecho del Estado aunque no enfrentado a él. La justificación de esta aspiración se basa en la singularidad de este derecho de marcado carácter colectivo y consuetudinario bien distinto del derecho estatal y la percepción del mismo como única norma vinculante. Tanto el derecho procesal como el derecho penal indígenas muestran un sentido comunitario en su elaboración histórica, transmitido de generaciones en generaciones, y resaltan la relevancia de la mediación en su aplicación

ABSTRACT: *The indigenous peoples of Latin America claim their own autonomous law other than that of the state, but not in conflict with it. The justification for this aspiration is based on the uniqueness of this distinct collective and customary law, which is rather different from state law and the perception of it as the only binding law. Both procedural law and indigenous criminal law show a sense of community in their historical development, passed down from generation to generation, highlighting the importance of mediation in its application.*

PALABRAS CLAVE: Derecho, indígena, colectivo, consuetudinario, mediación

KEY WORDS: *Indigenous, law, collective, customary, mediation.*

Fecha de recepción: 23-3-2012

Fecha de aceptación: 13-06-2012

Objeto del presente trabajo es la reivindicación de un sistema jurídico propio y autónomo indígena en América Latina, como se indica en el título, a cuyo efecto conviene precisar los caracteres de este derecho y sus diferencias con el derecho estatal, tanto en un sentido general (los caracteres del derecho indígena) como particular (los caracteres de la jurisdicción y el derecho penal indígenas). Son las diferencias del derecho indígena con el derecho estatal por un lado y la percepción del valor del mismo por las comunidades indígenas por otro los elementos que sustentan el reclamo de su autonomía y validez como norma vinculante en las comunidades y pueblos indígenas de América Latina.

* Departamento de Derecho público. Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. mlsorgon@upo.es

1. EL DERECHO A UN SISTEMA JURÍDICO PROPIO Y AUTÓNOMO INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA

1.1. El significado y alcance de un sistema jurídico propio y autónomo.

Los sistemas jurídicos pueden ser formales e informales. Es la clasificación más amplia que podemos hacer para describirlos. Así nosotros, los españoles, formamos parte de un sistema jurídico continental europeo muy formalizado, con un sistema de fuentes del derecho formales y jerarquizadas. Se suele decir que el sistema jurídico anglosajón es menos formal, porque la jurisprudencia tiene más relevancia y la ley del Estado no tiene tanta ambición abarcadora. Los sistemas jurídicos indígenas se caracterizan por su informalidad, ya que en ellos es la costumbre la fuente más importante, transmitida generacionalmente. Lo que no quita que en determinadas comunidades indígenas se pretenda escriturar las costumbres.

Este modelo informal del sistema jurídico indígena comporta que presente características peculiares en el sistema de fuentes y en la validez de sus normas. Ya he indicado la prioridad de la costumbre conforme a la cual se toman las decisiones más importantes de la comunidad, en tanto las decisiones de gobierno o de gestión son más libres y atienden a razones de oportunidad. La validez de este sistema indígena informal depende de la comprobación fáctica o verificación empírica a través de una conducta reiterada que las comunidades indígenas quieren mantener por considerarla correcta.

En América Latina el derecho a un sistema jurídico propio recibe frecuentemente el nombre de derecho alternativo. América latina es la patria del derecho alternativo al derecho hegemónico del Estado, así como Europa lo es del denominado uso alternativo del derecho. El derecho alternativo de las minorías –entre ellas las comunidades indígenas- frente al distante derecho del Estado. Al igual que otras comunidades indígenas de otros Estados, las comunidades zapatistas enfrentan su propio derecho al derecho del Estado mexicano.

Es lógico que en América Latina reciba el nombre de derecho alternativo lo que en Europa se ha llamado uso alternativo del derecho, porque el Estado y su derecho son más hegemónicos y las comunidades indígenas más pobres, distantes y apartadas de la sociedad blanca.

En América Latina se defiende desde las minorías un derecho distinto al derecho del Estado, con diversas modalidades; unas veces complementario del derecho del Estado; otras, contrario a él y queriendo ponerse en su lugar. Si es complementario, la alternancia

es débil respecto al derecho del Estado. Si es contrario, la alternancia es fuerte¹. En la mayoría de los casos en América Latina las minorías pretenden un derecho complementario o al margen del derecho estatal, pero no contrario a él, porque las minorías persiguen que el Estado respete sus formas de vida, la organización de su vida social, las normas que la regulan y las autoridades propias que velan por su cumplimiento, pero nada más; un derecho a la autonomía, a ser diferente.

El uso alternativo del derecho practicado en Europa no comporta en la mayoría de los casos una alternancia de derechos, sino un uso determinado del derecho del Estado; no hay oposición de derechos, el derecho del Estado y el derecho de una minoría. Pretende solamente una interpretación del derecho estatal en el sentido en el que más favorece a las clases más necesitadas. El uso alternativo del derecho fue una teoría implantada en Italia en los años noventa, defendida por juristas prácticos y profesores de derecho, y de ahí se extendió a diversos países europeos, entre ellos España. Puesto que se trata de una forma de interpretación del derecho del Estado y no de oposición a este derecho estatal, no comporta la ambición y el alcance del derecho alternativo americano. Es lógico que en una Europa de democracias consolidadas prevalezca una interpretación del único derecho del Estado y no una alternancia jurídica al derecho del Estado, como sucede en América Latina.

El planteamiento de la alternancia jurídica, de la diversidad de derechos, en América Latina no es de carácter exclusivamente normativo y prescriptivo, sino fáctico y sociológico, pues esta diversidad ha sido siempre un hecho empíricamente constatable y además, reconocido en algunas constituciones latinoamericanas. En varios estados de Latinoamérica coexisten tanto el sistema jurídico estatal como el sistema jurídico indígena. El problema reside en los defectos del reconocimiento de la diversidad jurídica, como tendremos ocasión de ver en el apartado dedicado a la armonización del derecho hegemónico del Estado y los derechos indígenas. Pues en un Estado multicultural se debe lograr la armonización de los sistemas de derecho, **respetándolos y delimitándolos**. Hay que poner freno al miedo al peligro de disolución del sistema jurídico estatal. Sólo se tiene que delimitar bien los ámbitos de actuación y las competencias de cada uno de los derechos. Y esto debería suponer, a mi juicio, dos pasos importantes, que debería dar el Estado. Primero: el establecimiento en las constituciones –que no se ha hecho– de la independencia del derecho indígena sin subordinación al derecho

¹ Más detalles sobre las diferencias conceptuales y aplicaciones prácticas de los conceptos de derecho alternativo y uso alternativo del derecho en R. Soriano, ***Sociología del Derecho***, Ariel, Barcelona, 1997, cap. XIX: Sistemas normativos y Pluralismo jurídico, pp. 363-378.

estatal. Segundo: el establecimiento de pactos o estatutos de autonomía entre el Estado y los pueblos indígenas, que tampoco existen, donde se establezcan separaciones y competencias concretas del derecho estatal y el derecho indígena. Un equivalente a las transferencias de competencias, que se hace desde el Estado español a las Comunidades autónomas españolas reflejadas en los Estatutos de Autonomía.

Coincido con la opinión de los expertos más progresistas en el tratamiento de los derechos alternativos indígenas, entre los que **destaco las palabras de Luis Villoro: "Se necesita, por lo tanto, un reconocimiento en la Constitución de esos dos niveles; su separación y complementariedad deberían establecerse en los estatutos de autonomía pactados entre los pueblos y el Estado plural"**². Habría que ir a más: instancias paritarias compuestas por representantes de las autoridades estatales y autoridades de los pueblos indígenas para la interpretación normativa de los textos jurídicos estatales referentes al derecho indígena.

El reconocimiento jurídico estatal del derecho de las comunidades indígenas no supone otra cosa que convertir la facticidad en normatividad, el hecho en norma. Conducir la realidad práctica del derecho a la formalidad de derecho. Transformar la práctica jurídica real de los pueblos indígenas en normas de derecho **positivo. Una especie de "prescripción de las normas de derecho del Estado" por su desuso y de "adquisición de la validez de las normas indígenas" por su uso. En muchas comunidades el derecho estatal se ha quedado fuera por unas u otras razones, fuera del deslinde territorial de las comunidades: porque así lo ha querido, por dificultades de llegar al territorio de las comunidades, porque le resultaba más cómodo, etc. El caso es que el derecho del Estado ha estado ausente en las comunidades indígenas durante largo tiempo. Y entre tanto estas comunidades han ido con el correr de los tiempos cimentando y acrisolando sus normas y su aplicación por autoridades indígenas y conforme a procedimientos propios.**

Pues se trata meramente de continuar así en este silencio del Estado respecto a las comunidades con la única salvedad de elevar a norma jurídica positiva mediante el reconocimiento estatal de las normas de las comunidades. Convertir en derecho de Estado lo que es el derecho real y vivo de las comunidades.

² Luis Villoro, "Multiculturalismo y derecho", en Krotz, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos y UAM, Barcelona, 2002 p.232.

1.2. El derecho a una jurisdicción propia y autónoma. La jurisdicción estatal y la jurisdicción indígena.

La conquista del derecho propio indígena está lastrada por la oposición estatal a su eficacia por medio de tres procedimientos: la remisión a un desarrollo normativo que no llega, el obstruccionismo de los poderes públicos y las limitaciones por la necesaria compatibilidad del derecho indígena con el derecho estatal. A destacar la eficacia de las dos últimas técnicas apuntadas: la obstrucción de los poderes del Estado y la necesaria sujeción de las decisiones de esta jurisdicción indígena a las limitaciones impuestas en las constituciones y las leyes, que presentan un doble agravante: a) suelen ser limitaciones genéricas y no concretas, lo que expande el alcance de la estrategia de oposición, y b) la interpretación de la colisión del derecho indígena con el derecho estatal corre a cargo de los jueces del Estado.

Estas estrategias estatales explican que el derecho a la jurisdicción indígena esté lejos de la realidad. Solo se ha alcanzado algunos resultados positivos muy localizados. Veamos las palabras de **Diego Iturralde**: “En términos generales, los progresos en el campo de la impartición de justicia resultan insuficientes para garantizar los derechos de los pueblos indígenas y el acceso al servicio por parte de personas pertenecientes a estos pueblos. Si bien, varios países adoptaron en la última década del siglo XX reformas constitucionales que reconocen la diversidad étnica y el plurilingüismo, solamente algunas de ellas incluyeron la pertinencia del derecho consuetudinario o los usos y costumbres como recurso alternativo para atender conflictos, un número menor atribuye funciones parajudiciales a las autoridades comunitarias, y únicamente dos constituciones reconocen claramente la posibilidad de la coexistencia de un jurisdicción especial indígena”³. Sí que es cierto que se han producido pequeñas modificaciones en algunas reformas de la legislación como la introducción en el poder judicial de juzgados comunitarios o jueces de paz no letrados.

La jurisdicción indígena es el último peldaño en el proceso, que va del reconocimiento constitucional a la aplicación de las normas indígenas protectoras de los derechos indígenas. Y en este proceso en etapas sucesivas es claro que a la jurisdicción indígena le cabe la peor parte, porque recoge las omisiones y fisuras de las etapas anteriores. Si no hay una política de previas implementaciones en el proceso, esta jurisdicción se convierte en plenamente ineficaz. A la “brecha de implementación” se refiere el Relator Especial, Rodolfo

³ Diego Iturralde, “Entre la ley y la costumbre veinte años después: evaluar las normas y sistematizar las prácticas” en *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Laura Giraudo (ed.), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 64.

Stavenhagen, en su sexto informe anual⁴ en 2007 (Doc. ONU A/HRC/4/32), que se produce entre “los compromisos internacionales asumidos por los gobiernos mediante la ratificación de instrumentos de derechos humanos (generalmente amplios), las normas constitucionales adoptadas en los pasados quince años (siempre insuficientes), la reforma y desarrollo de las legislaciones que tornen efectivos y reclamables los derechos (muy limitados) y, por supuesto, las modificaciones en las instituciones, el incremento de los recursos y los cambios en la cultura de los agentes a cargo del cumplimiento de la ley (casi inexistentes)”⁵.

No hay que olvidar que en los pueblos indígenas hay un alto grado de analfabetismo y de monolingüismo, esto es, el carácter vehicular de la lengua indígena, que es la única que conocen y con la única que pueden comunicarse. Estas dos condiciones demandan que la jurisdicción indígena deba ser contemplada fuera del ámbito de las jurisdicciones especiales de las sociedades avanzadas y de los argumentos esgrimidos contra su permanencia por oponerse al principio de igualdad ante la ley y la jurisdicción y otros principios del Estado de Derecho. La defensa de la jurisdicción indígena nada tiene que ver, por otro lado, con el tema de las jurisdicciones especiales presentes en los sistemas políticos autoritarios y dictatoriales.

La jurisdicción –o justicia, como otros prefieren decir- estatal adolece de gruesos obstáculos y no está a la altura de las reivindicaciones de los pueblos indígenas. Un primer obstáculo es la imposibilidad del reclamo a los derechos indígenas reconocidos en las constituciones por falta de desarrollo normativo. Son derechos en el limbo jurídico. Derechos faltos de titularidad en el ejercicio. Derechos no justiciables, porque no se puede acudir a los tribunales con la exigencia de una satisfacción por su vulneración.

Las constituciones y las leyes contienen algunos derechos exigidos históricamente por los pueblos indígenas: derecho al territorio, a utilizar su propia lengua, sus propias medicinas tradicionales, a la propiedad intelectual y el patrimonio, a un desarrollo propio, a ser consultados por el gobierno en asuntos que les afecta, etc., pero el hecho real es que estos derechos por falta de regulación y procedimientos no son exigibles y justiciables.

Un segundo obstáculo es el carácter colectivo del comportamiento indígena y de la percepción de sus derechos y obligaciones, en tanto la legitimación procesal y el procedimiento procesal estatales presentan un carácter individualista. Más aún,

⁴ Los informes anuales se pueden consultar en la página web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, www.ohchr.org/SP/Pages/WelcomePage.aspx.

⁵ Diego Iturralde, ob. cit., 2008, p. 67.

buena parte de las reclamaciones indígenas son hechas por colectividades que no siempre cuentan con personas y aprendizajes que les permitan convertirlas en demandas y comparecer en juicio. Una imposibilidad para acudir a los tribunales estatales y conseguir la satisfacción de sus derechos vulnerados.

Un tercer obstáculo es la falta de inmediatez de la resolución de conflictos y aplicación de las normas en el derecho estatal. Demandan los indígenas la proximidad de los mecanismos destinados a la solución de conflictos, ya sean del sistema jurídico estatal o del derecho indígena. Los indígenas no están acostumbrados a un medio de resolución de conflictos, que les exige largas caminatas hasta acceder al juez estatal. Tampoco a un proceso lento y con varias instancias. Ellos, por el contrario, consideran que la inmediatez es un requisito de la jurisdicción (que también lo es en el derecho de nuestra cultura, aunque no se practica). Inmediatez entendida en el espacio y en el tiempo. Cercanía del órgano que resuelve el conflicto y resolución en poco tiempo.

Un cuarto obstáculo, derivado de la falta del desarrollo legislativo y reglamentario de los derechos indígenas, es la incertidumbre e inseguridad que esta situación crea y la tensión que se genera en las comunidades, especialmente en los casos frecuentes de colisión de los jueces estatales y el órgano jurisdiccional indígena que es frecuentemente la asamblea de la comunidad.

Esta serie de obstáculos explica que los expertos aconsejen la doble vía de la jurisdicción estatal y la jurisdicción indígena. Una vía intermedia que se está llevando a cabo es que los pueblos indígenas presentan sus reclamaciones como quejas de derechos humanos al procurador de derecho humanos o al defensor del pueblo para que éstos puedan hacerlas objeto de sus peticiones ante las autoridades estatales.

Y así, Diego Iturralde, entre otros, piensa que para dar solución a esta situación (ampliar el acceso de los indígenas a la justicia) se debe lograr lo siguiente: a) un mecanismo que asegure el mejor acceso a la justicia nacional, b) reconocer una justicia propia del pueblo indígena, que pueda ser ejercida por sus autoridades comunitarias y locales, c) fomentar mecanismos de resolución alternativa de conflictos. Y en lo que respecta a la justicia indígena **asegura que "la solución de los asuntos relativos a los derechos y las justicias indígenas... tiene requisitos constitucionales que son previos,** como el pleno reconocimiento de la naturaleza pública de las entidades indígenas, las competencias de sus autoridades, un régimen territorial suficientemente amplio y claramente delimitado y un catálogo de derechos específicos que dote de legalidad y enmarque los alcances de sus costumbres, todo lo cual resulta

constitutivo de un régimen de autonomías, que está muy lejos de ser admitido por ahora”⁶.

Considero que se debe reconocer una esfera de jurisdicción propia de los pueblos indígenas, y para ello es necesaria la reforma del ordenamiento jurídico estatal, el reconocimiento del derecho indígena y la inserción dentro de este derecho no solo de un sistema de normas propias sino de una jurisdicción propia.

El problema de la jurisdicción indígena es que no es aceptada como tal por el legislador estatal, que pone cuñas y limitaciones a una jurisdicción plena y libre de condicionamientos, como se observa en las mediaciones impuestas en los procedimientos: intervención de jueces o peritos estatales, tipos de delitos excluidos de la jurisdicción indígena, aceptación de las partes del proceso de la jurisdicción indígena exclusiva, pertenencia de la partes a la misma comunidad, respeto a los principios básicos del proceso estatal, rechazo de la asamblea como órgano de justicia, etc. La jurisdicción indígena es contemplada desde el Estado como una jurisdicción menor, complementaria y dependiente de la superior jurisdicción del Estado.⁷

2. LOS CARACTERES DEL DERECHO INDÍGENA EN AMÉRICA LATINA.

Resumo las cualidades del derecho indígena, que considero más significativas, resaltando sus diferencias con el derecho estatal:

2.1. Es un derecho de sentido colectivista.

La Carta de las Naciones Unidas no establece una distinción entre los derechos individuales y los derechos colectivos. En declaraciones y convenios posteriores se hablan de unos y de otros, pero no llegan a diferenciarlos expresamente. Esto ha originado que Naciones Unidas se enfrente con la cuestión de esclarecer sus compatibilidades, que hasta el momento no ha llegado a buen puerto.

Los derechos indígenas son normas de la comunidad⁸ y no del individuo como tal. Los derechos liberales occidentales son normas

⁶ Idem, p.66.

⁷ Es frecuente la exigencia de estas mediaciones además de los principios de territorialización –delito dentro de una comunidad indígena- personalización -todas las partes pertenecientes a la misma comunidad- y consensual –aceptación de todas las partes de la jurisdicción indígena y no la estatal-.

⁸ Algunos expertos latinoamericanos afirman que los derechos indígenas son derechos difusos, que tienen en ellos un significado equivalente a derechos colectivos. Pero el concepto de derechos difusos en la doctrina común europea no se corresponde con el significado que los indígenas dan al concepto de derechos colectivos. Un derecho difuso en esta doctrina es un derecho inconsistente respecto a la titularidad, la naturaleza, la protección. En cambio los derechos indígenas, tal

derivadas de la propia naturaleza de la persona y preexistentes a la creación de la comunidad. Aquí, la comunidad, ya sea social o estatal, es posterior a la existencia de estas normas cuyo entramado principal son los derechos de la persona. Los indígenas, en cambio, no tienen este sentido individualista y previo a la comunidad de las normas reguladoras de su convivencia, pues estas normas lo son de la comunidad y del individuo dentro y en cuanto forman parte de la comunidad.

No entra en la lógica de los derechos indígenas la lógica individualista liberal. Pongamos algunos ejemplos. El trabajo familiar para la comunidad no responde al trabajo individual y su individual retribución. La concepción global y personal de la propiedad de la tierra y sus productos (en un todo persona y tierra) no responde al derecho individual de la propiedad y su adscrito derecho de enajenación; un indígena no puede vender la tierra, porque ésta forma parte de sí mismo. El esquilamiento del entorno natural tan frecuente en Occidente no responde al sagrado respeto de los indígenas hacia el medio natural donde viven y que los mantienen.

Prácticamente todos los estudiosos coinciden en destacar este carácter colectivista del derecho indígena. Palacios Romero⁹ se ha referido a ello defendiendo a los derechos colectivos indígenas de la consabida crítica liberal, que los considera redundantes e innecesarios y un riesgo para los derechos individuales, además de ser un concepto con falta de una adecuada elaboración. Son tres puntos críticos tradicionalmente achacados por los liberales occidentales contra los derechos sociales enfrentados a los derechos individuales. La particularidad de los derechos indígenas es que remarcan el carácter no individualista de los derechos sociales o colectivos, y hacen más visibles el contraste de las dos clases de derechos. Pero la prevalencia del carácter colectivista de los derechos indígenas no quiere decir que en el seno de sus comunidades sólo existan derechos colectivos.¹⁰

como los conciben las comunidades indígenas, son derechos vivos, concretos, aplicados y protegidos en su entorno.

⁹ Luis Palacios Romero, "Materiales para la legitimación del reconocimiento constitucional del derecho indígena", en el vol. col. *Pluralismo jurídico y derechos indígenas*, coord. Por José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes, UNAM, México, 2005, pp. 248-249.

¹⁰ Cuando hablamos de los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros nos encontramos con tres tipos de titularidad. Daniel Oliva y Diego Blázquez hablan de tres clases de titularidad de derechos indígenas: a) *titularidad individual genérica* relacionada con los derechos de las personas indígenas en tanto miembros de una comunidad etnocultural diferenciada, b) *titularidad individual específica*, que nos remite a los derechos específicos por ser mujer, niño, anciano o con discapacidad, que por encontrarse en una situación más vulnerable necesitan de unos derechos específicos, c) *titularidad colectiva* referida a los derechos de

2.1.1. *El debate de los derechos colectivos: ¿derechos individuales o colectivos?*

En la cultura occidental ha habido un intenso debate sobre los derechos sociales y su conexión con los derechos individuales. No viene al caso citar aquí la prolífica literatura jurídica existente, que nos llevaría lejos de los límites de esta tesis. Pues el tema que ahora me ocupa es el de los ***derechos colectivos en el contexto de América latina y dentro de las comunidades indígenas***. Resumo, no obstante, el debate de los liberales occidentales en contra de los derechos sociales, es decir, derechos concedidos a colectivos sociales y no a los individuos que lo forman, para a continuación entrar en materia, es decir, los derechos colectivos tal como son percibidos por los indígenas.

Una primera crítica liberal consiste en que ***estos derechos suponen una merma para la universalidad de los derechos y el principio de igualdad de las personas ante la ley***, ya que estos derechos engendran un estatus excepcional y especial de determinados colectivos, que pueden quedar cubiertos por la universalidad de los derechos.

Se ha dicho que pedir el reconocimiento de derechos diferentes a los derechos individuales representados en los textos internacionales y constitucionales de los Estados comporta cuestionar el principio de universalidad y crear regímenes de excepción y derechos especiales. Para que los pueblos indígenas puedan disfrutar de sus derechos individuales no es necesario el reconocimiento de sus derechos colectivos.

Sin embargo, ante los que defienden que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas atenta contra la igualdad de las personas, hay que decir que el principio de igualdad no se concreta en la igualdad matemática, sino en el tratamiento igual a lo que es igual y diferente a lo que es desigual, si bien con criterios de razonabilidad. La igualdad, que garantiza el Derecho, no supone que todos tengan los mismos derechos en cualquier circunstancia, ya que esa idea de la igualdad nos lleva al ideal igualitario absoluto, que no es justificable. La igualdad jurídica implica que no se puede tomar en consideración diferencias que no aparezcan en el ordenamiento jurídico, sino las diferencias aceptadas por él. La igualdad no puede oponerse a la justicia que puede exigir un tratamiento diferenciado de las personas o los colectivos sociales.

colectivos como tales. Véase Daniel Oliva Martínez y Diego Blázquez Martín, ***Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural***, Publicacions Universitat de València, Tirant lo Blanc, Valencia, 2007, passim.

Hay supuestos, en los que se justifica el tratamiento de favor por encima de la generalidad a determinados colectivos, que han atravesado por unas circunstancias graves de deterioro y precariedad con el objeto de que su estatus se aproxime a la situación ordinaria de los nacionales del Estado. Es lo que se conoce con el nombre de discriminación inversa, que se justifica en el caso de las minorías indígenas. Si se da esa situación de precariedad, si el propósito es la igualación con los nacionales, si las minorías por sí mismas no están en condiciones de salir de su situación, se justifica en mi opinión la práctica del tratamiento favorable. Es el caso de los pueblos indígenas en general.

La segunda crítica liberal se refiere a **la inexistencia de los mismos derechos colectivos**. Los derechos son de los individuos que forman el colectivo, no del colectivo como tal.

Pero existen derechos colectivos, de la comunidad, y no simplemente de las personas que la constituyen. Y esto, que se puede predicar del derecho de los Estados de la cultura occidental, con mayor razón se puede extender a los pueblos indígenas, que han practicado y practican formas de organización social y política distintas, y poseen una cultura diferente, en la que el titular de los derechos es la comunidad y no los individuos que la componen.

La tercera crítica liberal es más directa: **los derechos colectivos son innecesarios y redundantes**.

Los autores, que defienden los derechos individuales con carácter exclusivo, no aceptan los derechos colectivos señalando que son redundantes, inútiles e incluso que podrían ser perversos y provocar consecuencias nefastas desde el punto de vista moral. Es suficiente el reconocimiento individual del derecho, que ha sido una conquista del Estado de Derecho, en cuyas constituciones se expresa que todos son titulares de derechos. Son los individuos los titulares de derechos y no las colectividades que forman, por lo que es redundante e innecesario establecer derechos colectivos.

Sin embargo, el reconocimiento específico de los derechos para los pueblos indígenas es un elemento necesario de su eficacia. Eficacia que no se alcanzaría sin este reconocimiento. El universal derecho a la caza y a la pesca de tantas leyes de América Latina no sería eficaz en el caso de las comunidades indígenas, si no se establece por ley unas zonas acotadas para la caza y pesca de estas comunidades (caza y pesca que constituyen su tradicional forma de ganarse la vida).

2.1.2. El debate sobre los derechos colectivos en el ámbito indígena de América Latina.

Se ha tratado hasta la saciedad el debate derechos individuales-derechos colectivos en Europa desde el momento que aparecen en los textos constitucionales los derechos sociales por obra de la configuración del Estado social. No voy a referirme a este debate con intensidad, porque sería insistir más en lo ya dicho y reflexionado. Pero en cambio me parece de gran interés situar la polémica en América Latina, donde el debate no solamente es muy vivo sino que además presenta peculiaridades ausentes en la doctrina europea. El lector versado en la materia podrá comprobar que hay argumentos favorables a los derechos colectivos en el ámbito de mi tesis, que no están presentes en la doctrina europea.

Veamos las razones de quienes son partidarios de los derechos colectivos.

Una primera razón es **el ejercicio necesariamente colectivo de algunos derechos**. Derechos inconcebibles desde un ejercicio individual.

Sólo un grupo puede ser portador de estos derechos. Para que algunos derechos puedan ser ejercidos, a veces, se hace necesario que se puedan practicar en el seno de la colectividad, es decir, que el grupo en su totalidad lo pueda ejercer. Son, por ejemplo, el derecho a la paz, al desarrollo, al buen medioambiente. Los derechos colectivos son indispensables para que se puedan ejercer los derechos individuales, y así un indígena no podrá gozar de su derecho a la identidad cultural si toda su comunidad no puede ejercerlo también.

Una segunda razón consiste en que **el daño colectivo de una comunidad afirma el carácter colectivo del derecho**.

Luis Villoro incide en que sólo cuando se siente el daño ocasionado por la ausencia de un derecho se produce la necesidad de demandar su protección. **Por lo tanto, no es extraño que "la exigencia de un derecho que satisfaga la necesidad de autonomía de los pueblos sólo se presente en el momento en que se generaliza la percepción del daño sufrido por la dominación de los países colonizadores."**¹¹ Así se puede explicar cómo aparece la figura **jurídica nueva como es "el derecho de los pueblos", surgida a raíz de la percepción generalizada de agravios soportados por los pueblos colonizados**. Se trata de un daño colectivo que produce la necesidad de reivindicar estos derechos colectivos ausentes. Los indígenas

¹¹ Luis Villoro, ob., cit., 2002, p. 210.

llevan sufriendo en el seno de sus propios países una situación de permanente daño, que les encierra más en una lucha común de defensa de sus derechos que sienten como derechos colectivos.

El daño como colectividad de las comunidades indígenas puede sentirse no sólo en la misma discriminación, cuando a un pueblo se le niega el derecho a su autonomía, sino también cuando se les impone una cultura ajena, y se les niega la pertenencia a su cultura, cuando se les obliga a ser iguales a la mayoría, y se les obliga a apartarse de lo que son y a dejar de ser diferentes.

La tercera razón es ***la identidad y pertenencia cultural, que hace que los indígenas se sientan ante todo como miembros de la comunidad***, y desde ahí la visión de los derechos como derechos de la comunidad a la que pertenecen.

Los derechos humanos individuales, que se aclamaban en el siglo XVIII, preservaban la libertad y la dignidad de la persona. La persona ante todo. El hombre es libre para elegir y realizar su propia vida. Los derechos individuales de las constituciones modernas se basan en este principio, que es la libertad.

Pero debemos tener en cuenta un hecho, que se pasó por alto en aquellos momentos, y es que la persona no es un ser abstracto sino que se encuentra sumergida en un contexto sociocultural indisoluble con su misma identidad como persona. La persona pertenece a su cultura, elige su vida conforme a sus valores. La cultura es común para todas las personas pertenecientes a un pueblo, **y es dentro de éste donde puede hacer uso de su libertad.** “La realización de la libertad individual tiene pues una condición: el respeto a la pertenencia del individuo a una comunidad de cultura, es decir a un pueblo”¹².

La cuarta razón es que ***los derechos colectivos se convierten en presupuestos para la eficacia de los derechos individuales.***

En una idea persistente en las comunidades indígenas, en las que algunos derechos colectivos son proclamados como derechos necesarios para el ejercicio del resto de los derechos. Los derechos a la cultura, a la autodeterminación y al territorio son planteados como **presupuestos de los demás derechos.** “El derecho de los pueblos a su autodeterminación sin imposiciones ajenas es pues una condición del ejercicio de los derechos humanos individuales”¹³. “El derecho de los pueblos es pues un derecho fundamental, no por añadirse a los

¹² Idem, p. 221

¹³ Idem, p. 223

derechos individuales, sino justo por lo contrario; por garantizar su **realización**"¹⁴.

La quinta razón es **la compatibilidad entre los derechos colectivos y los derechos individuales**.

No debe existir un derecho colectivo que contravenga un derecho individual. Las personas son sujetos, que pertenecen a una cultura, a un entorno social y cultural, y son los portadores de la dignidad humana y de la libertad, dentro de ese contexto, de esa unidad mayor de la que forman parte, y de la que su misma subsistencia depende. Pero también son sujetos individuales titulares de derechos fundamentales, que la comunidad debe respetar.

Los indígenas no ven que los derechos de los pueblos sean un riesgo para los derechos individuales, pues en realidad no separan unos de otros. Conciben que los derechos colectivos, los que denominan derechos de los pueblos, son derechos que hacen posibles **sus derechos como personas**. "La promulgación del derecho de los pueblos a su autodeterminación –dice Luis Villoro- no se opone, por tanto, a la protección de las libertades individuales. Por el contrario (...) es una condición para garantizar su cumplimiento"¹⁵.

En opinión de Daniel Oliva y Diego Blázquez, refiriéndose a los pueblos indígenas, los derechos individuales y los derechos colectivos no se niegan o se oponen, sino que se interrelacionan y **consolidan mutuamente**. Consideran que "se constituye lo individual a partir de lo social y lo social a partir de lo individual" ya que el hombre no es sólo individualidad, sino que también es socialidad. Por lo tanto "ambos tipos de derechos son garantía de la dignidad, la autonomía y el libre desarrollo de las personas de origen indígena, por lo que merecen similar atención en los instrumentos internacionales existentes o en discusión, y no permiten sobreposiciones reduccionistas o acrílicas que no tengan en cuenta la bidimensionalidad, personal y comunitaria, de la realidad humana, que por excelencia es la realidad cultural, donde lo individual y lo colectivo, lo uno y lo múltiple, el yo y el nosotros, como elementos estructurantes, se entremezclan, se refuerzan, se retroalimentan y en definitiva se conforman y se hacen posibles el uno al otro, favoreciendo así la libertad y la auténtica autonomía del ser humano, como ser socializado en marcos igualitarios preservadores de la **diversidad**"¹⁶.

¹⁴ Idem, p. 223

¹⁵ Idem, p. 225

¹⁶ Daniel Oliva Martínez y Diego Blázquez Martín, ob. cit., 2007, p. 217.

También señalan límites a los derechos de los pueblos indígenas, límites que jamás deben ser superados, precisamente para proteger los derechos fundamentales, que es el estándar mínimo del **Derecho Internacional. Esto es, defienden “una complementariedad condicionada** entre los derechos humanos individuales básicos internacionalmente reconocidos y los derechos colectivos indígenas, y la condición precisamente tiene que ver con la primacía, llegado el **conflicto, de los primeros sobre los segundos”¹⁷**.

Esta complementariedad de los derechos colectivos indígenas dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales ha sido recogida en declaraciones, pactos y convenios del Derecho Internacional y refrendada por la jurisprudencia internacional y regional. En la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una **de sus sentencias se lee: “La invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado “relativismo” cultural”¹⁸**.

La sexta razón es ***la conservación de la cultura indígena desde la defensa colectiva de la misma.***

Este argumento está muy presente en el mundo indígena y en los escritos de sus valedores. Una cultura siempre en peligro, marginada, desconocida cuando no directamente reprimida por el Estado y sus aparatos de hostigamiento no puede mantenerse sin el concurso del derecho de resistencia como un derecho de la colectividad.

Es cierto que en algunos casos no se produce discriminación por pertenecer a un pueblo determinado. No salta a la luz la exigencia de los derechos de los pueblos, y basta tan sólo con el respeto a los derechos de los individuos. Pero sí que cobra una importancia vital cuando los pueblos, que sufren opresión, ven en peligro su propia existencia. Para que un pueblo pueda mantener su cultura necesita de formas políticas y sociales que propicien su protección y desarrollo. El pueblo debe mantener su cultura sin imposiciones ajenas. Él es quien tiene la facultad de decidir la forma de vida más propicia para preservar su cultura.

¹⁷ Idem, p. 220.

¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia en el Caso de la Comunidad Indígena Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua, 31 de agosto de 2001.

2.2. Es un derecho alternativo en relación con el derecho del Estado.

Bien entendido que esta alternancia debe ser contemplada más como alternancia complementaria que como alternancia de oposición y lucha para acabar con el derecho del Estado y poner en su lugar el derecho indígena. El derecho indígena no aspira a otra cosa que al respeto del derecho del Estado y sus autoridades para que le dejen en paz en su escaso ámbito de aplicación.

No debe entenderse el derecho alternativo indígena como derecho revolucionario clásico, un derecho que pretende acabar con el derecho del Estado para ponerse en su lugar. El derecho indígena es alternativo en la medida que quiere ser alternancia al derecho estatal dentro del territorio de las comunidades indígenas, hasta las que alcanza la validez territorial de derecho del Estado. Derecho alternativo como derecho límite a la validez territorial del derecho estatal.

2.3. Es un derecho marcadamente consuetudinario y oral, aunque no todas sus normas tienen este carácter.

Los indígenas conocen su derecho, transmitido generacionalmente, aunque no esté codificado, es decir, formulado en expresión escrita. De todas maneras, el proceso de codificación parcialmente ya se ha iniciado, y contamos con algunos códigos de normas indígenas. Pero es poca cosa frente a la titánica tarea, que supondría codificar la totalidad de las normas indígenas. Con el problema de que la codificación iría por detrás del cambio de estas normas.

Este proceso de codificación, no obstante su alcance muy limitado, está provocando opiniones variadas en la doctrina: unas a favor y otras en contra. Las críticas más extendidas alegan que la codificación cosifica un derecho evolutivo como el indígena, y que este derecho es tan diverso que sería inalcanzable la codificación. La virtud de la codificación más señalada es que aumentaría el conocimiento del derecho indígena, siendo además un acicate para su propagación, con lo que se convierte en un seguro contra su desaparición debido a la insuficiencia de la transmisión oral y a la deformación, que produce en las señas propias del derecho.

Considero que la escrituración del derecho indígena reportaría más ventajas que inconvenientes. Una relación de las principales ventajas sería la siguiente: a) la escrituración facilita el conocimiento del mismo, pues la formalización escrita del derecho llega más allá de la simple oralización del mismo, b) la escrituración asegura la veracidad en la transmisión del derecho, que lógicamente sufriría

deformaciones al ser transmitido oralmente de generaciones a generaciones, c) la escrituración permite la exigibilidad del derecho, ya que se han arbitrado las vías para su fácil accesibilidad y conocimiento; se presume que el derecho es conocido por todos y nadie puede alegar desconocimiento para incumplirlo; es evidente que su formalización ayuda a su conocimiento y propagación entre los obligados a su observancia, y justifica en mayor medida la exigencia de su cumplimiento¹⁹.

La escrituración debería afectar al menos a las normas y derechos más sustantivos del derecho indígena, porque de esta manera obtendría una mayor protección que difícilmente puede conseguir con la mera transmisión oral. También debería incluir las sentencias más significativas, es decir, el sentido de la resolución de los conflictos de derecho más relevantes.

2.4. Es un derecho evolutivo.

Esto quiere decir que no es un derecho cosificado, dado de una vez, inalterable en el tiempo, como muchos creen. Es un alegato producto de la ignorancia de los críticos del derecho indígena, al que denuncian por su arcaísmo contrario a las necesidades de los nuevos tiempos. Por el contrario, el derecho indígena evoluciona en un doble sentido. Primero, porque nuevas normas sociales vienen a incorporarse a él con el discurrir de los tiempos y las necesidades. Segundo, porque las mismas normas cambian con el tiempo. El derecho indígena está formado por costumbres, normas e instituciones, que evolucionan, nacen, cambian y desaparecen. La diferencia con el derecho estatal reside en que carecen de un acto de promulgación y un acto de derogación, que indiquen expresamente cuándo las normas del derecho indígena comienzan a estar vigentes y cuándo pierden su eficacia al ser derogadas. Pero incluso el derecho del Estado contiene normas que se parecen a las normas del derecho indígena: las costumbres jurídicas que aparecen y desaparecen sin la concurrencia de un acto concreto de promulgación o derogación, sino por la práctica de las mismas por la sociedad o el abandono y desuso.

2.5. Es un derecho concatenado.

Los derechos indígenas no son derechos separados en compartimentos estancos. Son derechos entrelazados en una red donde unos presuponen la existencia y eficacia de otros. Son derechos *concatenados*. Marco Aparicio Wilhelmi realiza una interesante correlación de los derechos indígenas, pues unos implican

¹⁹ Subrayo la coincidencia de estas ventajas con las esgrimidas en relación con el derecho positivado en general por R. Soriano, *Compendio de Teoría General del Derecho*, Ariel, Barcelona, pp. 78-80.

a otros. El derecho al etnodesarrollo –argumenta- es una derivación del derecho a la cultura y al territorio, y el derecho a la determinación es una derivación del derecho al etnodesarrollo; el derecho a la determinación, por su parte, es un derecho global del que dependen otros derechos²⁰.

La concatenación obedece a la necesidad de adaptarse el derecho indígena al significado y lenguaje de las normas del Estado. En los últimos años las constituciones latinoamericanas han sido reformadas, y esto nos permite ver cómo las reivindicaciones de los pueblos indígenas están ganando un espacio en la esfera jurídica poco a poco.

Los derechos que reivindican están en continua evolución en gran medida, porque los pueblos indígenas se han tenido que ir adaptando a un lenguaje jurídico, que no les es propio, y que además ha sido un instrumento para oprimirlos durante siglos.

Las demandas de los pueblos indígenas han ido evolucionando según cambiaban los términos de la relación con el Estado o el escenario de dicha relación. En un primer momento se demandaba el derecho a la tierra, que evolucionó a la demanda por el derecho al territorio, posteriormente al derecho al etnodesarrollo, desembocando finalmente en la reivindicación de la libre determinación. Dicha metamorfosis, como indica Marco Aparicio Wilhelmi, **“se explica por la necesidad que han tenido los pueblos indígenas de buscar en la terminología de la sociedad dominante aquellas nociones más útiles para la satisfacción de sus necesidades como pueblos”**. Es decir, **“se trata de un proceso de reacomodo constante de las posiciones y del lenguaje; un proceso teñido de fuertes dinámicas de retroalimentación, donde el tipo de reivindicaciones que se formulan depende de la fuerza política para sostenerlas y esta fuerza política, dado que depende de la consistencia que tengan los lazos internos, se conforma y se consolida en parte por el tipo de reivindicaciones planteadas”**²¹.

El salto de la tierra al territorio resultó determinante, “se habla de territorio o hábitat y no de tierra simplemente, para referirse al espacio necesario o, mejor dicho, el espacio propio en que cada pueblo pueda desarrollar libremente sus actividades económicas,

²⁰ Marco Aparicio Wilhelmi., “El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación”, en Mikel Berraondo (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Universidad de Deusto. Instituto de Derechos Humanos, Bilbao, 2006, p. 408.

²¹ Marco Aparicio Wilhelmi, “La construcción de la autonomía indígena: hacia el Estado intercultural como nueva forma de Estado” en *Pueblos indígenas y Política en América Latina*, Salvador Martí i Puig (coord.), Fundación CIDOB, Barcelona, 2007, p. 250.

sociales, políticas, religiosas o en general las que implique su propia **cultura**"²². El cambio de la demanda de la tierra por la demanda del territorio implicó superar el ámbito del derecho privado para llegar al derecho público.

Por otra parte, el concepto de etnodesarrollo amplía e incorpora el derecho al territorio como éste había ampliado e incorporado el derecho a la tierra. Y aún hay más. Como explica Marco Aparicio Wilhelmi, se puede expresar el término etnodesarrollo, ya que implica fortalecimiento de la capacidad autónoma de decisión y por consiguiente nos lleva de modo natural a la idea de **autodeterminación, puesto que "ésta lo que hace es referirse al marco jurídico-político en el que deben ubicarse los pueblos indígenas en su relación con el Estado para que se produzcan las condiciones que posibilitan realmente dar respuesta a todas las demandas referidas"**²³.

2.6. Es un derecho coherente.

El derecho indígena es un derecho sistemático, falto de la sistemática lógica de los derechos europeos tras la codificación, pero no por ello carentes de sistema y coherencia. No hay que olvidar que en la época colonial tampoco se caracterizaba el derecho del colonizador por su sistema, y menos aún el derecho de la Corona española para las Indias, el derecho indiano. Y es un sistema, porque podemos ver cómo existen relaciones entre sus componentes para llegar a una unidad y fin concreto. Afirma López Fuentes que **"cuando una autoridad indígena está a punto de decidir sobre algo** concerniente a su responsabilidad, toma en cuenta las opiniones y decisiones de la comunidad, recurre al criterio de los abuelos, se apoya en la sabiduría acumulada en la vida de la comunidad y, en su **caso, consulta a los espíritus expresados en la naturaleza"**²⁴. No es que las comunidades indígenas empleen esos elementos de una manera casual, como yuxtapuestos, sino ordenadamente reforzando la decisión justa del caso.

2.7. Es un derecho relevante.

Cuando se habla de "armonizar" el derecho indígena con las constituciones estatales, los Gobiernos se refieren a la jurisdicción indígena de delitos menores. No se atreven a emplear una terminología jurídica de mayor entidad. Mucho menos referirse al **derecho indígena como "sistema de derecho" o "sistema normativo". El derecho indígena es como "un derecho para andar por casa" y**

²² Idem, p. 252.

²³ Idem, p. 254.

²⁴ José Luis López Fuentes, *Los derechos de los pueblos indígenas*, Centro de Ediciones de la Diputación de España, Madrid, 2006, p. 65.

siempre en la casa de los indígenas. Un derecho para conflictos internos de escasa monta. Para los grandes conflictos está el superior derecho del Estado.

Por otra parte, la armonización no se hace normalmente en el ámbito constitucional, sino en la reglamentación administrativa. Se tendría, sin embargo, que concebir al derecho indígena como derecho contemplado en las constituciones estatales –como derecho constitucional, porque en las constituciones es tratado- para así verificar que el reconocimiento constitucional del Estado mexicano y otros Estados, como Estados pluriétnicos y pluriculturales, no es una mera fórmula retórica sin consecuencias. De esta manera se superaría el sentido folklórico del derecho indígenas y su relegación a **meras costumbres. Como dice Magdalena Gómez "el reconocimiento constitucional otorgaría validez jurídica a las decisiones comunitarias y estatus de derecho público. Quedaría así claro que la justicia indígena no es justicia entre particulares"**²⁵.

Se olvida que el derecho indígena es una instancia jurídica con más capacidad y competencias que una mera jurisdicción para la resolución de conflictos menores en el medio indígena, pues en este medio el derecho indígena resuelve conflictos de todo tipo y delitos de todo tipo –desde el pequeño hurto hasta el asesinato- como uno más de los múltiples sistemas de derecho, que integran a las culturas occidentales. Con el añadido de que los indígenas sienten como suyo el sistema jurídico indígena, en tanto en la cultura occidental hay una permanente crisis de la justicia, y sus aplicadores aparecen frecuentemente valorados en los últimos puestos de las encuestas de opinión.

Los indígenas defienden la relevancia de su derecho con varios argumentos. a) es un derecho preexistente al derecho estatal, y por lo tanto más valioso que él, debiendo el Estado asumirlo, b) por su condición de derecho preexistente el Estado solamente puede reconocerlo, pero no crearlo o darle existencia, porque este derecho indígena ya era antes de que fuera el Estado y sus nuevas normas, c) está constituido por derechos nativos y ancestrales de los primeros pobladores del territorio. Los principios del orden jurídico, que excluyan la diversidad, deben ser cuestionados, así como la discriminación que sufren los pueblos indígenas.

El derecho indígena no puede seguir concibiéndose como un derecho menor o un derecho subordinado. Se deben dejar atrás

²⁵ Magdalena Gómez, "Derecho indígena y constitucionalidad" en Krotz, Esteban (ed.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Anthropos y UAM, Barcelona, 2002, p. 259.

expresiones como "usos y costumbres", "costumbre jurídica" e incluso "derecho consuetudinario". Muy al contrario, para romper con estas expresiones y promover el reconocimiento de sistemas alternativos distintos al estatal, es conveniente emplear la expresión "pluralismo jurídico" o "pluralismo legal" y mejor aún "pluralismo de derechos".

Además, el derecho indígena contiene los apartados de un sistema jurídico ordinario, entre los que se encuentran:

- La presencia de normas de comportamiento y de apoyo: lo que denominamos en los manuales de teoría del derecho normas primarias y normas secundarias.
- Un sistema de sanciones, tanto negativas como positivas, pues conocen el derecho represivo y el derecho promocional.
- Los órganos con competencias expresas.
- Los procedimientos tasados con derecho de audiencia a las partes en conflicto.

Son normas recias y flexibles a un tiempo. Recias, porque permanecen contra todo tipo de argucias de los Estados para que desaparezcan. Flexibles, porque permiten resolver conflictos concretos a través de la adaptación de principios generales adquiridos con una gran experiencia a través de las generaciones y una gran habilidad para aplicarlas.

Existen numerosas voces que están en contra del derecho indígena, y alegan que se trata de un derecho rudimentario, escasamente racionalista, disperso. Un derecho en situación embrionaria, defectuoso y con lagunas, que no merece el título de derecho propiamente. Otros dicen que, para impartir justicia, se debe ser profesional de la ciencia jurídica, y a tal efecto no están capacitadas las autoridades indígenas. Olvidan unos y otros la crisis de la justicia, esto es, la crisis de la aplicación del derecho y los jueces que la aplican en la cultura occidental, y que en esta cultura pueden hacer leyes e incluso reformar la Constitución cualquier diputado sin ser profesional del derecho, ni disponer de tiempo necesario para el conocimiento y reflexión sobre las leyes que elaboran. Y olvidan que una importante institución de la justicia procesal occidental es el jurado, formado por personas legas en derecho, que asisten al juicio oral en los procesos penales, y emiten un veredicto de inocencia o culpabilidad.

2.8. Es un derecho valioso.

Los colonizadores primero, y los gobernantes de los Estados independientes de América Latina después, no supieron o no

quisieron ver los valores de todo tipo de la cultura de los pueblos indígenas, a la que rechazaron de plano. Los pueblos indígenas sufrieron la imposición de una política integracionista y asimilacionista, en tanto se ponían todos los medios para la destrucción de sus culturas tradicionales. Un etnocidio cultural en toda regla.

Daniel Oliva y Diego Blázquez opinan que los derechos de los pueblos indígenas están basados en el valor de la libertad, la igualdad **y la diversidad, y se conforman como "normas protectoras de la identidad cultural diferenciada que asegura la autonomía y dignidad cultural de las personas indígenas y que pueden así realizar aportaciones significativas al desarrollo compartido y la ética global [...] deben ser contemplados como instrumentos favorecedores del diálogo intercultural, la paz, la convivencia y la solidaridad internacional"**²⁶.

Hoy es común en los tratadistas destacar los valores de la cultura indígena presentados muchas veces en contraste con la cultura occidental u otras culturas.

Del entramado de estas cualidades podemos decir que el derecho indígena es un derecho de sentido colectivista, alternativo al derecho del Estado, marcadamente consuetudinario y oral, evolutivo, concatenado, sistemático, relevante y valioso. Son cualidades en las que suelen coincidir los tratadistas, pero hay diferencias en el significado y alcance que dispensan a las mismas. Unos recalcan unas características más que otras o declaran una forma peculiar de entender algunas de ellas. Sirva de muestra López Fuentes, que después de hacer un estudio de casos jurídicos indígenas llega a compendiar las notas de derecho indígena de esta manera:

- El derecho indígena es integral porque engloba a toda la comunidad.
- Está basado en la tradición cultural de la comunidad.
- No es sólo oral, pues las sentencias quedan registradas en actas.
- Es dinámico y versátil, adaptándose a la situación del momento, a la propia dinamicidad natural de la práctica comunitaria.
- Promueve la reinserción del individuo antes que el rechazo o castigo; las sentencias son negociadas buscando siempre la mejor manera para la reinserción en la comunidad.
- Promueve la armonía comunitaria, ya que la autoridad debe obedecer a lo que la comunidad establezca en la asamblea.

²⁶ Daniel Oliva Martínez y Diego Blázquez Martín, ob. cit., 2007, p. 220.

Por consiguiente el derecho indígena es un sistema jurídico tan **válido como el sistema jurídico del Estado**, "las formas de proceder de las autoridades, las normas controladas y producidas por las comunidades, las intervenciones de las Asambleas comunales y las soluciones a los conflictos de distinta índole son muestra de la **fortaleza y vitalidad del Derecho indígena**"²⁷.

3. LOS CARACTERES DEL DERECHO PENAL INDÍGENA. LA RELEVANCIA DEL SENTIDO COMUNITARIO Y LA MEDICACIÓN. CONTRASTES CON EL DERECHO ESTATAL.

Los indígenas valoran negativamente al derecho estatal y especialmente a su sistema penal. Para los pueblos indígenas el sistema jurídico estatal no vela por los intereses del acusado ni de la sociedad. Piensan que los órganos jurisdiccionales son lentos, costosos e ineficaces, y tutelan exclusivamente los intereses de los poderosos. Además, las sanciones estatales, que conllevan la privación de la libertad y el encarcelamiento, suponen un agravio para el sujeto, ya que se le aleja de la comunidad, y se le convierte en peor persona y socialmente desarraigada.

El derecho penal indígena es de carácter consuetudinario. El sistema jurídico occidental está basado en normas escritas, en cambio en el derecho indígena la costumbre se expresa oralmente generación tras generación y llegan a constituir normas. Las normas penales son creadas por la costumbre. Ésta es el producto de la sucesión de generaciones en el tiempo, siglos tras siglos, que han ido señalando las conductas reprobables socialmente y estableciendo para ellas determinadas sanciones.

Es un derecho a un tiempo tradicional e innovador, que no se identifica exclusivamente con el derecho tradicional y rígido de las comunidades, es decir, con el conjunto de usos y costumbres históricas de las comunidades indígenas, sino que es un derecho que innova y adapta a las necesidades de los nuevos tiempos; no es un derecho cosificado y petrificado en el pasado.

Ahora bien, la doctrina insiste en este sentido innovador concibiéndolo como un derecho en gestación permanente y no definitivamente concluso. Cubells Aguilar dice respecto al derecho indígena chiapaneco: "es muy criticable referirse al derecho consuetudinario indígena como "usos y costumbres" o "formas tradicionales."²⁸

²⁷ José Luís López Fuentes, ob. cit., 2006, p. 82.

²⁸ Cubells Aguilar, "Las juntas de buen gobierno zapatistas", en José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes (coord.), *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, UNAM, México, 2005, p. 41.

La costumbre es la fuente principal de los delitos y las penas en el derecho indígena basado en la transmisión oral de conocimientos y tradiciones, a diferencia de los procedimientos escritos propios de los sistemas jurídicos occidentales. En ocasiones las costumbres se condensan en textos escritos, una especie de codificación. La norma no procede del Parlamento de una democracia representativa sino de mecanismos asamblearios, donde todo el pueblo participa a través de procedimientos de democracia directa. Tampoco hay jueces de carrera, fiscales y abogados, al estilo de nuestra cultura.

Veamos los aspectos más destacados del derecho y la jurisdicción penal indígena.

3.1. Los principios del derecho penal indígena.

A pesar de las diferencias en el sistema de fuentes, el derecho penal indígena está provisto de principios jurídicos, que le aproximan al derecho occidental, como el principio de legalidad, el principio de seguridad jurídica y el principio de igualdad de todos los ciudadanos.

El principio de legalidad porque, aunque sea un derecho frecuentemente no escriturado, no obstante las normas y las penas que acompañan a su vulneración, transmitidas generacionalmente, son respetadas por las autoridades que a ellas se someten, de la misma manera que en el Estado de Derecho occidental los jueces se **someten a la ley. "No se prescinde por tanto, del principio de legalidad, sino que éste adquiere una dimensión muy distinta en el ámbito jurídico-penal de los pueblos tribales de Latinoamérica"**²⁹.

El principio de seguridad, porque en estas comunidades cada miembro conoce a la perfección lo que está prohibido y las consecuencias del incumplimiento de las normas. El principio de seguridad jurídica en países occidentales se consigue a través de la publicación de las leyes. En sociedades de millones de personas es el único medio posible. En comunidades indígenas el grupo es pequeño y las normas de convivencia, además de ser pocas, son conocidas por todos. Cada uno de los miembros del colectivo sabe lo que está prohibido y las consecuencias de una conducta ilícita.

El principio de igualdad de trato se consigue al aplicarse a todos por igual las normas y sanciones.

²⁹ Emiliano Borja Jiménez, "Derecho Indígena sancionador y derechos humanos" en Laura Giraudo (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 188.

Yo añado a estos principios jurídicos, que son los que normalmente se encuentra en la doctrina, **el principio democrático**, que a mi modo de ver acentúa aún más el principio de legalidad referido antes, porque si el derecho penal debe ser un producto y reflejo de los valores éticos sociales de una sociedad con mayor razón este principio se cumple mejor en el derecho indígena que en el derecho occidental, ya que el derecho penal indígena -el conjunto de sus normas y sanciones- es dictado directamente por la comunidad total reunida en asamblea, y no, como pasa en nuestra cultura, por un número determinado de representantes. Lo que significa que en el derecho indígena se cumple mejor que en el derecho occidental la identificación entre reprobación social y reprobación penal, que es uno de los ejes que debe sustentar al derecho penal de cualquier país y cultura.

3. 2. La prevalencia de la comunidad sobre el individuo.

El sentido comunitario impregna todo el derecho penal. Los intereses individuales se supeditan a los intereses de la colectividad. El individuo es lo que es, en tanto que es miembro de una determinada comunidad. Este sentido comunitario se manifiesta en la forma de entender ciertos conceptos y actuaciones, como la culpabilidad, la finalidad de la pena y la reinserción social.

A) El carácter social de la culpabilidad.

El principio de culpabilidad no se presenta en el derecho penal indígena exclusivamente como una culpabilidad individual. En cierta medida, también la comunidad -o al menos dentro de ella el grupo familiar del individuo- tiene parte de culpa y responsabilidad en la comisión de infracciones por un miembro **de la comunidad**. "El principio de personalidad -asegura Borja Jiménez- también cede (en ocasiones) ante la culpabilidad del grupo, del clan o del linaje paterno, pues al colectivo se le responsabiliza de la educación y de la **conducta del nativo**"³⁰.

B) La restauración de la paz social como finalidad de la pena.

El delito supone el peligro de la desintegración del grupo, y por ello, la consecuencia jurídica del delito, es decir, la pena, no busca el castigo sino principalmente la restauración de la paz social rota por el infractor. De ahí que la imposición de la pena no sea tan sólo una cuestión, que afecta al infractor, a la víctima y a su círculo familiar, sino a la comunidad en su totalidad entendida no como un ente abstracto, sino concreto, ya que el delito o la falta repercuten en cada uno de los miembros de la comunidad.

³⁰ Idem, p. 189.

Por ello, también las penas persiguen restaurar la paz social. En el derecho indígena mantener la paz y la buena convivencia del colectivo se presenta por encima, incluso, de intereses particulares. Las actuaciones, que en un derecho penal personalista como el de Occidente se interpretarían como privadas, en las comunidades indígenas tienen una consideración pública, ya que amenazan la convivencia y la paz social.

C) La reinserción social del infractor como finalidad de la pena.

Las sanciones de los pueblos indígenas buscan la confesión del acusado, que admita su error ante las autoridades indígenas, y así poder reintegrarlo a la comunidad. Como buscan la paz de la comunidad, y que el infractor quede en paz consigo mismo, rechazan fuertemente las penas en las que el condenado es privado de su libertad y excluido de su entorno social. Con la confesión ante la comunidad se busca que ésta vuelva a aceptar al sujeto y con ello, después de llevar a cabo su condena, se consigue su reinserción.

En los pueblos indígenas, en ocasiones, se priva de libertad al infractor en la casa comunal pero no suele durar más de 24 horas y en raras ocasiones llega a 7 días. Pero el objetivo no es la exclusión, sino que se persigue que el sujeto pueda meditar sobre su acción para que no la vuelva a cometer.

Una sanción habitual es el trabajo comunitario, con el que se pretende que el infractor comprenda que su acción es un atentado a la comunidad y la importancia de proteger los intereses de la comunidad. También y por la misma razón la compensación y el pago de la familia o del grupo de procedencia del infractor en favor de la víctima o su familia es muy común en las comunidades indígenas.

Incluso la pena de latigazos, que puede horrorizar en el mundo occidental, no es un castigo sin más, sino que cada latigazo viene acompañado de un consejo, así que el fin no es castigar, sino mejorar a la persona.

La sanción más severa no tiene nada que ver que lo integridad física o la libertad, como es propio de Occidente, sino que consiste en la expulsión de la comunidad. Sólo se produce cuando todas las demás penas no han tenido eficacia. Y se considera tan dura, porque **comporta "la muerte social del sujeto". Para un indígena el destierro supone borrar sus raíces. "Esta es la pena más dura –dice Borja Jiménez- , porque en ella no hay posibilidad alguna de rehabilitar al sujeto y de reintegrarle a su comunidad"**³¹.

³¹ Idem, p. 194.

3.3. La participación comunitaria y la mediación como instrumentos del proceso penal indígena.

En una buena parte de las comunidades los asuntos de interés general, como son los delitos que afectan a todos sus miembros, se resuelven en Asamblea.

El Jefe promueve la investigación, interroga a los testigos y al acusado, convoca a asamblea a la comunidad, dirige los debates y pone los medios para que la condena, de tener lugar, se pueda llevar **a cabo. Pero, como dice Borja Jiménez, “normalmente, la resolución sobre el juicio de culpabilidad o de inocencia corresponde a la comunidad reunida en asamblea”**³². El proceso común por delitos graves se divide en dos partes. La primera está dedicada a la investigación, dirigida por las autoridades del Consejo, y la segunda, a la presentación de las pruebas de la acusación y los alegatos de la defensa y se decide el veredicto, y si es de culpabilidad se determina, a continuación, la sanción.

El derecho penal indígena se basa principalmente en la mediación. Es por esto que la imposición de la pena surge de un proceso de negociación. Toda la comunidad se reúne en asamblea para establecer la culpabilidad o inocencia del sujeto y entre todos determinan su duración y forma de cumplimiento, siempre buscando restablecer el equilibrio y orden de la comunidad. En ocasiones, esta decisión se lleva a cabo entre la comunidad y el infractor formando éste parte del proceso de negociación. Como el objetivo es mantener la paz de la comunidad, se intenta que el sujeto esté de acuerdo con la sanción. En delitos, que no son muy graves, esta mediación se produce incluso antes de que se establezca la sanción, por medio de advertencias y amonestaciones, tanto públicas como privadas. También entre las distintas penas se escoge la que mejor pueda corresponder a la personalidad del infractor. Así que, como afirma **Borja Jiménez, “fundamental para la imposición de la pena suele ser el hecho de que el propio condenado esté de acuerdo con su imposición. Incluso algunas veces, el mismo reo puede solicitar que la sanción se cumpla bajo determinadas condiciones, que cuando son razonables suelen ser aceptadas por al comunidad”**³³.

³² Emiliano Borja Jiménez, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 165.

³³ Emiliano Borja Jiménez, ob. cit., 2008, p. 190.

3.4. La participación comunitaria y la mediación como medio de la fijación de las infracciones y sanciones del derecho penal indígena.

El derecho consuetudinario indígena no es estático, como a veces se proyecta erróneamente en la opinión pública, sino que en él se introducen nuevas normas o modifican las ya existentes y este dinamismo afecta también a las normas penales.

En los ordenamientos indígenas se castigan comportamientos ilícitos por ser dañinos individual o colectivamente, equiparables a los comportamientos de los ordenamientos occidentales. Dado que el derecho indígena suele tener problemas de reconocimiento jurídico estatal, y cuando es reconocido vive en una tensión constante con el derecho estatal por la necesidad de su compatibilidad con él, es frecuente en las comunidades indígenas que los delitos de mayor calado sean atendidos por la jurisdicción estatal y los delitos menores por la jurisdicción indígena. Es frecuente que en casos de robos, lesiones o apropiación de tierras se recurra a la jurisdicción indígena, pero en casos de muerte, violaciones o secuestros se acuda a las autoridades judiciales estatales. También existen comunidades, que juzgan absolutamente todos los casos, que tienen lugar en su territorio. Las conductas reprobables más comunes son la apropiación y venta ilícita de bienes comunales, los hurtos y robos, las lesiones y los delitos contra el honor. Los menos frecuentes son los delitos contra la libertad sexual y los homicidios.

Antes he indicado el trabajo comunitario, es decir, en favor de la comunidad (ya sea respecto a la comunidad como un todo, el grupo o la familia afectados por la acción del infractor) como una pena habitual que se aplica en el mundo indígena debido al sentido comunitario y social, que para ellos tiene tanto el delito como su reparación. Esta sanción es bastante coherente, ya que responde a la cosmovisión comunitaria de las comunidades indígenas. El condenado no pierde el contacto con la comunidad y su familia, y continúa participando en las tareas comunales, por lo que la reinserción se está produciendo desde que empieza su condena, y además esta especie de pago o compensación le permite ganarse otra vez el respeto de la comunidad.

La pena pecuniaria también es muy frecuente para lograr la indemnización de la víctima y la reparación del daño. Normalmente se lleva a cabo en casos menos graves, como injurias, daños, pequeños robos, lesiones de pequeña consideración, aunque hay comunidades en las que alcanza a los homicidios y asesinatos. Es frecuente la negociación entre el infractor y la víctima con mediación de la autoridad indígena.

Las penas corporales también son comunes en los sistemas jurídicos indígenas, pero principalmente por su carácter ritual y con la finalidad de la reinserción del infractor en la comunidad. Su fin principal no es infringir dolor, sino la limpieza espiritual del infractor, la purificación de su sangre y la expulsión de la fuerza, que lo llevó a perpetrar el mal. De esta manera se consigue la paz interior y la reconciliación con la comunidad.

En cambio, no se contempla en el derecho penal indígena la pena privativa de libertad. Como lo más importante es restaurar la paz en la comunidad, el objetivo de las penas es reinsertar al infractor en la sociedad. La cárcel es inaceptable para los indígenas, ya que consideran que se aleja al individuo de su familia y su comunidad. Además, genera en él fuertes sentimientos de rabia y venganza, que, al acabar la condena, se pueden traducir en enfrentamientos y conflictos. Por tanto, no se consigue con la privación de libertad y el encarcelamiento la paz social, valor fundamental para los pueblos indígenas.

La más grave sanción es la expulsión de la comunidad. Para los países occidentales las penas corporales, como los baños en agua fría, el ortigamiento o los latigazos, serían inhumanos y atroces, y en cambio la expulsión del individuo de la comunidad sería considerada una sanción bastante suave y más propia de delitos leves. Esto se debe a los valores de Occidente basados en la individualidad y los derechos fundamentales de la persona en cuyo ámbito la integridad física es intangible.³⁴ Pero en los pueblos indígenas la pertenencia a la propia cultura y a la comunidad está por encima de todo; de ahí que la expulsión de la comunidad se contemple como la peor de las penas imaginables. A esto se añaden las diferencias de las condiciones de vida y el entorno. Un occidental puede moverse con facilidad, salir de una comunidad para introducirse en otra distinta. No es el caso de los indígenas, cuya educación y proceso de sociabilidad desde la infancia les enseñan que no son nada fuera de su comunidad, como si la comunidad –para entendernos– fuera parte de su familia. La expulsión conlleva el olvido de quienes fueron su familia, su clan, su comunidad. No solamente es desterrado el infractor de su familia y su comunidad, sino que éstas le destierran de sus vidas y pensamiento. Ni siquiera puede, a veces, **pronunciarse su nombre: “El individuo no es nada, se considera como un ser vacío y sin alma, fuera de su clan y de su grupo étnico. De esta forma, la imposición de la sanción de expulsión supone declarar formalmente la muerte social del infractor, de tal modo que éste queda enterrado en el olvido, hasta tal punto que en algunas culturas está prohibido hasta pronunciar su**

³⁴ Así la Constitución española afirma en el art. 15: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos y degradantes”

nombre”³⁵. Desde esta perspectiva, borrar la existencia de un individuo es más monstruoso para el indígena que sufrir alguna sanción corporal. Por ello la expulsión de la comunidad es el peor hecho que le puede acontecer, y sólo se recurre a esta pena en casos excepcionales.

En los delitos más leves, como hurtos o daños, no suele enjuiciarse al sujeto la primera vez que los comete. Sólo tras una advertencia previa por la comunidad o la autoridad, será procesado. Un tratamiento procesal generoso equivalente al dispensado en nuestra cultura a quienes carecen de antecedentes penales a la hora de cometer un delito menor.

4. CONCLUSIONES.

Para el derecho indígena la comunidad es un sujeto relevante en la investigación procesal de los delitos y en la aplicación de la pena. Podríamos decir que ***la comunidad define las normas penales, declara la culpabilidad o inocencia, y la pena tiene el sentido de una reparación del daño producido a la comunidad.***

La comunidad histórica es la que dicta el derecho penal, por medio de costumbres y tradiciones, aunque la complejidad de la vida social y de los conflictos exige que en muchas ocasiones ante situaciones nuevas haya que aplicar normas nuevas. El derecho penal de las comunidades indígenas no es un derecho fijo e invariable, pues nuevas normas se incorporan a él conforme a las circunstancias y condiciones. La declaración de inocencia o culpabilidad es competencia en primera instancia de las asambleas, que a veces delega en jueces e incluso en el consejo de ancianos. Luego es evidente el sentido comunitario y colectivo de la declaración. Tanto el proceso como la pena aplicada se basa en la negociación y la conciliación de las partes afectadas, y teniendo como norte la reparación del daño prestando determinados servicios a la comunidad.³⁶

³⁵ Emiliano Borja Jiménez, ob. cit., 2008, p. 205.

³⁶ ***Paz con Democracia***, asociación surgida del conflicto de Chiapas, envió una misión de observación, formada por personas de gran prestigio social y talante independiente, a las comunidades indígenas zapatistas para elaborar un informe de la situación y un plantel de propuestas. El informe, tras numerosas entrevistas en **las comunidades, concluía en el apartado “Impartición de justicia” de esta manera: “Se prefiere casi siempre la reparación del daño, el trabajo comunal, el convencimiento y la reflexión sobre quienes mantienen conductas o realizan acciones no aprobadas por la comunidad...En los conflictos entre particulares operan la conciliación, la negociación entre las partes hasta llegar a un acuerdo satisfactorio para ellas”**
<http://www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/jbg.2.htm>, p. 2

Hay una frase corta de la Treceava Estela de la Revolución zapatista de Chiapas que expresa este sentido comunitario del **derecho penal indígena: "El responsable es castigado obligándolo a hacer colectivo y a reponerle a la comunidad lo que tomó indebidamente"**³⁷.

El subcomandante Marcos, jefe militar de la citada revolución, recalca el carácter retributivo y eficiente de la justicia indígena en **contraste con el derecho estatal mexicano. Pone un ejemplo claro: "si tú matas a una gente en una comunidad indígena, es casi seguro que la comunidad te aplique el castigo de trabajar para la viuda. Ésa es tu condena. La justicia de los mestizos te mete a la cárcel, con lo que deja dos viudas"**³⁸. Elocuentes palabras de Marcos cuando afirma que la justicia del Estado mexicano desampara a dos viudas, mientras que la indígena satisface al menos a una viuda ¿Qué es preferible?

Concluyendo, ¿qué podemos pensar acerca del derecho penal indígena? Muchos juzgarán que es inhumano y espantoso recurrir al castigo corporal, pero quizás no adviertan que se trata de un punto de vista etnocultural. Y probablemente no se haga la siguiente pregunta: ¿La privación de la libertad, que vemos tan aceptada en Occidente, no podría resultar aún más abominable para los indígenas que el castigo corporal siempre proporcionado y ritualista y con una finalidad de reinserción social? Que un individuo pierda su autonomía, su libertad, la exclusión de la sociedad durante años, ¿es más razonable y beneficioso para él? El indígena condenado a penas de privación de libertad llegará a la comunidad con sed de venganza, pues no se ha hecho nada para lograr su reinserción en la comunidad ni para ofrecerle paz interior. Para un indígena es más humano y rehabilitador la aplicación del derecho penal indígena, además de más beneficioso para él y su comunidad.

Por lo tanto, este derecho penal indígena es efectivo, ya que logra satisfactoriamente su fin, que no es otro que asegurar la convivencia y la paz de la comunidad. Tal vez logra este objetivo más eficientemente que el derecho penal de sociedades occidentales. Pienso, por lo tanto, que el derecho indígena es tan solvente, si no más, como el derecho de los países occidentales. Igual que en Occidente las normas del derecho indígena no podrían ser razonables y efectivas, en las comunidades indígenas no pueden ser razonables y efectivas las normas estatales de culturas ajenas.

³⁷ Subcomandante Marcos, *La Treceava Estela (5ª parte)*, México, 2003.
<http://www.nodo50.org/pchiapas/chiapas/documentos/calendas/chiapas2.htm>, p. 2.

³⁸ EZLN, *Chiapas: la palabra de los armados de verdad y fuego*, I, Ediciones de Serbal, Barcelona, 1994, p. 307.