

DIVERSIDAD CULTURAL Y SISTEMA PENAL: NECESIDAD DE UN ABORDAJE MULTIDISCIPLINARIO*

SILVINA RAMÍREZ**

I. Problemas que involucra el respeto a la diversidad

Cuando surge la necesidad de reflexionar seriamente acerca del respeto de las diferencias, y sobre las consecuencias prácticas que se derivan para el ordenamiento jurídico vigente; de considerar que coexisten, dentro de los límites de un mismo Estado, sistemas de regulación social claramente diversos, es insoslayable tener que abordar el tema desde distintas disciplinas, que puedan dar cuenta del fenómeno y a la vez orienten el mejor modo de plasmar una política criminal que contemple la igualdad ante la ley –paradójicamente– tolerando y respetando la diferencia.

- * Este artículo es el resultado del trabajo realizado en el Ministerio de Justicia de Bolivia, en el marco de un proyecto de coordinación de la justicia oficial y la justicia indígena, entre los años 1996 y 1998. A partir del mismo, un equipo interdisciplinario del que formé parte elaboró un anteproyecto de ley de justicia de los pueblos y comunidades indígenas y campesinas. Dicho anteproyecto fue presentado a las autoridades del Ministerio con la sugerencia de que se inicie un proceso de consulta –a nivel nacional– con las organizaciones indígenas y todos los potenciales afectados por esta propuesta normativa.
- ** Abogada y procuradora, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Doctora en derecho público de la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Subdirectora del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales, INECIP. Asesora de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación.

Para ello, plantear el problema presentando distintos enfoques significa nada menos que reconstruir en una visión holista fragmentos y distintas miradas desde múltiples campos del conocimiento. Y aún más, enfatizar que si no se procede de esta manera es muy posible que equivoquemos la perspectiva, dado que una disciplina orienta y da respuestas a la otra, a modo de una cadena en donde la pérdida de un eslabón constituye la pérdida de su existencia como tal.

Así, es imposible y distorsionado en sus contenidos pretender una comprensión cabal de la relevancia que representa el hecho de que la diversidad se traduzca en una legislación diferenciada, si no se contemplan las discusiones –filosófica/política, antropológica, sociológica, histórica y jurídica– suscitadas, teniendo presente que cada una es un presupuesto y un complemento de las restantes.

Consultora, entre otros, en el proyecto "Justicia tradicional" financiado por el Banco Mundial. También en el marco del convenio FO-AR entre los Estados argentino y guatemalteco, para trabajar en el Ministerio Público de Guatemala. Consultora internacional en el Ministerio de Justicia de la República de Bolivia, contratada por la corporación técnica alemana (GTZ) para trabajar en el proyecto de Reformas al Orden Jurídico Penal. Ha realizado varias publicaciones, entre ellas, "Las garantías del imputado en la indagatoria", "Discreción judicial", "Una mirada alternativa al concepto de control socio-penal".

Brevemente, y a riesgo de desdibujar la presentación de las diferentes discusiones, mencionaré estos debates, que sin lugar a duda llevan implícitos visiones del mundo encontradas, aunque no totalmente incompatibles. En el ámbito de la filosofía política la disputa, que alcanzó su auge contemporáneo en los años 80 entre los comunitaristas y los liberales, tiene como punto de partida la identificación de la unidad para el ejercicio de los derechos: la comunidad vs. el individuo¹. Lo que no es trivial, en la medida en que lo que se encuentra en juego es la justificación de la existencia de derechos colectivos; o si por el contrario, todo puede ser reducido a la existencia de derechos individuales, y si la defensa de las minorías puede articularse satisfactoriamente con su vigencia. De este modo, en el núcleo del debate la pregunta alrededor de la que se construyen las distintas teorías es cuál es el mejor modo de proteger a las minorías². Ciertamente, este debate tiene infinidad de matices, y más allá de que existen autores que se encuadran en uno u otro extremo, también existen aquéllos que intentar adoptar una postura intermedia, destacando las ventajas de seguir defendiendo desde una postura liberal el ejercicio de determinados derechos, pero sin dejar de des-

tacar la importancia que reviste para el individuo la membresía a un grupo étnico³.

No es el objetivo de este trabajo profundizar en esta discusión. Sólo pretendo llamar la atención sobre argumentos que constituyen el telón de fondo del diseño de determinadas instituciones, que adquirirán una dimensión importante cuando los procesos legislativos deban receptorlos. En cuanto a la perspectiva antropológica y sociológica, ambas se encuentran estrechamente vinculadas. No sólo porque la sociología jurídica y criminal se ha ocupado de la introyección de las normas culturales por parte de los individuos, sino porque también ha intentado zanjar junto con la visión antropológica, cómo se determina la condición de indígena y cómo se resuelve el problema de la identidad⁴. En otras palabras, deslindar cuándo un individuo puede identificarse como miembro de una etnia determinada, y a qué se le llamarán pautas culturales. Cómo se define la cultura, y cuáles son los componentes de un sistema de regulación social que adquiere características específicas que lo diferencian radicalmente de aquel en el que nos encontramos inmersos, y que denominaré "occidental"⁵.

1. Así, se pueden enrolar entre los defensores del comunitarismo a autores tales como Alasdair MacIntyre, Michael Sandel y Michael Walzer. Desde la perspectiva liberal, son teóricos destacables John Rawls, Ronald Dworkin, Jeremy Waldron y Ernesto Garzón Valdés. También vale la pena mencionar a Joseph Raz y a Will Kymlicka como aquellos que han intentado encontrar una vía intermedia entre las dos corrientes mencionadas.
2. Entiendo por "minorías" aquellos grupos de individuos que se encuentran en una mayor situación de vulnerabilidad y que carecen del suficiente poder para que sus demandas sean satisfechas. El término no se encuentra asociado con criterios cuantitativos, ya que las minorías pueden ser mayoría -cuantitativamente- y encontrarse en una posición de inferioridad en relación al resto de la sociedad.

3. Cfr. Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986; y del mismo autor, *Ethics in the Public Domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994. Además, Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship - a liberal theory of minority rights*, Clarendon Press, Oxford, 1995.
4. El problema de la identidad no es secundario, ya que de su clarificación depende a quién vamos a calificar como indígenas. Si es que está subordinado a la propia percepción del individuo, o si es preciso dejar lugar a los datos objetivos. Esta discusión no es pacífica entre los antropólogos. Cfr. Héctor Díaz-Polanco (comp.), *Etnia y nación en América Latina*, Consejo Nacional para la Cultura y las Artes, México, 1995.
5. Llamo occidental a la perspectiva no indígena, que contemporáneamente corresponde a la del mundo globalizado, que sin lugar a dudas es la predominante. Vale la pena aclarar que

Los antecedentes históricos no son menos destacables. Ensayar un análisis de las distintas actitudes que ha asumido el Estado en su relación con las poblaciones indígenas es también analizar el estatus que han asumido estos individuos y su mayor o menor importancia en la correlación de fuerzas establecidas. En la época colonial existía un modelo *segregacionista*, que consideraba a los indígenas como individuos de segunda categoría. Eran absolutamente excluidos, y ocupaban el lugar más bajo del estrato social. Con la independencia, e influidos por los ideales de la Revolución Francesa, se ingresó a un paradigma *asimilacionista*: todos eran iguales ante la ley, lo que se traducía en un trato desigual. Las diferencias eran ignoradas, y la igualdad esgrimida era sólo discursiva y formal. A partir de la segunda década del siglo XX, y con movimientos indígenas que empiezan a consolidarse, se produce el salto al siguiente modelo aplicado, el *integracionista*. Se reconoce la existencia de comunidades diversas, pero sólo por la necesidad económica de negociar, y porque estaba en discusión quiénes eran propietarios de la tierra. Se inicia así una suerte de reconocimiento de los derechos, pero absolutamente limitados, y sin admitir que el reconocimiento, para ser tal, debía ser más profundo⁶.

A partir de la elaboración de distintos instrumentos jurídicos internacionales, que superan la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas aprobada en 1948, y que alcanzan su máxima expresión en el Convenio 169 de la OIT, es que se produce un salto hacia la conformación de un verdadero *Estado pluralista*, que no pretende otra cosa que la

democratización del Estado y la sociedad, partiendo de la existencia de la pluralidad de lenguas, de la pluralidad de culturas, y por ende, de la existencia irrefutable de pluralismo jurídico.

II. Convenio 169 de la OIT: Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes. Reconocimiento constitucional de la diversidad. El caso de Bolivia.

Convenio 169 de la OIT

Antes de abordar el caso boliviano en lo que se refiere a reconocimiento constitucional y recepción de las normas específicas en el sistema jurídico sustantivo y adjetivo, es preciso mencionar el Convenio 169 de la OIT, adoptado en 1989, que sin lugar a dudas representa un avance significativo en el reconocimiento del derecho indígena.

Para ilustrar cabalmente su importancia, haré referencia a alguno de sus fundamentos:

"...Considerando que la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la eliminación de las normas anteriores;

Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión..."

De este modo, y ya en su introducción, anticipa la importancia del reconocimiento de derechos de los

existen miradas no indígenas que no corresponderían a la denominación "occidental", tales como las de otras minorías.

6. Cfr. Baquel Yrigoyen Fajardo, *Pluralismo y Sistema Nacional de Justicia*, Proyecto, Justicia y Multiculturalidad, elaborado para la Misión de Naciones Unidas para Guatemala, 1997.

pueblos indígenas, luego de diferentes modalidades que pusieron en práctica –históricamente– los Estados para convivir pacíficamente con las comunidades indígenas. El Convenio 169 de la OIT dispone de una amplia normativa con el fin de regular la convivencia armónica, sin soslayar la complejidad que presenta para un Estado asumir las particularidades del fenómeno de la multiculturalidad y la pluriétnicidad.

Este Convenio reconoce los métodos propios de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos humanos. Asimismo, no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario (art. 8) a los casos civiles, sino que expresamente formula que *"deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros"* (art. 9, inc. 1), con lo cual el Convenio 169 tampoco establece un límite material al derecho consuetudinario.

En cuanto a la competencia personal, el Convenio es explícito en lo que respecta a los casos penales, expresando que los métodos de los pueblos indígenas deberán respetarse en el caso de miembros de dichos pueblos. Deja el interrogante en relación a los no-indígenas que, estando dentro del territorio del pueblo indígena y teniendo un conflicto penal con un indígena, aceptasen someterse a dicha jurisdicción.

De acuerdo con lo expresado, el Convenio 169 establece claramente el alcance del reconocimiento, y a la fecha muchos de los Estados lo han ratificado (otros, como es el caso de Argentina, sólo lo han aprobado faltando aún el instrumento de ratificación), asumiendo compromisos internacionales, como es el caso de Bolivia.

Reconocimiento constitucional

El reconocimiento constitucional de las normas que posibilitan la construcción del Estado pluricultural, mencionado en el apartado anterior, ha iniciado un proceso de consolidación en las recientes reformas que han sufrido, en general, las constituciones latino-americanas.

Sin embargo, y más allá de las discusiones que ha originado esta nueva normativa, en el sentido de si sus disposiciones son programáticas u operativas, lo cierto es que marcan una clara tendencia a admitir dentro de un Estado determinado la existencia de derechos diferenciados de pueblos y comunidades indígenas y campesinas.

En este punto, es importante destacar que la incorporación a la normativa constitucional reconoce derechos preexistentes, lo que significa admitir que éstos ya se encontraban presentes con anterioridad a la conformación de los Estados modernos. El reconocimiento, de este modo, no es una concesión del Estado a las comunidades indígenas.

Ahora bien, en la *Constitución Política del Estado Boliviano*, su artículo 171 dispone:

"Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones."

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas, de las asociaciones y sindicatos campesinos"

Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, de conformidad con sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los Poderes del Estado".

Las interpretaciones de este artículo son diversas. Al menos es posible presentar dos diametralmente opuestas: la que sostiene que el límite al ejercicio de la jurisdicción indígena son los derechos fundamentales, y otra que argumenta que la valla que no puede atravesar la jurisdicción indígena es la Constitución y demás leyes del Estado. Sin embargo es posible aceptar que la más plausible, concordante con la nueva tendencia del derecho constitucional en materia de protección de minorías, es el pleno reconocimiento de sus formas de administrar justicia.

Si se adoptara la segunda interpretación propuesta, se llegaría al absurdo de vaciar la justicia indígena, desde el momento en que todas las materias estarían contenidas en leyes estatales. Por lo que más que la existencia de una jurisdicción independiente, se estaría dando origen a una jurisdicción subordinada, que entendería siempre y cuando el Estado no contemplara una disposición que solucionara en for-

Si se pretende alcanzar una sociedad democrática, en donde los intereses de las minorías sean reconocidos, puedan participar en la toma de decisiones y adquieran la doble calidad de indígenas y de ciudadanos de un Estado, es imprescindible admitir la existencia de pluralismo jurídico, que no atenta contra la unidad estatal y que no hace sino fortalecer y legitimar los mecanismos de administración de justicia

ma contraria el conflicto que se presenta. El reconocimiento de las pautas y costumbres que constituyen la razón de la existencia de una jurisdicción independiente se trivializaría por completo, quedando sólo para los casos menores que no revisitan importancia.

Pero vayamos por partes. La segunda interpretación mencionada se basa en los siguientes argumentos:

— La tradición constitucional boliviana, que tiene por sustento un proyecto de unidad nacional, no deja resquicios para el desarrollo de la diversidad. Si bien se reconoce 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.

En esta línea argumental, se considera que una consecuencia inevitable de luchar por el pleno reconocimiento de los derechos indígenas es el socavamiento de la unidad estatal.

— El Estado moderno 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.

- Existe un orden público establecido por las leyes del Estado que significa un límite para el accionar del derecho consuetudinario, por tanto de ninguna manera pueden admitirse las normas consuetudinarias o prácticas de los pueblos indígenas y campesinos que sean contrarias a las normas estatales de orden público.

Como contrapartida, el reconocimiento de una justicia paralela a la ordinaria es una postura fundada en las siguientes consideraciones:

- "El reconocimiento constitucional de la mayoría de los países del continente como naciones pluriétnicas y/o multiculturales significa indudablemente el fin del integracionismo como política del Estado y abre las puertas al reconocimiento de la diversidad cultural, como condición del Estado moderno. Se construye así una nueva alianza entre los Estados y los pueblos indios de América⁷.

- El reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la existencia de autoridades propias y la administración de justicia tradicional de las comunidades indígenas no es una concesión del Estado, porque de nada sirve reconocer lo obvio. Se trata más bien de una admisión, por parte del Estado, de que su desarrollo futuro está en función del de las comunidades. El Estado se construye mejor si las culturas progresan.

- El objetivo de construir un Estado unitario no es incompatible con el reconocimiento de la diversidad cultural y el pluralismo jurídico, sino muy por el contrario la pacificación social que puede alcanzarse con este reconocimiento es un elemento esencial en el proceso de cohesión y unificación del pueblo.

7. José del Val, "Desarrollo indígena: pobreza, democracia y sustentabilidad", en *Etnia y nación en América Latina*, ob. cit.

- Aceptar 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.

De este modo, y a partir del artículo constitucional citado, el Estado reconoce, oficialmente, que su sociedad no es homogénea, y que por lo tanto no puede afirmar una unidad; en consecuencia no puede legislar para todos los ciudadanos de la misma forma. y -paradójicamente- es necesario marcar diferencias para evitar discriminaciones.

El dualismo entre el derecho oficial y el derecho consuetudinario de las comunidades originarias sólo se puede resolver si el derecho oficial respeta la identidad cultural de las comunidades, es decir, si se establece un punto de encuentro entre estos sistemas jurídicos. En este orden de ideas también se debe reconocer que el sistema judicial actual ha perdido, tal vez nunca ha tenido, su dimensión trascendental de legitimidad que signifique un impacto en la vida social de los pueblos y comunidades indígenas. La legitimidad del sistema no se podrá recuperar reclamándola o aplicándola coercitivamente. En un Estado democrático la legitimidad sólo se logra si todos los ciudadanos están convencidos de que el sistema es el más conveniente para el desarrollo y progreso de la sociedad.

Su recuperación se asienta sobre la base del nacimiento de una concepción nueva en la administración de justicia, que respetando las identidades culturales de los pueblos originarios reconozca las concepciones del derecho consuetudinario y la forma de administración de justicia, de modo que se

puedan satisfacer con eficacia las demandas de resolución real de los conflictos.

El derecho oficial se concibe como una instancia ajena, en la cual no se entiende la cultura originaria y no se aceptan sus valores y costumbres, como una jurisdicción cuyos jueces no tienen legitimidad social para resolver los conflictos internos de las comunidades. El idioma diferente, el lenguaje jurídico, el razonamiento extraño, el difícil acceso, los costos, los trámites ininteligibles provocan desconfianza. Por el contrario, la justicia indígena goza de gran legitimidad social, su vigencia está basada en la cosmovisión y los valores étnicos, culturales y en sus normas tradicionales.

Por lo expuesto, es difícil pensar que el legislador constituyente haya querido reducir de tal manera algo que forma parte de un reclamo sentido de la nación boliviana, y que como lo dispone su art. 1, significa la asunción de la calidad multiétnica y pluricultural del pueblo boliviano.

Sin embargo, esta disposición menciona la necesidad de la existencia de una ley de compatibilización para coordinar el derecho indígena con el derecho oficial. Es así como se iniciaron las tareas para realizar estudios tanto teóricos como empíricos que determinaran el contenido de esta ley.

Vuelvo a retomar los fundamentos del reconocimiento constitucional descrito: el respeto a la dignidad humana, la necesidad de respetar las características distintivas de los pueblos indígenas, su cosmovisión diferenciada y una lógica que trasciende nuestra lógica occidental. Estos argumentos, tal vez cada uno de ellos podría ser tema de un trabajo, solidifican la idea de que si se pretende alcanzar una sociedad democrática, en donde los intereses de las minorías sean reconocidos, puedan participar en la toma de decisiones y adquieran la doble calidad de indígenas y

de ciudadanos de un Estado, es imprescindible admitir la existencia de pluralismo jurídico, que no atenta contra la unidad estatal (no está en discusión la posibilidad de secesión, por ejemplo⁸) y que no hace sino fortalecer y legitimar los mecanismos de administración de justicia. Evitar la discriminación sigue siendo uno de los objetivos principales de las discusiones, que se plasman entre otros ámbitos en el Legislativo y Judicial.

Contrariamente a las propuestas de elaborar normas que regulen el derecho consuetudinario de los pueblos a partir de pautas del derecho oficial, lo que corresponde en el caso boliviano es posibilitar instancias de coordinación, partiendo siempre del supuesto de que ambos gozan de la misma jerarquía y por lo tanto ambos tienen como único y común límite los mandatos constitucionales.

III. Características relevantes del derecho indígena, su articulación con el derecho oficial, y su recepción en el derecho penal

Características del derecho indígena

Uno de sus rasgos relevantes es la no normativización. En otras palabras, el derecho indígena no puede ser reducido a un conjunto de normas escritas, porque se apoya fundamentalmente en la tradición oral, lo que le aporta una dinamicidad y una flexibilidad especiales.

Dado que presenta un sistema de autoridades claramente definidas y sus reglas son mayoritariamente aceptadas por los miembros de la comunidad, contando también con un sistema de sanciones para que-

8. Cfr. Martín Diego Farrell, *El derecho liberal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

nes se desvían de las reglas, es que podemos afirmar que nos encontramos frente a un sistema jurídico independiente del sistema jurídico oficial.

Lo que constituye una consecuencia directa de la construcción de un Estado pluralista es, a su vez, la pluralización de los órganos productores de normas. Significa que se deja de lado la concepción monista del Estado, en donde se identifica al Estado con la nación, para admitir que puede existir un Estado con multiplicidad de naciones. De este modo, también se produce un quiebre en la concepción clásica de que sólo el Poder Legislativo está legitimado para la producción de normas, y también se considera como legítimo la producción normativa ubicada en el seno de una comunidad indígena, lo que sin lugar a dudas produce un cambio radical en la conformación de los Estados modernos.

A través de los artículos constitucionales ya citados, el Estado reconoce oficialmente que su sociedad no es homogénea, y que por lo tanto no puede afirmar una unidad. Tampoco puede legislar para todos los ciudadanos de la misma forma. Dado que el art. 171 de la *Constitución Política del Estado Boliviano* expresa claramente que se reconocen los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, no se trata, entonces, de fenómenos de constitución o creación sino más bien de actos de "declaración", de fenómenos que operan en la realidad social y que se han mantenido a pesar de su desconocimiento y proscripción por parte de las leyes estatales.

La Constitución reconoce, por su parte, que los órganos jurisdiccionales son las autoridades de los pueblos o comunidades indígenas o campesinas, y por otra parte, que la ley aplicable es el derecho consuetudinario de dichos pueblos y comunidades. La expresión constitucional realiza un doble reconocimiento:

- de la autoridad que ejerce la función jurisdiccional
- del derecho aplicable.

En consecuencia, las comunidades no están obligadas a aplicar la ley emanada del Poder Legislativo u otro órgano estatal cuando resuelvan conflictos. Es más, tienen la atribución de aplicar su propio derecho.

Las reformas reconocen a los pueblos indígenas su derecho consuetudinario y sus órganos jurisdiccionales. Ya no sólo constituyen fuentes legítimas y legales de producción jurídica las agencias estatales (Poder Legislativo, Poder Judicial y Poder Ejecutivo, en caso de excepción), sino también las comunidades y pueblos indígenas.

De este modo, el orden jurídico nacional no sólo se conforma ahora con las normas (generales o concretas) emitidas por las instancias mencionadas, sino también por las comunales. Se presenta, a nivel orgánico-estructural, la coexistencia de la jurisdicción oficial⁹ y de la indígena, constituyendo esta última un fuero más dentro de los órganos de administración de justicia.

También es importante dirimir si la jurisdicción indígena debe ser obligatoria o simplemente voluntaria. Existen numerosos argumentos para una y otra posición. Los que sostienen la voluntariedad de la ju-

9. Cuando iniciamos el estudio —tanto teórico como empírico— de los problemas que presentaba la existencia y reconocimiento de pluralismo jurídico dentro de un Estado, utilizamos el calificativo de "estatal" en contraposición a "indígena" o "consuetinario". Con el transcurso de la investigación asumimos que el Estado también es conformado por los sistemas jurídicos indígenas. De este modo, y para evitar confusiones o tergiversaciones, llamó al sistema jurídico no-indígena como "ordinario" u "oficial".

jurisdicción se amparan fundamentalmente en la condición de iguales ante la ley, basada en la aspiración legítima de ciudadanía del indígena. Otro argumento no menos importante es aquel que expresa que dado que en los mecanismos de administración de justicia están implicados derechos y garantías constitucionales, y posiblemente el sistema de justicia indígena no los reconozca o le otorgue una aplicación distinta, se requiere el consentimiento de las partes involucradas respecto al sometimiento de un conflicto ante la jurisdicción indígena, consentimiento que debe estar precedido del conocimiento cabal de los alcances e implicaciones de la decisión de renunciar a la justicia oficial.

Sin embargo, también es posible defender la postura contraria, que es la que sostengo en este trabajo, con argumentos consistentes. Por una parte, resulta necesario que la aplicación de la justicia comunitaria sea de carácter obligatorio, dado que el individuo deba conocer ciertamente cuál es la normativa aplicable en cada caso. En otros términos, son razones de seguridad jurídica. Una jurisdicción voluntaria produciría un caos jurídico difícilmente manejable, habida cuenta de la alta proporción de indígenas que componen la población del Estado boliviano. También podría prestarse a un uso abusivo del sistema de justicia tradicional convirtiéndolo en un mecanismo de impunidad.

Por otra parte, la Constitución reconoce el ejercicio de poder legítimo por parte de las autoridades de las comunidades indígenas y campesinas. El ejercicio del poder está estrechamente vin-

culado al carácter coercitivo de las normas y de las decisiones que tomen las autoridades indígenas; lo contrario podría significar un debilitamiento de la estructura comunal y una distorsión del reconocimiento constitucional.

Otra 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 las distintas etnias poseen un sistema de sanciones claramente definidas, existe la necesidad de articular un punto de encuentro entre éstas y las sanciones definidas oficialmente. Si bien es deseable, lo que constituye el eje argumental de este artículo, 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.

Un camino posible sugiere la comparación de la lesividad de las sanciones impuestas por ambas justicias para el mismo delito. Si bien resulta pertinente preguntarse cuál sanción es más lesiva para la dignidad del ser humano (por ejemplo, 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 la 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), no es admisible bajo ninguna circunstancia que se incurra en san-

“Si bien 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”

ciones como la pena de muerte, violatoria de todas las disposiciones internacionales que salvaguardan los derechos humanos.

Por lo que no queda otra solución coherente con los planteos que subyacen al ámbito estrictamente jurídico que la imposición de una valla que no puede ser franqueada, y que significa 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 por 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.

Necesidad de articulación entre el derecho indígena y el derecho oficial

Dado que las demandas indígenas se han enfatizado y que los reclamos específicos de las comunidades en relación con la obtención de territorios, el desarrollo étnico y cultural, el desarrollo económico autogestionado y que la consecución de un orden jurídico que esté en manos de sus propias autoridades han tomado una dimensión propia, es que se justifica la existencia de los niveles de coordinación entre los diferentes sistemas jurídicos.

Este nivel de coordinación se encuentra en dos niveles que se distinguen nitidamente:

- el nivel normativo
- el nivel fáctico

En el *nivel normativo*, la pluralidad jurídica está reconocida constitucionalmente en diferentes países

latinoamericanos. Podría definirse como *"la existencia simultánea dentro del mismo espacio de un Estado de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales"*¹⁰.

Es así que se busca el respeto a la diversidad, integrando el Estado con la nación, buscando vías de comunicación entre el derecho indígena y el derecho oficial.

En el *nivel fáctico*, se reconoce la existencia de la diversidad, aceptando los derechos reclamados por los pueblos indígenas. Esto implica la coexistencia de cosmovisiones distintas, de prácticas diversas, de culturas diferentes y lo que es crucial en el análisis de una justicia diferenciada: la existencia de intereses en conflicto. Es la propia realidad la que impulsa la necesidad de regulación de una convivencia que en muchos aspectos es forzada, porque como ya se ha explicado, esta interrelación no está exenta de tensiones, y solo con un tratamiento despojado de dobleces será factible alcanzar una unidad fundada en el respeto y en la tolerancia de otros modos de vida.

La diferencia entre el derecho indígena y el derecho positivo oficial estriba en la diferencia de tratamiento, por ejemplo, en el caso de una transgresión normativa al infractor. Por lo general, en el primero no se aparta al infractor de la comunidad; por el contrario, permanece en la misma cumpliendo el correctivo adecuado. En el segundo, el imputado es excluido de

10. Raquel Yrigoyen Fajardo, "Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia", Mimeo, Barcelona, 1994.

la sociedad, confinándolo en una institución total¹¹, donde se dificulta su posterior reinserción.

En cuanto a las notas distintivas que los caracterizan, el derecho indígena consiste en un conjunto de normas de distinto tipo (morales y no morales) no codificadas, reconocidas y practicadas por la comunidad. Si se lo intentara formalizar, o en otras palabras, codificar, perdería su naturaleza dinámica y flexible. Las normas jurídicas que constituyen el derecho positivo oficial emanan de una autoridad política organizada, que tiene entre sus potestades la creación (Poder Legislativo) y aplicación (Poder Judicial) de la mencionada normativa.

Esta mirada divergente, que radica en una concepción del derecho y del castigo diametralmente opuesta, posibilita justificar la existencia de dos jurisdicciones distintas. Más aún cuando el derecho consuetudinario, al decir de Diego Iturralde, no existe ni funciona de manera aislada, sino en una interrelación con la ley.

Tal como ha sido caracterizado, el principio pluralista asegura a los ciudadanos:

– *que sus intereses particulares o de grupo (derechos colectivos) sean representados en y por el Estado.*

– *que individual y colectivamente puedan participar en la toma de decisiones.*

– *limitar el control del Estado en todos los aspectos de la vida cotidiana, y particularmente en la organización interna de las instituciones creadas por los*

*ciudadanos, en tanto éstas respeten mínimas reglas de orden público*¹².

El desconocimiento de la pluralidad jurídica provoca:

– *que el Poder Judicial asuma casos que podrían haber sido resueltos dentro de la propia sociedad civil, aumentando de esta manera su ya de por sí sobrecargada labor.*

– *que los resultados a los que puede llegar el Poder Judicial, en muchos casos, no son vistos como verdaderas soluciones por los pobladores afectados.*

– *que las soluciones a las que se llegan dentro de estos grupos, así como el poder de sus autoridades, al no estar reconocidas por el Estado, son consideradas como usurpadoras de funciones, lo que conlleva sanción penal contra los involucrados o sus actos*¹³.

Es fácil advertir, entonces, la necesidad de enfatizar que la elaboración de una ley que establezca la autonomía de los pueblos originarios, y que articule su relación con la justicia estatal, se asienta en dos aspectos centrales: la existencia de un ordenamiento jurídico que ya le adjudica un lugar a la mencionada autonomía, y una realidad que es imposible desconocer. Sobre esta base es factible defender una línea de trabajo orientada a la consecución de un objetivo que es prioritario, la creación de una instancia que opere como un nexo entre estas dos justicias, sin considerar a la indígena como subordinada a la estatal, o como de segundo orden.

Para responder al diseño de una ley que cumpliera con las exigencias establecidas, se pergenaron

11. La institución total es un concepto sociológico que hace referencia a instituciones cerradas –cárceles, manicomios, escuelas– que se organizan y funcionan con base en un sistema disciplinario rígido.

12. Comisión Andina de Juristas, *Derechos de los pueblos indígenas y constitucionalidad*, Lima, 1994.

13. Comisión Andina de Juristas, *ob. cit.*

algunos niveles de coordinación que facilitaran la interacción entre las dos jurisdicciones, estableciendo, a su vez, reglas claras para su coexistencia.

1. Auxilio judicial (cooperación)

Se pretende que las autoridades indígenas puedan contar con la colaboración de las autoridades jurisdiccionales ordinarias, policiales y administrativas, si así lo requieren, cualquiera sea la causa de su petición. De este modo, la decisión será tomada en el seno de la comunidad, pero pueden presentarse casos en que el aporte de las autoridades oficiales sea relevante para alcanzar una solución satisfactoria.

2. Delegación

Los pueblos indígenas no proponen un derecho y un ente administrador de justicia plenamente autónomo, sino que se abocarían a materias que resuelven de modo habitual, con base en los criterios que efectivamente se dan en su interior. Puede darse el caso de que ya sea por confianza en las autoridades ordinarias, o porque la comunidad carece del poder fáctico necesario para la resolución del conflicto, decidan derivar la resolución del mismo a la justicia ordinaria, por considerar que es más idónea para arribar a una solución satisfactoria.

3. Recuperación

Cuando por defecto el caso es cooptado por la jurisdicción ordinaria. En estos casos es posible pensar que las comunidades indígenas lo recuperen para que sea resuelto según sus pautas culturales. Raquel Yrigoyen sugiere que cuando se reasuma el conocimiento de un caso, las comunidades lo entiendan a través de jurados mixtos escabinados (compuestos

por jueces oficiales y miembros de la comunidad), tal como lo propone el anteproyecto de procedimientos penales ecuatoriano.

También es posible adjudicarle otro sentido a este término, que indique la revalorización del derecho indígena, de modo tal que las comunidades retomen lo que históricamente les ha correspondido, de acuerdo con sus propias pautas.

4. Límites al derecho indígena

El límite, como ya ha sido formulado, está dado por el pleno respeto de los derechos humanos fundamentales. Dado que en Bolivia se ha establecido la existencia del Tribunal Constitucional, es a esta máxima instancia a quien le corresponde velar por el cumplimiento de estos derechos. Si bien este es un punto altamente discutible –por la dificultad de conceptualizar lo que se entiende por derechos humanos fundamentales–, es preciso destacar que se cuenta con abundante material, ya sea estrictamente normativo o doctrinario, que desde las concepciones de derecho internacional aportan claridad acerca de cuáles son las tendencias aceptadas. A ellas, entonces, nos remitimos.

Recepción de la diversidad por parte del sistema penal

En cuanto a la recepción del derecho indígena por parte del ordenamiento jurídico positivo, y más puntualmente por parte del sistema de administración de justicia penal, existen, al menos, tres caminos posibles:

1. El diseño de una ley especial que articule dos jurisdicciones consideradas como independientes.
2. Incorporar en el articulado de las leyes sustantivas y adjetivas (en nuestro caso particular, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal) normas

que respeten y regulen la relación entre grupos culturales diversos¹⁴.

3. Una vía intermedia, que incursiona en las dos alternativas mencionadas. De este modo se contempla la elaboración de una ley específica, a la vez que también se realiza una modificación del ordenamiento jurídico vigente.

Ambas vías mencionadas no son incompatibles, sino que por el contrario cumplen la función de fortalecerse mutuamente. Si bien considero que lo deseable sería tomar las disposiciones de las Constituciones como operativas, y no requerir de una ley para que puedan hacerse efectivas, lo cierto es que las experiencias latinoamericanas demuestran la necesidad de una legislación puntual sobre el tema que nos ocupa. Por otra parte, es imprescindible adecuar los instrumentos jurídicos a la realidad que pretenden regular, por lo que se imponen cambios en la normativa de cada Estado en particular.

Tal vez sea dentro del ámbito del sistema penal donde las diferencias y los conflictos se presentan más nitidamente. No sólo porque el derecho penal se encuentra fuertemente influenciado por determinadas valoraciones sociales (que al tratarse de cosmovisiones diferentes agudizan dichas diferencias), sino porque es uno de los ámbitos más sensibles del ordenamiento jurídico, en donde la verdadera fuerza del Estado se hace ostensible, al considerarse que existe legitimidad para imponer una pena como consecuencia de una norma que así lo disponga.

Es por ello que es preciso flexibilizar la justicia penal, hacerla más receptiva, pensar que es posible

que las valoraciones puedan surgir como producto de un proceso que tiene diferentes raíces, y que no necesariamente surgen de la mirada occidental. Así, *"...la interpretación jurídica no es una operación matemática. Tampoco es una operación puramente lógica. Existe una comprensión, propia de los textos y de los productos culturales, donde el sentido histórico y el sentido actual se integran dentro de un conocimiento que no por ello es arbitrario..."*¹⁵.

La necesidad de evitar la discriminación del diferente, de tomar en serio otras valoraciones que también forman parte del entramado social, de permitir que la ley recepte en sus formulaciones procedimientos divergentes, también forma parte del desafío que los ordenamientos jurídicos de los países pluriétnicos y multiculturales tienen por delante, y por el que afortunadamente han comenzado a trabajar.

Normativamente, y ya instalados dentro del ordenamiento jurídico boliviano, la tercera alternativa expuesta ha sido la elegida. Por una parte, elaborar una ley (lo que actualmente configura un anteproyecto que aún no tiene trámite parlamentario) que coordine la interrelación recíproca entre ambas jurisdicciones; por otra, traducir las diferencias en el Proyecto de Código de Procedimiento Penal, que se encuentra en discusión en el Parlamento, para el caso de que los indígenas sean sometidos a la jurisdicción ordinaria.

Ya se han expuesto en los apartados anteriores las características que presenta una ley como la descri-

14. Un ejemplo de esta alternativa lo constituye el Código Penal peruano, que en su artículo 15 incorpora el "error de comprensión culturalmente condicionado".

15. Alberto M. Binder, "Proceso penal y diversidad cultural. El caso de las comunidades indígenas", en *Justicia Penal y Sociedad*, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales, Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales de Guatemala, 1993.

ta. En cuanto al Proyecto de CPP boliviano¹⁶, sus normas disponen que existen modificaciones al procedimiento común en algunos casos específicos. El art. 393, dedicado a la diversidad cultural, prescribe que:

"Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina sea imputado de la comisión de un delito, se procederá con arreglo a las normas ordinarias de este Código, salvo las establecidas a continuación:

1. el fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un perito especializado en cuestiones indígenas

2. antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal;

3. durante el juicio, el perito participará en la deliberación de la sentencia, sin derecho a voto".

En cuanto a la extinción de la acción penal en el caso de aplicación del derecho indígena, el art. 33 del proyecto dispone:

"Se extinguirá la acción penal cuando se trate de delitos o faltas cometidas en una comunidad indígena o campesina, por uno de sus miembros en contra de otro y la comunidad haya resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario, siempre que no sea contrario a la Constitución Política del Estado".

En este caso, el derecho oficial recepta las particularidades culturales de los grupos étnicos, incorporando en el procedimiento común la participación de un perito que pueda dar cuenta de sus propias prácticas. Por otra parte, también el derecho oficial respeta la resolución de un conflicto producido en el seno de una comunidad indígena. La interacción entre ambos derechos queda así plasmada en las normas penales procedimentales, que reconocen claramente la existencia de una jurisdicción diferenciada.

Para finalizar, sólo resta enfatizar en que es preciso contar con instrumentos jurídicos que traduzcan las discusiones conceptuales y técnicas, para poder alcanzar una justicia genuinamente democrática. No constituye una solución al fenómeno de la diversidad la imposición de sistemas formales que no respondan a las demandas sociales. La participación de todos los ciudadanos sin exclusiones, el reconocimiento de múltiples sistemas de valoraciones, el generar herramientas que sean abarcativas, todos son componentes necesarios que fortalecerán el Estado de Derecho. Y lo que es más importante aún: no nos quedaremos en la simple retórica. Porque si de lo que se trata es de diseñar sistemas normativos que respondan a la realidad, no sólo es imprescindible ser creativos, sino que debemos comprender la complejidad de los procesos sociales e intentar ponernos en el lugar del "otro". Sólo de este modo construiremos instituciones comprometidas con democracias participativas, donde el diálogo sea uno de los ingredientes principales.

16. El Proyecto de Código de Procedimiento Penal de Bolivia ha sido aprobado por la Honorable Cámara de Diputados el 21 de septiembre de 1998. Actualmente se encuentra en discusión en la Honorable Cámara de Senadores.