

INTRODUCCIÓN

El texto que sigue es una reflexión que podemos hacer desde varios puntos de América Latina. Coincidimos, negativamente, en un déficit de legitimidad de la institucionalidad jurídica oficial. Pero felizmente, nos vamos encontrando también en la demanda de acciones positivas concertadas para la construcción de un modelo de Estado y Juridicidad democrático-pluralistas, que justamente atiendan al carácter diverso de la conformación de nuestros pueblos.

Podemos hablar de una "brecha fundamental" que se abre en el momento mismo de la configuración de los actuales estados latinoamericanos. De una parte, una normatividad que se "importa" y nace divorciada de la realidad social. De otra, una institucionalidad que no corresponde a la norma escrita y que la gente percibe como la distancia entre "el papel" y la justicia de los tribunales. Finalmente, una cultura jurídica marcada por el autoritarismo y de espaldas al "espíritu" de la ley escrita.

En los países con mayoría indígena, la esquizofrenia es más crítica. La conquista y el proceso de colonización significan un quiebre histórico profundo, no resuelto con la independencia. De hecho, la existencia de sistemas culturales y normativos propios de los pueblos indígenas y recreados de diversas maneras dentro de una estrategia global de sobrevivencia, muestra crudamente la ilegitimidad de los sistemas jurídicos oficiales, a pesar de su consagración legal en el orden oficial. El desconocimiento y represión del llamado "derecho consuetudinario" (derecho que pervive por la práctica de la gente) y de la institucionalidad indígena, justamente son parte de esta fractura "original" que se ubica en el corazón mismo del estado, el derecho y la sociedad.

La inviabilidad de modelos societales con tales fracturas ha tenido también expresiones violentas en nuestros países. La ingobernabilidad, es una cara de la incapacidad del orden jurídico oficial de regular la vida social y canalizar los conflictos

La construcción de la paz y el desarrollo son urgencias de la hora actual en América Latina. Acertadamente, todos los sectores coinciden en la necesidad de condiciones "legales" para ello. Sin embargo, esto no se puede reducir a la producción de normas diseñadas tecnocráticamente al margen de la población. Y, aún en el caso de normas acordes a las necesidades sociales, y garantistas de derechos, el problema es la falta de su implementación institucional y de una cultura jurídica que las sostenga en la vida cotidiana. Para que la normatividad y su implementación institucional, tengan consistencia y sean asumidas por la población, deben responder a un criterio de legitimidad. La historia de nuestros países es, justamente, una sucesión de normas e instituciones carentes de respaldo social por su falta de legitimidad. Urge pues, la construcción de la juridicidad democrática y que responda al carácter plural de la conformación social.

Las líneas que siguen, dan algunos elementos que consideramos deben ser tenidos en cuenta en la construcción de la juridicidad en los países latinoamericanos. Ponemos énfasis especial en el componente del pluralismo cultural y jurídico, especialmente relevante para países con mayoría indígena, como Guatemala, Bolivia, Perú, Ecuador, entre otros.

I. RASGOS DE LA "FRACTURA ORIGINAL".

1. Distancia entre ley y realidad.

En efecto, una brecha percibida por la ciudadanía respecto del Orden Jurídico, es la distancia entre lo que dicen las leyes y la experiencia cotidiana de la aplicación de las mismas.

El "Orden Jurídico" o Derecho está conformado por un conjunto de tres elementos:

A) Normatividad: un sistema de reglas sustantivas y procesales que regulan el comportamiento social y los mecanismos para resolver conflictos. Incluye las reglas para crear reglas.

B) Institucionalidad o implementación institucional: esto implica la existencia de aparatos institucionales dotados de agentes (operadores jurídicos) y recursos, y de un sistema de funcionamiento que refleje de alguna manera la normatividad.

C) Cultura Jurídica: supone un sistema de razonamiento jurídico. Implica la existencia de un modelo de pensamiento presente en los operadores jurídicos y en los usuarios del sistema, que de algún modo corresponda a la normatividad. Esto incluye por ejemplo, el conocimiento y percepciones que tienen los "iniciados" y "la gente de la calle" sobre el derecho y sobre el funcionamiento real de la justicia.

Los sistemas jurídicos de nuestros países han sufrido históricamente procesos de "importación normativa" (Hurtado Pozo:1979). Esto es, copian las leyes de otros países teniendo en cuenta fundamentalmente "la novedad" de la norma importada antes que su correspondencia con las necesidades de regulación social interna. Las normas son desconocidas por la población y por ende no regulan sus conductas ni permiten canalizar los conflictos sociales con eficiencia.

Adicionalmente, tales normas tienen supuestos institucionales que no se implementan. En grandes espacios geosociales hay ausencia total de aparatos estatales, como juzgados, defensoría pública o registros. Lo que sí existe como "institucionalidad" estatal normalmente no corresponde a la norma escrita. La fuerte presencia militar en nuestros países, a raíz de la lucha anti-subversiva o contra el narcotráfico, o como herencia de un modelo dictatorial o autoritario, hacen que la "institucionalidad" estatal existente responda más a una lógica violenta y de confrontación con la ciudadanía que de protección de sus derechos.

Y, finalmente, lo que prima en la cultura jurídica es la idea de que la justicia y la aplicación del derecho son manipulables y dependen de "quién da más" o quién tiene "más influencias". Los puestos de la administración de justicia son vistos muchas veces como esferas de micro-poder que se ejercen contra los ciudadanos y no entre poderes, y como una fuente de "extracción de renta" antes que como un servicio (Mac Lean:1996).

2. El déficit de Legitimidad.

Como sabemos, hay una diferencia importante entre los conceptos de Legalidad y Legitimidad. Denominamos "legalidad" a la consagración normativa de determinados fenómenos sociales. Algo es "legal" cuando corresponde a lo que dice la ley sancionada de acuerdo a derecho. Se trata de un criterio formal.

La "legitimidad", más bien responde a un criterio sustantivo. Significa la aceptación, consenso o consentimiento político por parte de la población respecto de determinado fenómeno social. Algo es legítimo cuando goza de la aprobación general y representa a la mayoría. La aprobación puede existir en diversos grados y es conseguida por distintos medios. Un sistema normativo es visto como legítimo en tanto responda a las necesidades e intereses sociales, canalizados mediante un modelo de participación de la población en la toma de decisiones. Pero también existen mecanismos de creación de consenso a posteriori mediante políticas de

construcción de la opinión pública por el uso de medios de comunicación social. La representatividad puede ser meramente formal (mediante el voto) o también sustantiva, cuando canaliza y refleja de modo objetivo los intereses de los distintos sectores sociales de la población.

El Derecho u orden jurídico supone la existencia de ambos fenómenos, la legalidad y legitimidad.

En muchos países latinoamericanos los sistemas jurídicos tienen profundos déficits de legitimidad. La falta de legalidad se expresa no pocas veces en la existencia de leyes carentes de respaldo en las normas constitucionales y en los tratados internacionales de Derechos Humanos suscritos por los países.

La falta de legitimidad de los sistemas jurídicos en nuestros países está vinculada de modo estructural a la manera en la que se han configurado históricamente el modelo de estado y de juridicidad. El carácter excluyente de dicha configuración es su rasgo más saltante. Expresiones de tal carácter son la falta de canales de participación ciudadana en la gestación normativa, la fuerte presencia de instituciones con poder de influir (como militares y grupos de poder económico), la distancia entre los modelos convencionales de participación política (los partidos políticos, el voto) y la forma de organización y comunicación social cotidiana (formas de organización social indígenas y populares).

La Juridicidad tradicional no representa al conjunto de la población, especialmente a los indígenas, las mujeres, los pobres, los campesinos. Los rasgos del carácter excluyente de tal juridicidad son varios:

a) su carácter etnocéntrico y monista, pues sólo representa a la cultura dominante y al derecho estatal;

b) su modelo patriarcal-machista. Basta revisar las normas penales, civiles y laborales y encontraremos una lógica de "tutela/castigo" en muchas normas referidas a la mujer, destinadas a controlar su cuerpo, su sexualidad, su libertad;

c) el contenido "clasista" de muchas normas y el comportamiento altamente selectivo de los aparatos de control. Como ejemplo tenemos los delitos contra la propiedad. Por lo general, se penaliza y controla más fuertemente a los delitos comisibles por pobres (como el robo) que otros comisibles por poderosos, los llamados "delitos de cuello blanco";

d) el carácter urbano-centrista de la institucionalidad jurídica, que se expresa en una profunda desatención de la población rural.

La última década ha convertido a la mayoría de nuestros países en los escenarios de cambios (normativos y parcialmente también algunos cambios institucionales) destinados a modificar la estructura estatal y jurídica de modo significativo. Estos cambios, sin embargo, no reflejan una sola lógica. Hay varios modelos en pugna. De una parte, y con mucha fuerza se están dando reformas de carácter "neo-liberal" que tienen como objetivo central la modernización del estado y la eficiencia del modelo jurídico, no necesariamente su mayor legitimidad. De otra parte, encontramos algunas normas que intentan reconocer derechos y mayor participación política a sectores antes excluidos, como los indígenas.

3. La falta de representación de la diversidad: Monismo y Etnocentrismo.

El Pluralismo Jurídico.

La Antropología Jurídica nos permite hablar de Derecho cuando encontramos sistemas de normas que regulan la vida social de comunidades y pueblos indígenas, mecanismos para la resolución de conflictos sociales, autoridades e instituciones propias. Estos sistemas responden a los intereses sociales y mundo cultural y simbólico de sus usuarios. Es así que normalmente no hay una distancia significativa entre las normas sociales que regulan los comportamientos y canalizan los conflictos, sus instituciones y la percepción cultural que de ello tiene la comunidad. Estos sistemas no son inmutables en el tiempo sino que son flexibles, adaptables y han podido sobrevivir gracias al desarrollo de estrategias de utilización de recursos diversos y aparentemente contradictorios (incorporación de normas, mecanismos y valores externos), en condiciones de desventaja política frente al sistema oficial. Por lo general, hay una gran fragmentación de modelos indígenas de juridicidad y tienen más consistencia en espacios sociales pequeños, a los que podemos considerar como "sociedades cara a cara". Su carácter fragmentario no significa reducido, sino que pueden abarcar grandes espacios sociales, como en el caso de Guatemala, Bolivia, Perú, Ecuador, etc. Es así que en estos países podemos hablar de la existencia de pluralismo jurídico, en la medida que conviven, junto al derecho estatal, otros sistemas de regulación social y de resolución de conflictos que operan en la práctica.

Políticas frente al Pluralismo.

Una de las raíces del pluralismo jurídico justamente está en los procesos de conquista y colonización, pues sobre la cultura y modelo de organización político-jurídica pre-existentes, se impone otra cultura y otro orden jurídico. Frente a la pluralidad de lenguas, culturas y derechos, el grupo social dominante organiza sus respuestas desde el aparato estatal.

Marzal (1986) considera que hay tres modelos básicos de políticas indigenistas, esto es, de formas de relación con la población indígena que implanta la sociedad vencedora en la conquista: el modelo segregacionista, el asimilacionista y el integracionista.

A) El Modelo Colonial de Segregación: Consiste en la separación de pueblos de indios y de españoles, con normas propias para cada uno, todos al mando de la corona española. Los españoles, asumiendo la existencia de normas y autoridades indígenas, las reconocieron parcialmente desde un modelo de subordinación y las utilizaron a su favor mediante formas de gobierno indirecto (como también hicieron los ingleses en el Africa). Los "caciques", así, se configuraron en la "bizagra" entre el orden colonial y la sociedad indígena, permitiendo organizar la producción y el control de los indígenas. Se respetó las costumbres y autoridades de los pueblos indígenas sólo en la medida que eran funcionales a la reproducción del orden colonial y en tanto no contraviniesen la religión católica, la corona ni "la ley humana y divina". Fueron proscritas las "idolatrías" y se eliminaron los niveles superiores de la organización social indígena. Los indígenas empezaron a desarrollar estrategias de sobrevivencia cultural y diversas formas de resistencia, pasiva (como esconder sus creencias tras los santos católicos y las cofradías) o confrontacional (como los innumerables "motines de indios").

B) Modelo Asimilacionista de la Independencia: Con los procesos de independencia en latinoamérica, se inaugura un nuevo modelo de relación con la población indígena. Con la importación de la ideología liberal, el modelo de "estado-nación" europeo, y la obra codificadora napoleónica, los independentistas plantean la desaparición teórica y normativa de los indios, sus tierras, sus idiomas, etc. Se levanta la idea de las nuevas repúblicas como "una sola nación, una sola cultura, un solo idioma, una sola religión", bajo una sola ley y una sola justicia.

Obviamente los indígenas ni su cultura desaparecieron, sólo que tal especificidad no fue tomada en cuenta en la configuración de los estados independientes ni en su juridicidad. Se pretendió borrar por decreto la pluralidad cultural, lingüística y legal. Se instauró un modelo de estado-nación centralizado y con división de poderes. Se hizo un acto jurídico-formal de reapropiación de todas las funciones de regulación social y resolución de conflictos por los aparatos estatales. Se introdujo un sistema de garantías liberales. Se declaró la igualdad formal de los indígenas y se buscó su asimilación al resto de la ciudadanía mestiza. Empero, en la práctica, la institucionalidad de este nuevo modelo de estado centralizado y poderoso se dio de modo parcial, con mayor presencia en los centros urbanos, mientras que en el campo por lo general el control se quedó en manos de los hacendados. Igualmente se siguieron manteniendo relaciones de discriminación respecto de los indígenas y pobres de las ciudades. Los mecanismos de extracción de renta campesina e indígena, la explotación y la marginación de las esferas de producción de poder, continuaron y hasta se agudizaron. En síntesis, se mantuvieron relaciones de discriminación respecto de los indígenas y se eliminaron las protecciones coloniales.

Los márgenes de autorregulación y la delimitación territorial indígena que existían en la colonia fueron eliminados de ley republicana. Una revisión de las constituciones de las nacientes repúblicas latinoamericanas nos permite ver o, la desaparición de toda mención al indígena, o la redacción de la propuesta asimilacionista. No por ello, los valores, autoridades y sistemas de regulación indígenas, desaparecieron de su vida cotidiana. La falta de cobertura legal del derecho indígena, e inclusive su penalización en ciertos casos, los obligó a clandestinizar prácticas y adaptarse.

C) Modelo Integracionista republicano: Pasada la fuerza de la primera propuesta asimilacionista, movimientos indígenas, investigaciones de indigenistas y nuevas formas de control y gobierno, obligaron a varios países a empezar a hablar de los indígenas en las constituciones y a reconocerles algunos derechos específicos. Estas reformas se dan desde la década del veinte (como la Constitución del Perú de 1920) y más fuertemente desde mediados del siglo; sólo en Guatemala estos reconocimientos recién aparecen con relevancia en la Constitución de 1985. El objetivo de este reconocimiento era atender la especificidad cultural de los indígenas, a cambio de facilitar su "integración" en la vida nacional y el mercado.

Los llamados "derechos étnicos" que se reconocen en el marco de las políticas integracionistas contemplan derechos como al uso del propio vestido, lenguas, costumbres, educación bilingüe, y, en algunos países, un cierto espacio territorial para las comunidades indígenas, etc., pero no les reconocen poder de autodeterminación como pueblos, autonomía territorial, ni el derecho a su autorregulación o propio derecho, de modo suficiente.

Componentes del Monismo y Etnocentrismo Jurídico.

Hasta el arribo de las nuevas propuestas pluralistas, los países latinoamericanos están marcados por una concepción "monista" del derecho y el estado, y por el carácter etnocéntrico de la configuración de los mismos.

Identidad Estado-Nación.

El modelo del Estado-Nación tiene como supuestos: a) la centralización política y la unidad jurídico-política de un determinado espacio geográfico, b) la identidad y homogeneidad cultural y lingüística de la población, c) la articulación espacial vía el mercado.

Esta idea es la teorización de un proceso violento e inacabado en Europa y los países "centrales" de los cuales importamos tal ideología. Se asume que el estado es representante legítimo de los intereses de "la nación" y se entiende que ésta es una sola..

El Monismo Jurídico.

La teoría jurídica del monopolio estatal de la violencia legítima supone la identidad Estado-Derecho. El derecho sólo es producido por el Estado y éste se regula por aquel. No puede haber derecho más allá del Estado. Sólo se admite como derecho al producido por los órganos encargados para ello y mediante los mecanismos previstos en la ley. Toda forma de regulación por fuera de los aparatos estatales es vista como mera "costumbre", o "delito" en el caso de contradicción con las normas estatales.

Etnocentrismo.

Al asumirse que el estado representa los intereses de la nación y ésta se supone homogénea culturalmente, la producción jurídica del estado responde a la orientación cultural del grupo dominante y la cultura oficial. Esto se traduce en la marginación y criminalización de la cultura diferente a la estatal y en la represión de los órganos de control de las comunidades.

Como ejemplo, las uniones conyugales tempranas, el uso de determinadas plantas medicinales, el uso de objetos y lugares sagrados (en tierras que han sido convertidas en propiedad privada), la práctica de determinadas creencias, etc., aparecen criminalizados en los códigos penales de varios países latinoamericanos, que tienen otro concepto de matrimonio, de medicina, de propiedad de la tierra, de moral y buenas costumbres.

Igualmente, muchos indígenas de nuestros países han sido criminalizados por delitos como usurpación de autoridad, secuestro, lesiones, delito contra la libertad individual, contra la propiedad, etc., por haber ejercido su autoridad comunal resolviendo conflictos y aplicando sanciones comunales de su propio derecho (como trabajo comunitario, formas de castigo físico o devolución de bienes).

Finalmente, lo más común es la marginación, falta de defensa o acceso ante la justicia estatal por parte de los indígenas, por situaciones fácticas como la lengua, las distancias geográficas y culturales, los recursos económicos.

En síntesis, todos estos indicadores nos presentan un sistema jurídico por lo menos al margen de gran parte de la población, sino en contra de ella, ejerciendo lo que Galtung conoce como "violencia institucional". Insistimos, es particularmente en los países con un componente indígena significativo, en los que la juridicidad se ha construido de modo excluyente, y donde esta discriminación ha sido fuente importante de la violencia política.

II. LA NECESIDAD DE UNA Juridicidad DEMOCRÁTICO-PLURALISTA.

Decididamente, lo que plantea una concepción democrática, es el mayor grado de participación y representatividad posibles en una sociedad.

Pasada la idea asimilacionista que pretendía desaparecer al indígena no mencionándolo en las leyes, es innegable que la construcción de la sociedad, el derecho y el estado en nuestros países debe incorporar este componente imprescindiblemente.

La pluralidad lingüística, cultural y legal, no sólo es parte de la complejidad de nuestro continente, sino también parte de su riqueza. La configuración jurídica excluyente debe ser superada por una nueva concepción de estado y de derecho que sea capaz de dar cabida a todos los grupos sociales, y de superar el monismo y el etnocentrismo. Subrayamos que esto es especialmente relevante en países con una alta población indígena como Guatemala (70%), Bolivia (60%), Perú y Ecuador (30-40%), y donde su lengua, su derecho y su cultura, no han sido suficiente respetados ni

han sido tenidos en cuenta en la configuración del estado y el derecho oficial.

Aquí es donde se ubica el reto del pluralismo, en la configuración de estados realmente democráticos y viables en términos de gobernabilidad institucional. Este es el marco de la paz y el desarrollo sostenible.

1. Avances hacia el pluralismo.

Modernización Integracionista.

Como hemos anotado, los rasgos etnocéntricos y monistas han marcado la configuración jurídica de la mayoría de sistemas del continente, como herencia de la Independencia. Las reformas hechas posteriormente, han incorporado elementos de un reconocimiento parcial a la diversidad cultural, lingüística y étnica. En varios países de Latinoamérica, este fenómeno se dio ligado a procesos modernizantes que tenían como centro la idea del progreso y el desarrollo, considerando que se podía reconocer la existencia y algunos derechos de la población indígena mientras no entorpecieran el desarrollo, la integración del mercado y la civilización. Incluso como parte de estos programas se contempló procesos de reforma agraria y el reconocimiento de una serie de derechos.

El límite de estas reformas es que siguen considerando a los pueblos indígenas todavía desde una mirada paternalista o civilizatoria, no les reconocen derechos económicos y políticos suficientes (territorio, autodeterminación) y el reconocimiento de derechos culturales (como lengua, vestido, costumbres), en ese marco, deviene superficial por la falta de base material para la reproducción social y cultural de los pueblos indígenas.

En este marco se seguía considerando como meras costumbres o como delitos (en el caso de conflicto) a los sistemas de regulación social y mecanismos de resolución de conflictos presentes en comunidades y pueblos indígenas, y en otros sectores sociales.

El Pluralismo de la "Tolerancia".

Por la presión de nuevos movimientos campesinos e indígenas, la existencia de un debate teórico importante sobre el tema a partir de trabajos empíricos, la incorporación de reivindicaciones étnicas en el debate político y por intereses de legitimación de los gobiernos, en la última década se ha venido produciendo un significativo proceso de reformas normativas en varios países del continente que pretenden superar el modelo civilizatorio de las políticas integracionistas.

Así por ejemplo, reformas en el Código Penal peruano de 1991 cambian la antigua concepción etnocentrista del indígena por un declarado reconocimiento de la diversidad cultural. Parte de este reconocimiento significa la descriminalización de la diferencia cultural, esto es, que se exime de pena la comisión de hechos punibles que tienen como raíz la práctica de la cultura o costumbres. Es decir, que se empieza a "tolerar" la diferencia cultural y se deja de castigarla. Esto también significa que se deja de penalizar (como "usurpación de funciones" u otros tipos legales) a los mecanismos de resolución de conflictos entre las comunidades. Aún no es considerada legítima tal Justicia, sólo deja de ser criminalizada.

Igualmente otras reformas reconocen una serie de derechos a la población indígena ya sin el acento civilizatorio, pero todavía asumiendo un parámetro oficial desde el cual se hacen dichos reconocimientos y se ponen los límites.

2. El Pluralismo Jurídico Interno.

El nuevo Constitucionalismo Andino.

Algo que era impensable desde una perspectiva monista era el reconocimiento como derecho de los sistemas de regulación social y resolución de conflictos distintos a los estatales. Sin embargo, justamente por asunción de una perspectiva pluralista, recientes reformas constitucionales de varios países andinos, han reconocido legalmente el ejercicio del derecho consuetudinario y la justicia indígena, de acuerdo a sus propias normas y procedimientos.

El reconocimiento constitucional del Derecho Consuetudinario y la Justicia Indígena por parte de Colombia (1991), Perú (1993) y Bolivia (1994) genera una situación nueva de pluralismo interno, en la medida que es dentro del orden jurídico nacional que se admite legal y legítimamente la producción jurídica por entes no estatales.

Al reconocerse que las comunidades y pueblos indígenas y campesinos pueden producir sus propias normas (llámese derecho consuetudinario) se rompe la idea de que sólo el parlamento o los entes oficiales pueden producir normas.

Igualmente se rompe el monopolio de la administración de justicia por los aparatos estatales (Poder u Organismo Judicial), ya que las autoridades de los pueblos indígenas y con sus propios mecanismos, están legitimados constitucionalmente a hacer lo que venían haciendo: resolver sus conflictos.

Este es un avance significativo, que empata con la ratificación del Convenio 169 de la OIT, en el cual también se indica que se debe preferir los mecanismos de resolución de conflictos y control penal que ejercen las propias comunidades y pueblos indígenas, para el caso de sus miembros, antes que la intervención del control penal estatal.

Los Límites.

Los reconocimientos constitucionales mencionados suponen un concepto más democrático del pluralismo, sin embargo todavía no son suficientemente sistemáticos, pues se encuentran limitados por el esquema integracionista precedente y las nuevas condiciones que las políticas neo-liberales imponen en los países.

El resabio del modelo civilizatorio consiste en considerar que el conocimiento natural de lo que son los derechos humanos proviene del mundo occidental y se presupone que los indígenas carecen de tal conocimiento, por lo que se pone como límite al reconocimiento del derecho consuetudinario el respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Al respecto, es importante observar que todos los pueblos tienen una concepción de los derechos que corresponden a las personas, y que esta concepción está marcada culturalmente. Proponemos una "interpretación intercultural" de los derechos humanos para evitar que por la vía de este límite se reprima o desconozca el derecho de autorregulación.

El debate entre el Pluralismo Democrático y el Neo-liberalismo.

Las condiciones de la implantación de políticas neo-liberales hacen que se conciba aparatos estatales más reducidos y eficientes. Una administración de justicia más reducida y que pueda delegar a entes sociales la resolución de ciertos problemas es vista como deseable, siempre que ello no perturbe las nuevas condiciones del desarrollo del mercado.

Un verdadero reconocimiento del pluralismo jurídico importa reconocer esferas de producción de poder dentro de las comunidades y pueblos indígenas, campesinos y populares, y no sólo dar respuesta a necesidades de reducción del aparato estatal.

III. ALGUNOS FUNDAMENTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO EN GUATEMALA.

En el caso de Guatemala vemos un interesante proceso en el que de una parte se ha ratificado el Convenio 169 de la OIT y de otra se han firmado una serie de Acuerdos de Paz que justamente proponen un programa de reconocimiento del carácter multilingüe, pluricultural y multiétnico del país. Igualmente buscan el reconocimiento del derecho consuetudinario indígena y el fortalecimiento de la institucionalidad indígena.

Las propuestas políticas son parte del proceso de paz que vive Guatemala después de más de 35 años de violencia política. Las reformas normativas son recientes y requieren de implementación institucional, así como del desarrollo de una cultura jurídica (en los operadores jurídicos y usuarios) que las sostenga en el día a día.

1. El marco normativo y político.

Hay reformas que tienen status de normas jurídicas, como la Constitución de 1985 y el Convenio 169 de la OIT.

Los Acuerdos de Paz tienen un carácter político antes que jurídico, y están plenamente vigentes desde la firma de la Paz Firme y Duradera que se hizo el 29 de diciembre de 1996. Obligan a las reformas constitucionales necesarias para la incorporación de dichos textos dentro del orden jurídico nacional.

A) La Constitución Política de Guatemala de 1985.

Se trata de un reconocimiento de derechos étnicos en los que el Estado asume la responsabilidad de respetar y promover el uso de las lenguas, vestido y práctica de las costumbres indígenas (artículos 58 y 66). Sin embargo, el tratamiento que se da a los pueblos indígenas es el de "grupos étnicos" y el reconocimiento de derechos es de modo subsidiario, como se hace en el caso de "minorías". En Guatemala, como sabemos, los pueblos indígenas conforman al rededor del 60% de la población total. No son minorías numéricas, aunque de facto tengan una condición de "minorías políticas" por el menor poder que tienen respecto de otros grupos sociales.

Con este reconocimiento de derechos específicos, la Constitución de 1985 retoma el reconocimiento de derechos que hiciera la Constitución de 1945, al iniciar la llamada "Primavera Democrática", troncada en 1954 con la contra-revolución.

B) Ratificación del Convenio 169 de la OIT.

El Convenio 169 de la OIT, fue ratificado por Guatemala el 5 de marzo de 1996 y depositado el 5 de junio de 1996. Está vigente desde junio de 1997.

Este Convenio supera al Convenio 107 que hablaba de poblaciones y no de pueblos, e incorpora una noción más integral de los derechos de los indígenas. El Convenio reconoce un catálogo bastante grande de derechos a los indígenas, como tierra, lengua, costumbres, educación bilingüe. Incluye una serie de derechos específicos de los indígenas ante la justicia, como contar con traductor, la justicia bilingüe, derecho de defensa, las penas alternativas a la prisión, etc.

En materia de Derecho Indígena o "consuetudinario", el Convenio sanciona el reconocimiento y respeto del mismo, en tanto sea compatible con los derechos fundamentales y los derechos humanos internacionalmente reconocidos (art. 8,2). Igualmente indica que deben

respetarse los métodos de control propios de los pueblos indígenas para la represión de delitos cometidos por sus miembros (art. 9,1). Y señala que debe establecerse mecanismos para atender a los casos de incompatibilidad entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos.

C) El Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas.

El AIDPI reconoce un conjunto importante de derechos a los pueblos indígenas. Cabe subrayar que hay un reconocimiento expreso del Derecho Consuetudinario, esto es, las normas y mecanismos de regulación y resolución de conflictos de los pueblos indígenas. Igualmente legitima las instituciones y autoridades indígenas y su derecho a autodefinirse y regular sus asuntos internos. Y establece la obligación del Gobierno de proponer, con la participación de las organizaciones indígenas, el desarrollo de normas legales que reconozcan en la legislación nacional la normatividad indígena o consuetudinaria, en tanto su desconocimiento ha generado marginación y discriminación de la población indígena (AIDPI, VI, E, 2 y 3).

D) El Acuerdo sobre el Fortalecimiento de la Sociedad Civil y Función del Ejército en una Sociedad Democrática.

De reciente firma, este Acuerdo indica expresamente el derecho de los indígenas al acceso a la justicia tanto estatal como a su propio derecho consuetudinario. Hay una conciencia que el acceso de los indígenas ante la justicia estatal se da en condiciones disminuidas. Por ende propone mejorar tanto la justicia estatal respecto de los indígenas, como reconocer directamente el derecho que tienen los mismos de contar con sus propios mecanismos para resolver conflictos.

2. Nueva Juridicidad Pluralista en el Marco de un Estado Pluricultural.

El programa que los Acuerdos y el Convenio 169 de la OIT plantean, supone el reconocimiento del Pluralismo Jurídico interno al reconocer que los pueblos indígenas pueden producir su propio derecho (derecho consuetudinario) y tener su propia justicia.

Además se establece un programa de reformas legales para que la justicia ejercida por los aparatos estatales en el caso de los indígenas:

a) descriminalice la diferencia cultural, y

b) refuerce los derechos de los indígenas, tradicionalmente marginados, garantizando los derechos de defensa, uso de los idiomas indígenas en la justicia, peritaje cultural, etc.

c) contenga mecanismos democráticos de coordinación entre sistemas (la justicia estatal y el derecho consuetudinario).

IV. CRITERIOS PARA LA COORDINACIÓN ENTRE SISTEMAS.

Una forma de relación democrática supone, entre otros criterios:

1. Derecho al propio derecho. Prelación del derecho consuetudinario indígena para los miembros de pueblos indígenas, respecto del derecho estatal.

2. Interpretación intercultural de los Derechos Humanos garantizada mediante jurados escabinados (jueces estatales y miembros de comunidades indígenas) que definan si hubo o no vulneración de derechos y la mejor solución frente al caso. Igualmente, el peritaje cultural para la definición de las costumbres indígenas debe ser ejercido por miembros de las comunidades.

3. Mecanismos de coordinación y no de sub-ordinación. Esto se refiere tanto a la

coordinación entre los sistemas de administración de justicia como al mecanismo para resolver posibles conflictos entre normas de derechos humanos internacionalmente reconocidos y la regulación comunitaria o indígena.

4. Aceptación de los sistemas de autoridades y los mecanismos de designación comunal de dichas autoridades y sus atribuciones, sin imposición externa. Que se respete el derecho de autodefinición respecto de su propio derecho e institucionalidad.

5. Que no se imponga que una autoridad estatal deba reconocer de modo sistemático cada acto del derecho indígena para ser considerado como válido. En caso de conflicto, sí cabe determinar mecanismos de comunicación y mutuo reconocimiento para establecer si existe una regulación o si ha habido una determinación específica por alguno de los sistemas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

HURTADO, José: La ley importada. Lima: CDYS, 1979.

KUPPE, René: El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario Indígena. En: Desfañando Entuertos # 3-4, Lima: 1994.

Mac LEAN, Roberto: La Función Social del Juez: La Cultura de Servicio en la Administración de Justicia. Washington DC: Banco Mundial, 1996.

MARZAL, Manuel: Historia de la Antropología Indigenista: México y Perú. Lima: PUCP, 1986.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: "Violencia, Poder y Derecho". En: Jurimprudencias, revista de El Otro Derecho. Bogotá: ILSA, 1992.

"Rondas Campesinas y Justicia estatal: hacia una pedagogía del encuentro". En: Justicia Penal y Sociedad, Revista Guatemalteca de Ciencias Penales. Año III, No 5, agosto 1994.

"Estado de la cuestión de las investigaciones en Derecho: el Derecho puesto en cuestión". En: Investigaciones en Ciencias Sociales: 1993, un balance necesario. Lima: CONCYTEC, 1994.

Constitución, Jurisdicción Indígena y Derecho Consuetudinario (Colombia, Perú y Bolivia). Lima: CEAS- Desfañando Entuertos, 1995.

De la Criminalización de la Diferencia Cultural a la legitimación Constitucional (países andinos), tesis para optar el título de Master en Sistema Penal y Problemas Sociales. Universidad de Barcelona, 1995.