

Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígenas

Aresio Valiente López

I. La dimensión intercultural

Como fue anteriormente señalado, los pueblos indígenas cuentan con sus propios sistemas políticos, jurídico y culturas, y poseen una cosmovisión que se diferencia de otras culturas que existen en nuestros países. El tema de acceso a la justicia de los pueblos indígenas nos lleva a reflexionar sobre los valores, principios y normas que deben ser tomados en cuenta por las instituciones estatales encargadas de administrar justicia.

Los pueblos indígenas, al igual que el resto de la ciudadanía, tienen dificultades generales para acceder a la justicia, no obstante en su caso estas dificultades se agravan por sus niveles de marginalidad y también por la falta de políticas interculturales de justicia.

En las constituciones de nuestros países y en los instrumentos internacionales de DDHH, se han plasmado principios fundamentales de todos los seres humanos; uno de ellos es el derecho de acceso a la justicia, que es la facultad que tiene toda persona a acudir a los tribunales, para resolver sus conflictos y de esta manera proteger sus derechos y libertades, a fin de garantizar el pleno ejercicio de los mismos. Es la posibilidad de toda persona de acudir a los tribunales para la resolución de conflictos de acuerdo con el ordenamiento de cada país, y de obtener pronta atención a sus necesidades de determinación externa de situaciones jurídicas.¹¹

Pero para los pueblos indígenas esta definición queda corta, ya que las circunstancias y los elementos culturales de ellos, los hacen diferenciarse del resto de las culturas que existen en nuestros países; por ende, no se puede plantear el acceso a la justicia de éstos grupos humanos sin tomar en cuenta la **cosmovisión y los valores culturales** que ellos poseen.

Para los pueblos indígenas el Acceso a la Justicia tiene dos vertientes; la primera consiste en **acceder a su propia justicia tradicional** o jurisdicción indígena, y de esta manera aplicar los modos naturales de resolver sus conflictos sociales en sus territorios ancestrales, cumpliendo con el principio del debido proceso, derecho a la defensa, entre otros, reconocidos en sus normas internas y en las leyes nacionales e instrumentos internacionales de DDHH.

¹¹ THOMPSON, José, "Introducción", en *Acceso a la Justicia y Equidad. Estudios en siete países de América latina*, San José, Costa Rica. Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Interamericano de DDHH, 2000, p. 25.

La otra vertiente del acceso a la justicia tiene que ver con la posibilidad que tienen las personas indígenas de **acceder a la justicia estatal**, lo que requiere del ejercicio de una serie de derechos específicos reconocidos como el derecho a una defensa adecuada y la inclusión de intérpretes, traductores, peritos, abogados especializados, entre otros.

Las instituciones jurisdiccionales estatales antes de emitir sus decisiones en los casos indígenas, o cuando una de las partes es un indígena, **deben contar con suficientes elementos de juicio para tener claridad en el reconocimiento de las diferencias culturales y así poder interpretar la cosmovisión indígena**, la cual han de incluir en sus valoraciones axiológicas. Los Tribunales estatales deben tomar en cuenta en sus fallos los elementos culturales, sociales, económicos y espirituales de los pueblos indígenas, incluyendo el hecho de pertenecer —en muchos casos— a un grupo social extremadamente pobre, marginado y discriminado, y más cuando son privados de libertad en los centros penitenciarios, ya que no son atendidos y tratados de igual forma que los “latinos” o no indígenas.

II. El acceso a la justicia en los instrumentos internacionales

Siguiendo los principios previstos en la Declaración Universal de DDHH (DUDH)¹², la Convención Americana sobre DDHH (CADH), en el numeral 1 del artículo 8 previó como una de las garantías judiciales de toda persona:

[...] el derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

También la CADH, en su artículo 25, establece el principio de Acceso a la Justicia señalando que

12 Declaración Universal de DDHH: Artículo 8. Toda persona tiene derecho a un derecho efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución por la ley. Artículo 10. Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal. Artículo 11. 1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

No obstante, en el caso de los pueblos indígenas el principio de acceso a la justicia no implica sólo hacer efectivas sus garantías judiciales —como el principio del debido proceso— sino establecer los medios para que el **recurso sea efectivo** aún cuando sea ejercido desde su propia diferencia cultural y sirva para la reivindicación de sus derechos históricos relativos a sus formas de vida, territorios ancestrales y los recursos naturales. Los casos resueltos por la Corte Interamericana de DDHH en materia indígena muestran que con frecuencia el acceso a la justicia de los indígenas en los Estados tiene notables limitaciones.¹³

Vemos entonces que en los **casos** planteados en este manual, si ya se estableció cuál es el tribunal que debe conocer cada caso y cuál es el derecho que se va aplicar en su resolución, queda por definir los medios materiales para que las personas accedan tanto a sus jueces tradicionales —caso del homicidio, allanamiento y violación—, a la justicia ordinaria —tráfico de estupefacientes y portación de arma— o a los tribunales superiores —conflicto religioso—.

De acuerdo con el artículo 12 del **Convenio 169 de la OIT**, los pueblos indígenas deberán tener una protección efectiva contra la violación de sus derechos y podrán iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Así mismo, establece que deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuera necesario, interpretes u otros medios eficaces.

Podemos entender que hay tres elementos clave para respetar el principio de acceso a la justicia de los pueblos indígenas:

13 Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Sentencia de 31 de agosto de 2001 (párrafo 139); Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Sentencia de 15 de junio de 2005 (párrafo 164); Caso Escué Zapata vs. Colombia, Sentencia de 4 de julio de 2007 (párrafo 111); Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, Sentencia de 22 de septiembre de 2006 (párrafo 133); Caso Yatama vs. Nicaragua, Sentencia de 23 de junio de 2005 (párrafo 176); Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (párrafo 185); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, Sentencia de 29 de marzo de 2006 (párrafo 248.1); Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Sentencia de 24 de agosto de 2010 (párrafo 170); Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Sentencia de 17 de junio de 2005 (párrafo 104).

- El derecho a acudir o ser juzgado por el **sistema normativo propio**, lo que implica, como antes se señaló, la posibilidad de que el juez se inhiba de conocer un asunto que compete a la jurisdicción indígena;
- el derecho de hablar en su **propio idioma** ante los tribunales estatales y por consiguiente la posibilidad de usar traductor o intérprete, y
- el derecho a que sus **características y especificidades culturales** sean debidamente tomadas en cuenta dentro de los juicios en que son parte, lo que obliga al uso de periciales antropológicas o culturales, la recepción de documentales en idioma propio, el testimonio de ancianos u otras personas de la comunidad para comprender la normatividad interna, etc.

El espíritu de este reconocimiento se dirige a que los pueblos indígenas tengan un derecho, no sólo escrito sino eficaz, para asegurar el ejercicio de sus otros derechos y libertades fundamentales, garantizados en las leyes nacionales y en los instrumentos internacionales ratificados por los Estados. Contar con intérprete en todas las diligencias judiciales es la clave para comprender y hacerse entender, ya que el lenguaje que se emplea en las mismas, es un lenguaje altamente especializado y calificado por el medio de los abogados, lo que crea una doble barrera de comprensión para los sometidos a juicio.

Por su parte, la DNUDPI, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007¹⁴, también ha contemplado, en el artículo 40, que los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de DDHH.

Vemos que este texto es mucho más amplio en el sentido de hacer ver que lo que se toma en cuenta no son sólo costumbres y hábitos, sino el reconocimiento de que estos sujetos provienen de contextos normativos diferenciados aún dentro del Estado nacional.

III. Acceso a la justicia y jurisdicción indígena

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas tiene **barreras** en la cobertura territorial de los tribunales, la excesiva judicialización de los conflictos, el formalismo

14 La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNU-DPI) obtuvo voto favorable de la mayoría de los países latinoamericanos durante la sesión del 13 de septiembre de 2007 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

excesivo de los tribunales, el uso dominante del idioma no indígena y el tratamiento discriminatorio.¹⁵

El acceso a la justicia de los pueblos indígenas raramente constituye un objetivo claro en las reformas judiciales del continente. Sin duda los pueblos indígenas siguen siendo marginados, excluidos de las cuestiones institucionales, a pesar de los recientes avances en el reconocimiento constitucional en algunos Estados. **Los pueblos indígenas no están familiarizados con las leyes estatales ni con los procedimientos legales para el ejercicio efectivo de sus derechos**, y la mayoría de ellos no cuentan con un nivel educativo formal y económico favorable, lo que limita el ejercicio efectivo de su derecho al acceso a la justicia.¹⁶

Los modos de resolver los conflictos sociales en el mundo indígena se diferencian de la justicia ordinaria. En la justicia indígena no se basan en formalismo sino en la búsqueda de la solución real, efectiva y duradera, y de restablecer la unidad de la comunidad la cual ha sido desquebrajada por el conflicto social, basado en el principio de la equidad y de la colectividad, cuya base es la cosmovisión indígena. Mientras que en la justicia ordinaria o estatal se percibe muchas veces un formalismo exagerado; la moral judicial y la solución de la controversia se conforman a interpretaciones rígidas del derecho.¹⁷

A pesar de establecerse en las constituciones modernas latinoamericanas el reconocimiento de la jurisdicción indígena, para atender y resolver los problemas sociales que surjan en los territorios indígenas, no se han emitido leyes para desarrollar esta jurisdicción especial o dicha legislación plantea dudas en cuanto a su compatibilidad con el derecho de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas.

La construcción de la gobernabilidad democrática y la búsqueda del Estado de Derecho en los países donde la población en su mayoría, o un gran porcentaje de ella son indígenas, no será posible sin la participación activa e inclusiva de ellos. Las reformas judiciales han sido orientadas a la “modernización” del aparato judicial, sin la debida reflexión sobre una necesaria interculturalización institucional y procedimental, y aún deben considerarse insuficientes para garantizar la efectividad del acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

15 MALLUCUNDO CADENA, Eugenio, “*Bolivia: Acceso a la Justicia de las personas y los pueblos indígena y la Defensoría del Pueblo de Bolivia*”, en *Ombudsman y Acceso a la Justicia de los Pueblos Indígena: estudios de caso en Bolivia, Colombia, Guatemala y Nicaragua*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de DDHH-IIDH, 2006, p. 35.

16 FEIRING, Birgitte (editora), *Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en La Práctica. Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2009, p. 84.

17 VALIENTE LÓPEZ, Aresio, “*Los Modos de Resolver los Conflictos Sociales en el Mundo Indígena*”, en *Derecho Indígena en Panamá. Cuadernos de Ciencias Sociales No. 5*, Panamá, FLACSO-PANAMÁ, Arpia Impresores, 2011.

La efectividad del principio de *acceso a la justicia* es una de las condiciones para el perfeccionamiento de la democracia y del Estado de Derecho. El acceso a la justicia de los pueblos indígenas se puede analizar desde diversos puntos de vista, y los cuales exceden el derecho de accionar las instituciones jurisdiccionales para obtener justicia. En base a los casos hipotéticos planteados en el presente manual analizaremos el tema de acceso a la justicia, desde diversos componentes.

IV. Derecho a la defensa técnica y traductor

Cualquiera persona, incluyendo el indígena, parte de un proceso deben contar con un profesional del derecho en todas las diligencias judiciales para hacer efectivos sus derechos procesales. La CADH, ratificada casi por todos los países latinoamericanos, establece en el Artículo 8:

2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...]

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

[...]

En el contexto de una persona indígena que acceda a, o se vea involucrada en un procedimiento ante la justicia estatal, estas garantías se traducen en la necesidad de proveer a la persona indígena de un abogado que conozca y entienda la cosmovisión indígena o cuente con el asesoramiento de un perito especializado en materia indígena, a fin de garantizar el Derecho a la Defensa y de esta manera sea efectivo el Acceso a la Justicia.

Por otra parte, en la mayoría de las constituciones modernas latinoamericanas se han reconocido los idiomas indígenas como parte de los derechos constitucionales a favor de los pueblos. Es decir, expresarse en su propio idioma, también ante las instancias estatales, viene reconocido como un derecho fundamental de los indígenas.

Cuando en un proceso una de las partes es miembro de una comunidad indígena, el operador de justicia debe cerciorarse de que él entienda realmente los

términos que se utilizan en la diligencia judicial. Además, **lo que el o ella manifieste debe ser comprendido efectivamente por las autoridades judiciales**. Al respecto, la CADH, en su artículo 8 exige que:

2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o interprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal.

Ahora bien, en el caso de los indígenas el derecho al traductor es también una reivindicación que les permite hablar sus propias lenguas, en su país ante las entidades públicas del mismo. En tal sentido el hablante de la lengua indígena no necesita ser monolingüe para gozar del derecho de expresarse en su propio idioma ante los tribunales.

De acuerdo con lo anterior, el Estado está en la obligación de proveer a los indígenas una interpretación de calidad sobre los conceptos o palabras que han de emplearse en las diligencias judiciales y del idioma indígena, para que los interesados puedan entender las jergas de los Tribunales e interpretar en forma efectiva las ideas expuestas por los indígenas. La obligación del Estado no queda eximida en caso que los indígenas hablen español.

Es una práctica común hacer declarar a los indígenas que saben hablar, incluso leer y escribir en español, pero en realidad no entienden los términos legales utilizados en las diligencias judiciales, lo que los sitúa en una evidente desventaja a la hora de defender sus derechos. La persona que va a realizar la interpretación del idioma indígena, debe ser un profesional que entienda bien los términos legales, así como el idioma y el contexto cultural indígena, para que sea efectiva la interpretación del lenguaje jurídico y el idioma indígena, y de esta forma se garantizaría un verdadero acceso a la justicia.

En relación a lo anterior, el artículo 12 del **Convenio 169 de la OIT establece**:

[...] Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

En la mayoría de los casos, no se recurre a intérpretes en los procesos que involucran personas indígenas, y en aquellos casos donde sí se utilizan, existe la dificultad de que el intérprete no está preparado para realizar traducciones de términos técnicos legales, lo que dificulta la comprensión de los indígenas en las diligencias judiciales.

También la DNUDPI **señala que las personas que administran justicia, llámense fiscales o jueces, deben tomar en cuenta dicha declaración cuando un indígena es involucrado en un proceso judicial. Así prescribe el Artículo 13 numeral 2 de la DNUDPI que**

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar la protección de ese derecho y también para asegurar que los pueblos indígenas puedan entender y hacerse entender en las actuaciones políticas, jurídicas y administrativas, proporcionando para ello, cuando sea necesario, servicios de interpretación u otros medios adecuados.

En el **Caso de Sancha “la traficante”**, María Sancha decidió hablar en las diligencias judiciales en su idioma materno, a pesar de que ella hablara bien el español. En la medida en la que las constituciones de los Estados latinoamericanos han ido reconociendo los idiomas indígenas como oficiales, tal actuar está protegido por el propio orden constitucional. Pero incluso más allá de tal reconocimiento constitucional, la persona indígena tiene derecho a contar con intérprete, a fin de que le traduzca de y a su idioma materno es una de las garantías judiciales plasmadas en literal (a) del numeral 2 del artículo 8 de la CADH. **El Derecho a hablar en su idioma natural o ancestral es parte de la costumbre de los pueblos indígenas.**

La no proporción de parte de la entidad investigadora o de parte del juez de un intérprete o traductor a un indígena en sus diligencias judiciales, constituiría, por tanto, una violación de su Derecho de Acceso a la Justicia. Es decir, sí el indígena o cualquier persona que no habla o no entiende el idioma que se emplea en las diligencias judiciales o en el Tribunal no cuenta con un intérprete o traductor, todo lo actuado en ellas debe considerarse nulo, sea de nulidad absoluta o relativa según las circunstancias.

Tanto las instituciones de investigación como los Tribunales, deben contar con traductores o intérpretes calificados, a fin de que el lenguaje jurídico sea efectivo en los idiomas indígenas. Para eso es necesaria la formación de traductores legales de las lenguas indígenas para que el Estado pueda cumplir con su deber de garantizar el Derecho de Acceso a la Justicia de parte de los pueblos indígenas en su lengua materna.

V. Peritaje cultural y peritaje jurídico-antropológico

Para comprender la realidad indígena, cuando una de las partes es miembro de un pueblo indígena, o cuando el caso involucra intereses colectivos indígenas, los

operadores de justicia deben auxiliarse de un grupo de profesionales interdisciplinario, inclusive de los sabios de un pueblo o de sus autoridades tradicionales, a fin de entender la cosmovisión indígena (peritaje cultural) y el sistema normativo propio (peritaje jurídico-antropológico) que en ella descansa, a fin de garantizar el ejercicio efectivo el Derecho a la Defensa y el Derecho al Acceso a la Justicia.

En referencia al **Caso de María** (homicidio, allanamiento y violación), los victimarios Pedro y Álvaro (mestizo), fueron procesados y sancionados de acuerdo a la tradición indígena. El tribunal estatal que conoce el caso o que tiene la competencia del negocio jurídico, antes de emitir su decisión debe buscar el apoyo de profesionales de otras ciencias sociales (antropología, sociología, psicología, trabajo social, entre otras), para realizar el peritaje cultural o antropológico, a fin de determinar y entender el proceso seguido en el caso y las sanciones impuestas por la comunidad.

La práctica del peritaje cultural se deriva, a nivel internacional, del derecho de los pueblos indígenas plasmado en el numeral 2 del artículo 9, y en el numeral 1 del artículo 10 del Convenio 169 de la OIT de 1989¹⁸.

El artículo 9 Convenio 169 de la OIT estipula:

[...]

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

A su vez, el artículo 10 Convenio 169 de la OIT dice:

¹⁸ Los países que no han ratificado el Convenio 169 de la OIT de 1989 pueden seguir aplicando el Convenio 107 de la OIT de 1957, sí lo tienen ratificado, específicamente los siguientes artículos:

Artículo 8. En la medida compatible con los intereses de la colectividad nacional y con el ordenamiento jurídico del país:

a) los métodos de control social propios de las poblaciones en cuestión deberán ser utilizados, en todo lo posible, para la represión de los delitos cometidos por miembros de dichas poblaciones;

b) cuando la utilización de tales métodos de control no sea posible, las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse deberán tener en cuenta las costumbres de dichas poblaciones en materia penal.

Artículo 9. Salvo en los casos previstos por ley respecto de todos los ciudadanos, se deberá prohibir, so pena de sanciones legales, la prestación obligatoria de servicios personales de cualquier índole, remunerados o no, impuesta a los miembros de las poblaciones en cuestión.

Artículo 10. 1. Las personas pertenecientes a las poblaciones en cuestión deberán ser objeto de protección especial contra la aplicación abusiva de la detención preventiva y deberán contar efectivamente con recursos legales que las amparen contra todo acto que viole sus derechos fundamentales.

2. Al imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones.

3. Deberán emplearse métodos de readaptación de preferencia al encarcelamiento.

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

[...]

El peritaje cultural no sólo puede ser realizado por parte de los académicos, sino también el Tribunal, la fiscalía o la defensa pueden presentar como prueba pericial los testimonios de las autoridades tradicionales indígenas para que interpreten la cosmovisión. Dichos informes tendrían el mismo valor probatorio que los de un profesional o un perito práctico.

En el **Caso de Sancha “la traficante”**, la responsable, teniendo el cargo de autoridad indígena, fue apresada fuera de su comunidad por la policía nacional estando en posesión de 2 kilogramos de pasta base (cocaína), y un arma de corto alcance sin permiso formal estatal. La comunidad de Sancha solicita al Juez que lleva la causa penal, juzgarla conforme al derecho indígena, por considerar que ella es una autoridad local.

Como determinamos más arriba, estos casos suelen corresponder a la jurisdicción del Estado por el índole del delito, pero el tribunal estatal debe tomar en cuenta las **características culturales** de la presunta responsable. En este sentido, **debe analizar si estos hechos tienen alguna causa de justificación en el contexto normativo del que proviene la acusada. En el caso que tratamos, el tráfico de estupefacientes no tiene ninguna justificación para el sistema normativo indígena, sin embargo el porte de arma sí es una conducta esperada para dicho sistema. Mientras no se puede suponer que la norma indígena rija fuera de su contexto cultural-territorial, por lo que el delito debería ser perseguido por el Estado, al hacer el análisis dogmático se pueden encontrar una o varias causas de justificación.**

El juez debe analizar si existe un hecho típico, antijurídico, culpable. Para saber si existe particularmente la antijuridicidad y/o la culpabilidad debe recurrir al peritaje antropológico que le dirá cómo esa misma conducta es valorada dentro del sistema normativo a la que la indiciada pertenece. En este caso es particularmente importante saber si las conductas de posesión de pasta base y de portar arma se consideran ilegítimas y reprochadas por la comunidad que cuenta con un sistema normativo amparado por el bloque constitucional. **Este conocimiento especializado sobre un sistema normativo no escrito, requiere del trabajo de un perito capaz de entender la cultura y el derecho en una sociedad indígena.**

De acuerdo a la cosmovisión indígena, la valoración del supuesto delito de portar arma sin permiso de parte de la autoridad tradicional, se puede realizar a través del peritaje cultural, y así determinar la responsabilidad penal del indígena, que debe basarse en los elementos del delito: acción típica, antijurídica y culpabilidad.

En el caso al que nos referimos **el peritaje debió arrojar que la posesión de drogas no es una conducta legítima en la comunidad de origen, por que una buena interpretación de la pericial hubiera conducido a una sentencia condenatoria por este ilícito, pero hubiera mostrado que en su calidad de autoridad, la procesada estaba no sólo legitimada para portar arma, sino que era una exigencia de su propio sistema normativo, lo que conduciría una causa de justificación —cumplimiento de un deber— o bien a una causa de inculpabilidad —la no exigibilidad de otra conducta—.**

En el **caso de contraposición de los principios** de libertad de culto y autonomía indígena, están en juego dos principios constitucionales, uno es el respeto a la identidad cultural y la autonomía de una comunidad indígena, y la otra es la libertad de culto. El tribunal también se puede apoyar en profesionales de las ciencias sociales (antropólogo, sociólogo, psicólogo, entre otros), e inclusive personas que a pesar no contar título de una entidad universitaria, tengan conocimiento y experiencia sobre la temática indígena, incluyendo a un sabio o una autoridad tradicional indígena, para que realice un peritaje sobre la realidad cultural y espiritual de la comunidad, y por ese medio valorar el impacto que tendría la restricción de uno y otro derecho, para ponderar en qué medida hacerlos compatibles y en qué medida debe prevalecer uno u otro.

VI. Acceso a la justicia de la víctima indígena

Las garantías judiciales aplican de igual manera no sólo a los victimarios sino también a la víctima del delito. Cuando el sujeto pasivo del delito es un indígena o varios individuos miembros de una comunidad indígena, las autoridades jurisdiccionales deben garantizar su Derecho al Acceso a la Justicia.

En el **Caso de María**, la víctima superviviente de los delitos tiene derecho a apelar la sanción impuesta por las autoridades tradicionales, ya que ella considera que ésta no repara o satisface sus expectativas, o la sanción no es proporcional con el daño que le fue causado. **Cualquier persona que es parte del proceso tiene derecho a someter su caso ante la autoridad superior, es decir a una segunda instancia**, tal y como está reconocido en el literal h del numeral 2 del artículo 8 de CADH.

Existen diferentes formas de tratar a las víctimas entre los sistemas normativos indígenas y más aún entre éstos y el sistema penal estatal. En el Derecho penal, la víctima del delito es considerado el individuo que resultó afectado por otro individuo o varios de ellos. En muchos sistemas indígenas los delitos son afectaciones que invaden esferas de parentesco, porque lo que éstos afectan a la colectividad, sea familia o la comunidad y a su vez estas conductas afectan la

relación armónica con la naturaleza y el mundo de los orígenes. En este sentido la **reparación en el contexto indígena trasciende las voluntades y satisfacciones individuales.**

También en estos casos el **peritaje** antropológico es una medida eficaz para entender el concepto de agravio, afectación y reparación que se maneja en el contexto cultural concreto para aquellos casos en donde haya inconformidad con la resolución emitida en primera instancia por la autoridad indígena. En los casos que tienen que ver con los recursos naturales y el ambiente, los pueblos indígenas en forma colectiva suelen concebirse como afectados, ya que la relación intrínseca, holística y espiritual, entre la naturaleza y el mundo indígena es afectada gravemente por proyectos y visiones de desarrollo que rompen el equilibrio de su cosmovisión.

Las autoridades judiciales tienen que tomar en cuenta algunos elementos claves cuando el indígena o la comunidad indígena es víctima del delito:

- Recibir tratamiento individual o colectivo con base en la espiritualidad indígena;
- Ser informado en forma clara y accesible en su idioma materno sobre el curso del proceso, tomando en cuenta los vínculos de la persona que solicita la información y la directamente agraviada de acuerdo con la cultura propia;
- Permitir la intervención de sus abogados y autoridades tradicionales, sin formalidades como querellante en el proceso;
- Al fijar la indemnización a favor de la víctima, los tribunales deben determinar de acuerdo a la cultura indígena, el grado de parentesco entre la víctima y el resto de la comunidad;
- Si no cuenta con suficientes medios económicos, recibir patrocinio jurídico gratuito del Estado para coadyuvar con el Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y para obtener la reparación del daño derivado del delito.

VII. Acceso a la justicia de las mujeres indígenas

La mujer indígena suele ser triplemente discriminada: por su pobreza, por mujer y por ser indígena. Estos factores influyen en el tema de acceso a la justicia, ya que tanto en la cultura occidental como en el seno de sus culturas las mujeres indígenas son discriminadas. Las culturas indígenas tienden a ser patriarcales. Predomina la decisión y la voluntad del hombre, cuyos intereses sociales, políticos y económicos suelen ser más valorados en el espacio público. Las mujeres se encuentran

instrumentalizadas por las necesidades familiares y con frecuencia relegadas al plano doméstico.¹⁹

El **Caso de María**, mujer victimizada en su domicilio, deja ver muchas de las reminiscencias machistas que sufren las comunidades indígenas y el sistema estatal. El juzgador debe determinar si efectivamente hay proporcionalidad entre la sanción impuesta por la autoridad tradicional y los hechos, desde una perspectiva intercultural y de género.

Es muy importante que las administraciones públicas avancen en medidas de apoyo a las víctimas, como los albergues para mujeres que sufren violencia, el acceso de las mujeres a los cargos judiciales locales sin que ello les implique una doble carga en relación a los hombres. El trato a las mujeres ha sido el talón de Aquiles en la jurisdicción indígena y muchas veces un arma usada por sus detractores, por lo que la salida no es ser más tolerante con el sistema indígena en su trato discriminatorio a las mujeres, sino abrir la reflexión interna para que las mujeres locales modifiquen sus propias condiciones en alianza con actores que les permitan contrarrestar la subordinación que viven internamente.

VIII. Principios de coordinación, complementariedad e interculturalidad para el acceso de los indígenas a la justicia

La existencia simultánea de dos o más sistemas de justicia que operan en regiones de Latinoamérica ha traído enfrentamientos y contradicciones entre administradores de justicia de uno y otro sistema que acaban afectando a todos los ciudadanos, pero en especial a los usuarios indígenas, particularmente vulnerables ante la justicia.

La efectividad del acceso a la justicia de los pueblos indígenas es uno de los temas que deber ser incluido en las reformas y prácticas judiciales y un indicador clave de su eficacia. El pluralismo jurídico como nueva escuela de derecho, resuelve las aparentes contradicciones entre las concepciones monistas del derecho, con su esfera jurídica hermética, y la diversidad cultural y jurídica de nuestros países.

El punto de partida está en el reconocimiento constitucional de que existen otras formas de resolver los conflictos sociales asociados a la diversidad cultural de los países. Sin negar que “las justicias indígenas” enfrentan retos y serios problemas, también es menester reconocer sus virtudes como el ser menos burocráticas, atender con mayor cuidado a la víctima, ser más comprensibles para los usuarios,

19 VENADO, Toribia, “La desigualdad de género entre la mujer indígena panameña”, en *Cuadernos Nacionales. Miradas Múltiples a Nuestra Realidad*, Panamá, Instituto de Estudios Nacionales de la Universidad de Panamá, Tercera Epoca, No. 18, Panamá, 2010, p. 73.

y no basarse en la judicialización de los problemas sociales, sino en la búsqueda del restablecimiento de equilibrios.

1. Coordinación

Tanto la justicia estatal como la justicia tradicional indígena se deben coordinar en forma efectiva, cuando uno de los miembros es parte del proceso, a fin de garantizar la efectividad del derecho a la vez que se evite la violación de sus DDHH fundamentales. La coordinación debe buscar que el acceso a la justicia sea efectivo y el tribunal o la autoridad más adecuada den solución a la controversia planteada.

Se debe establecer en forma clara las competencias de las dos entidades jurisdiccionales y elevar el principio del respeto mutuo del trabajo de la otra. De esta forma se garantiza que el acceso a la justicia de los sujetos y pueblos indígenas sea efectivo, independientemente del organismo que resuelva el conflicto.

La justicia indígena por sus características propias no puede resolver todos los conflictos sociales que surjan en sus territorios y necesariamente algunos de estos conflictos, por su naturaleza, han de ser sometidos a la justicia estatal.

2. Complementariedad

Cualquier sistema legal y cualquier cultura es imperfecta y está en búsqueda de mejoramiento y plenitud. A partir de este reconocimiento, podemos suponer que cualquier sistema tiene la capacidad de aprender de otro, y que a partir de una acción simultáneamente diferenciada y conjunta, pueden encontrarse mejores respuestas a las demandas sociales de justicia.

La justicia indígena puede representar la complementariedad de la justicia estatal y viceversa. Ésta será una manera de dar respuesta a la problemática de las limitaciones existentes para el acceso a la justicia de parte de los pueblos indígenas. La justicia estatal enfrenta dificultades por los factores económicos, la poca celeridad en el proceso, la corrupción, el ritualismo procesal, discriminación, la inaccesibilidad geográfica y el descrédito entre otros.

La justicia indígena suele ser más eficiente y accesible para sus miembros, es menor el formalismo jurídico y disminuye el costo económico de la justicia. Además, la justicia indígena resuelve los conflictos sociales en forma inmediata e intenta hacerlo.

Por otro lado, en la justicia indígena, generalmente, existe participación efectiva y real de los miembros de la comunidad en la solución del problema, y se practica los modos naturales de resolución de conflicto como la mediación y la

conciliación, que hoy en día es parte de la justicia alternativa y restaurativa, y es parte de las reformas judiciales, la cual minimiza los conflictos sociales, disminuye la mora judicial y carga procesal de los operadores de justicia estatal.

3. Interculturalidad

Los países latinoamericanos tienen su base histórica en los pueblos indígenas. Por lo tanto, está cimentada en diferentes culturas, lo que constituye estados multiculturales y multilingües. Cada cultura tiene diferentes maneras de resolver sus conflictos sociales con base en su cosmovisión.

En la resolución de los conflictos surgidos en territorios indígenas, tanto el sistema estatal como el indígena, son co-responsables de la resolución del conflicto, esto requiere un diálogo que ponga en juego no sólo las palabras, sino las concepciones y presupuestos que hay atrás de cada enunciación. Aunque en esta interacción la premisa irrenunciable deben ser los DDHH reconocidos internacionalmente, es indiscutible que la norma siempre se interpreta en función de los contextos y los intereses que están en juego, en tal sentido es importante que la cultura indígena, con sus principios colectivos, su espiritualidad, su relación con la naturaleza, sea también un espacio de interpretación de los DDHH.

El respeto sin relativismo, la voluntad de comprensión y la admisión de que existen otras posibilidades y caminos, para alcanzar los diferentes objetivos de “vida buena” que persigue una sociedad, son la clave para que la diversidad se mantenga como una riqueza ordenada por un sistema jurídico pluralista y no una fuente permanente de conflicto, discriminación y exclusión característica de las sociedades latinoamericanas.

IX. La experiencia panameña

En materia de derecho constitucional indígena la Constitución panameña es la más atrasada, incluyendo en el reconocimiento de la jurisdicción indígena. El artículo 202 de la Carta Magna panameña establece que *el Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.* Pero las leyes comarcales²⁰ y la Ley

²⁰ Las leyes comarcales son las leyes que legalizan los territorios indígenas y reconocen las autonomías indígenas y la justicia indígena. Ver VALIENTE LÓPEZ, Aresio, “La jurisdicción indígena en la legislación panameña”, en *Hacia sistemas jurídicos plurales. Reflexiones y experiencias*

de del Código de Procedimiento Penal, han establecido la coordinación que debe existir entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional.

Mediante el Acuerdo No. 424 de 22 de mayo de 2009, la Corte Suprema de Justicia de Panamá creó el Departamento de Acceso a la Justicia para los Grupos Indígenas, el cual está adscrito a la Unidad de Acceso a la Justicia y Género del Órgano Judicial. El Departamento de Acceso a la Justicia para los Grupos Indígenas tiene como atribuciones desarrollar el servicio de intérpretes de las lenguas indígenas, analizar en cada Comarca Indígena del país las divergencias que pueden ser a través de los métodos alternos de solución de conflictos, entre otras.

La Corte Suprema de Justicia de Panamá ha financiado y apoyado proyectos para mejorar la coordinación entre la Justicia Indígena y la Justicia Nacional. En 2006 se elaboró el Diagnóstico de la realidad de la Justicia en las regiones indígenas panameñas y las posibles soluciones a las carencias de acceso a la justicia de que adolece la población indígena. También en 2007 se diseñó un Plan de Divulgación de los Derechos Indígenas y un Plan de Acercamiento del Órgano Judicial a las Comarcas Indígenas. En 2009 se suscribió entre las autoridades indígenas, Unión Nacional de Abogadas y Abogados Indígenas de Panamá y la Corte Suprema de Justicia de Panamá, para la creación de la Comisión Interinstitucional de Acercamiento de la Justicia Tradicional Indígena y la Justicia Ordinaria.

Fallos

Acción de Hábeas Corpus a Favor de Charles Martínez Felix, Contra la Fiscalía Primera Especializada en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Aníbal Salas Céspedes. Panamá, 19 de Octubre de 2006. Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Pleno. Ponente: Aníbal Salas Céspedes. Fecha: 19 de Octubre de 2006. Materia: Hábeas Corpus. Primera instancia. Expediente: 768-06. Corte Suprema de Justicia de Panamá. www.organojudicial.gob.pa

Acción de Habeas Corpus a Favor de Antonio Caraballo Ramírez contra el Fiscal Segundo Especializado en Delitos Relacionados con Drogas. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Panamá, 8 de Agosto de 2007. Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Pleno. Ponente: Adán Arnulfo Arjona L. Fecha: 08 de agosto de 2007. Materia: Hábeas Corpus. Primera instancia. Expediente: 470-07. Corte Suprema de Justicia de Panamá. www.organojudicial.gob.pa

de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2008.