



116

**Declaración Universal de los Derechos
de los Pueblos Originarios
Convenio 169 de OIT
Administración de justicia indígena**

Perduración de la herencia colonial

José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes

SOCIOLOGÍA DEL DERECHO

Octubre de 2008

En el presente documento se reproduce fielmente el texto original presentado por el autor, por lo cual el contenido, el estilo y la redacción son responsabilidad exclusiva de éste. D. R. © 2008, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F. Venta de publicaciones: Coordinación de Distribución y Fomento Editorial, Arq. Elda Carola Lagunes Solana, Tels. 5622-7463/64 exts. 703 o 704, fax 5665-3442.

CONTENIDO

Antecedentes	2
I. Definición del término.....	4
II. Acceso y administración de justicia indígena	6
III. Declaración Universal.....	9
IV. Pluralismo	11

Botón de fuego

“El gobernador, Miguel Marino Torralvo, expide el certificado exigido por las empresas petroleras que operan en las costas de Colombia. Los indios no existen, certifica el gobernador, ante escribano con testigos. Hace tres años que la ley número 1905/55, aprobada en Bogotá por el Congreso Nacional, estableció que los indios no existían en San Andrés de Sotavento y otras comunidades indias donde habían brotado súbitos chorros de petróleo. Ahora el gobernador no hace más que confirmar la ley. Si los indios existieran serían ilegales. Por eso han sido enviados al cementerio, al destierro”.

Eduardo Galeano¹

¹ *Memorias del fuego. III. El siglo del viento*. A lo escrito por Eduardo Galeano, cabe recordar que el presidente liberal guatemalteco, Justo Rufino Barrios, en el tercer cuarto del siglo XIX, en una aberración jurídica decretó que los indígenas de San Pedro Sacatepequez, Departameto de San Marcos, fueron declarados ladinos. Decreto 165 del 13 de octubre de 1876, derogado por el dictador Jorge Ubico. Skinner Klee, *Legislación indigenista de Guatemala*, México, Instituto Indigenista Interamericano, 1954, p. 33.

ANTECEDENTES

En la Declaración de San José Costa Rica, sobre etnocidio y etnodesarrollo, expertos y dirigentes de los pueblos originarios al analizar la problemática de la pérdida de la identidad cultural fueron del parecer que este proceso complejo que tiene raíces históricas, sociales, políticas y económicas debe ser calificado de etnocidio.

El etnocidio significó —a su parecer— que a un grupo étnico, colectivo o individualmente, se le niegue su derecho a disfrutar, desarrollar y transmitir su propia cultura y su propia lengua. Esto implica una forma guatemalteca extrema de violación masiva de los derechos humanos, y particularmente del derecho de los grupos étnicos al respeto a su identidad cultural tal como lo establecen numerosas declaraciones, convenios y pactos de Naciones Unidas y sus organismos especializados.

La Declaración de San José consideró el etnocidio como un delito de derecho internacional al igual que el genocidio están basados en el derecho a las diferencias, a los principios de autonomía requeridos por los grupos étnicos, a las formas propias de organización social interna en todas sus manifestaciones; se hizo patente, en un undécimo y doceavo puntos, que el desconocimiento de los principios aludidos constituye una violación fragante al derecho de todo individuo y de los pueblos a ser diferentes, y a considerarse y ser considerados como tales, derecho reconocido en la Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales, adoptado por la Conferencia General de UNESCO en 1978, y por lo cual debe ser condenado, sobre todo cuando crea un riesgo de etnocidio. El doceavo y último punto de la Declaración, en forma tajante, advierte que crear desequilibrio y falta de armonía en el seno de la sociedad puede llevar a los pueblos al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión, y a poner en peligro la paz mundial y, consecuentemente, es contrario a la Carta de Naciones Unidas y al Acta Constitutiva de UNESCO.²

Lo importante de la Declaración de San José es que formuló la primera crítica seria al indigenismo integracionista, signados en la Convención de Patzcuaro (México) y el Convenio 107 de la OIT que fue revisado por el Convenio 169.

Naturalmente esta revisión abrió espacio hacia la *reconquista de la identidad* como un objetivo del proceso descolonizador “Los países afro-asiáticos son, muy frecuentemente, países de muy antigua civilización (Egipto, China, India y, más recientemente, los grandes imperios de África negra y, en América Latina, los incas, los mayas y los aztecas). Estos países, bajo la acción de factores convergentes, han conocido una ruptura de su proceso de desarrollo, ruptura que más tarde favoreció a la colonización. Por consiguiente para estos países se trata de la recuperación de su ser histórico.

Los procesos de destrucción cultural dieron lugar a lo que se denominó Antropología de Urgencia, o sea el estudio que debía hacerse de los grupos étnicos que, a causa de la penetración

² Reunión de expertos sobre etnocidio y etnodesarrollo en América Latina, San José, Costa Rica, FLACSO, 1982.

de la cultura llamada occidental, están sometidos a un proceso de cambio tan violento que existe el riesgo de que desaparezcan... Se especificó que este tipo de riesgo afectaba especialmente a pueblos rezagados en su evolución, como por ejemplo las tribus amazónicas, constituidas por grupos humanos pequeños y dispersos. Se consideró *urgente* que la etnología dejara una imagen lo más completa posible de estos pueblos, del conjunto de sus creaciones, de sus normas de vida, de su concepción del mundo, etcétera, a fin de que quedara este testimonio para la ciencia y para las artes en el inmenso fichero de la variedad cultural humana”. El antropólogo mexicano Cámara Barbachano manifestaba que la antropología de la urgencia debía extenderse también a las culturas menos vulnerables a estos riesgos extremos. Que en México, lo indígena o lo indio era y seguiría siendo uno de los fundamentos, y el más importante de la nacionalidad mexicana...”³

Desde otra perspectiva, el etnocidio es una práctica que niega la existencia de la diversidad cultural, que ha sido reconocida con la aprobación de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, aprobada el 20 de diciembre de 2005, cuando se aceptó, como señala este mismo instrumento, que “la diversidad cultural constituye un patrimonio común de la humanidad que debe valorarse y preservarse en provecho de todos”. Lo anterior dio pie a la Declaración de Friburgo signada el 7 de mayo de 2007 sobre los derechos culturales, que reúne y hace explícitos derechos que ya están reconocidos en numerosos instrumentos, aunque de manera dispersa; que demuestra la importancia de los derechos culturales, como también de las dimensiones culturales de los demás derechos humanos.

La Declaración en su artículo 2o. alude a tres voces fundamentales:

1. Cultura. “Abarca los valores, las creencias, las convicciones, los idiomas, los saberes y las artes, las tradiciones, instituciones y modos de vida por medio de los cuales una persona o un grupo expresa su humanidad y los significados que da su existencia y a su desarrollo”.

2. Identidad cultural. “Conjunto de referencias culturales por el cual una persona, individual o colectivamente, se define, se constituye, comunica y entiende ser reconocida en su dignidad”.

3. Comunidad cultural. “Grupo de personas que comparten las referencias constitutivas de una identidad cultural común, que desea preservar y desarrollar”.⁴

A mi entender, la preservación cultural debe comprender aspectos sociogeográficos y socioculturales como la tierra, formas de gobierno (autoridad) y un desarrollo autónomo; los recursos; el medio ambiente; la cultura, la lengua y la educación; la salud y las condiciones sociales y económicas.

Tal como lo indica el Convenio 169 de la OIT y con mayor definición la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas, el derecho a la consulta y la obligación de los Estados a consultar para el caso mesoamericano los recursos naturales en territorios indígenas la minería y el petróleo.

Como se afirma: “El discurso etnocida es un discurso que no puede plantearse la diferencia. El otro no tiene derecho a ser otro; debe ser el mismo y, si no lo es, el objetivo de nuestra civilización será justamente promover la identidad occidental (ulteriormente se explicará su asi-

³ Arguedas, José María, *Formación de una cultura nacional indoamericana*, México, Siglo XXI, p. 183.

⁴ Véase Ramírez Gloria *et al.*, *Cultura, educación y desarrollo*, México, Cátedra UNESCO-UNAM, 2007.

milación imperfecta por medio de su inferioridad”. Para Guatemala recordemos los prejuicios raciales contra los pueblos originarios explicados por Severo Martínez Peláez; Jean Loup Herbert; Marta Casaus Arzú y José Emilio Rolando Ordóñez Cifuentes.⁵

Ahora bien, la tendencia a considerar los patrones de conducta de la propia sociedad como los únicos correctos y los de otras sociedades como extraños e impropios, creyendo que la propia cultura es la única importante y válida, se conoce como “etnocentrismo”. A *contrario sensu*, desde una perspectiva sociológica⁶, el pluralismo, es decir la diversidad cultural, se basa en la presuposición de que existen perspectivas culturales diversas que incluso pueden llegar a entrar en conflicto. La utilización del punto de vista del pluralismo cultural es muy importante en sociedades como la nuestra, en las cuales es innegable la existencia de varios grupos indígenas que se diferencian del resto de la población por su lengua, sus costumbres, su forma de vestir, etcétera.

Paradójicamente “la propia resistencia cultural que atrasa a los pueblos dominados, les da la oportunidad de sobrevivir y mantener su identidad bajo las condiciones más desafortunadas... la alternativa para ellos hubiese sido que se disolvieran entre las multitudes de gente sin rostro, que se volvieran pueblos genéricos, amorfos y anodinos y sería allí donde encontrarán los sinsabores de la búsqueda dolorosa su identidad perdida. Habrá para ellos, en consecuencia, una perspectiva de reconstrucción étnico-cultural, que les permitirá, de ahora en adelante, no sólo mantener, sino acelerar y acentuar su singularidad. Así que ellos permanecerán, a la espera de una futura civilización que haga propicio su florecimiento”.⁷

De esa suerte, tenemos que los movimientos de liberación y descolonización son también los movimientos que para el siglo XXI serán los únicos capaces de reelaborar una nueva concepción de los derechos humanos (doctrina) que tome en cuenta los derechos colectivos de los pueblos, bajo los signos de la tolerancia y el pluralismo cultural, para luchar contra las prácticas neoliberales que afectan a todos los sectores. Estos movimientos además contribuyen notablemente a la construcción de la paz mundial y, sobre el particular, tenemos como muestra los Acuerdos de Paz en Guatemala y el Acuerdo de San Andrés Larraizar en México.

I. DEFINICIÓN DEL TÉRMINO

Robert Jaulin, en su intento de definición, sostiene:

“Etnocidio indica el acto de destrucción de una civilización, el acto des-civilización”. En este sentido, lo retoma Jaulin en sus informes sobre los derechos humanos en Guatemala, como justicia y paz.⁸

⁵ En su orden: *La patria del criollo*, Costa Rica, Educa, 1970; *Guatemala una interpretación histórico social*, México, Siglo XXI, 1970; *Diagnostico del racismo en Guatemala*, Guatemala, Vicepresidencia de la República, 2006, y *Rostros de las prácticas etnocidas en Guatemala*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996.

⁶ Seguimos a Puga, Cristina *et al.*, *Hacia la sociología*, Alhambra Mexicana, 1989.

⁷ Ribeiro, Darcy, “Autonomía cultural: una clave para el futuro”, *Diálogo*, Caracas, UNESCO, vol. 9, julio de 1993, p. 5.

⁸ Jaulin, Robert, *La des-civilización. Política y práctica del etnocidio*, México, Nueva Imagen, 1974; *La paz blanca*, Buenos Aires, Tiempos Contemporáneos, 1973, pp. 9-31. *Situación de los derechos humanos en Guatemala*, 1982 y 1983, pp. 96-99.

El término acuñado por Jaulin se construye como el de “genocidio”, el cual fue formado con “homicidio”.

A Jaulin le fue sugerido por Jean Malaurie, en mayo o junio de 1968, cuando utilizaba la expresión “genocidio cultural” para referirse a la liquidación de las civilizaciones indígenas, regresaba del Amazonas, desde 1962, no cesaba de denunciar esta liquidación o de tratar de frenarla, moviéndose de un lado a otro.

Jaulin agrega que Georges Condominas reivindicaba su utilización en su libro *Lo exótico es lo cotidiano*, y que sin duda fue ahí donde Jean Malaurier, editor de esta obra, lo encontró.

Con toda probabilidad esta palabra debe haber sido conocida o inventada en repetidas ocasiones y desde hace tiempo, pero rechazada o dejada al olvido a falta de un contexto que autorizara su uso. Para Jaulin, la ausencia de contexto no data de ayer; la explicación pública o popular, y con mayor motivo la oficial, del problema de etnocidio ha sido desde hace siglos, sino es que milenios, prohibida, hecho posible o anecdótico en Occidente.

Es de hacer notar que tanto el calificativo de “genocidio cultural” como el de “etnocidio”, ha confrontado problemas de aceptación en Naciones Unidas. Veamos:

En 1947 y 1948 la comisión número seis de las Naciones Unidas, al examinar la noción de genocidio, rechazó la idea del genocidio cultural, con el pretexto que podía atentarse contra la noción de genocidio en su sentido estricto. El mundo salía de la guerra, los espíritus estaban justificadamente obsesionados por el recuerdo de los hornos crematorios.

Después de este fracaso se intentó, en 1950, introducir en la Carta de los Derechos del Hombre un texto relacionado con la autodeterminación de los pueblos. Los grandes Estados opusieron a este texto una eficaz resistencia. La Carta fue poco a poco enterrada y dejada en el abandono.

Así, la destrucción de civilizaciones es lo que quizá imperfectamente defina el término etnocidio. La vigésima primera edición del Diccionario de la Lengua Española (1992) en ocasión del V Centenario de la invasión no contempló el término.

Frente al vacío legal internacional es importante rescatar su regulación en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas y otros antecedentes que sin duda fueron tomados en cuenta.⁹

Los propios pueblos originarios han signado importantes declaraciones frente al etnocidio, recordemos las declaraciones de Quito, Ecuador y la de Xelajú, en el marco de la Campaña

⁹ Entre los esfuerzos cabe mencionar los aportes de Jaulin a partir del *Coloquio sobre “Etnocidio a través de las Américas”* (Francia, 1970), con el precedente de las unidades de enseñanza sobre etnocidio y etnología colonial (1968). Así como los debates con ocasión del *XXXIX Congreso de Americanistas* (Lima, Perú, 1970), donde se dictaron importantes resoluciones sobre el genocidio en América Latina; la *Declaración de San José sobre Genocidio y etnocidio*, bajo los auspicios de FLACSO/UNESCO (1982); el Simposio Internacional de expertos sobre el tema “*Derecho de solidaridad y derechos de los pueblos*” República de San Marino, octubre de 1982. Cita especial merece que, en noviembre de 1969, representantes de numerosas tribus ocuparon el islote de Alcatraz, en la Bahía de San Francisco, recordando de esa forma su existencia y su derecho a estas tierras que fueron los primeros en habitar. Su proclama afirma su fe en los valores tradicionales de las civilizaciones indígenas y su voluntad de apoyarse en ellas para enfrentarse a los problemas políticos, económicos, ecológicos y morales que plantea el mundo blanco. Renaul, Roger, “A propósito del American Indian Movement”, *La des-civilización*, México, Nueva Imagen, 1974, p. 33.

Continental: India, Negra y Popular en contra de la celebración del V Centenario del “Descubrimiento de América” propuesto por España y del “Encuentro de dos Mundos”. También las declaraciones de las Cumbres de los pueblos indígenas celebradas en Chimaltenango, Guatemala, en 1993, y en Oaxtepec, Estado de Morelos, México, convocadas por la señora Rigoberta Menchú.

Dos importantes Acuerdos, el de San Andrés Larraizar (México) y de Identidad y Derechos de los Indígenas (Guatemala), de los cuales los gobiernos no han cumplido. Al igual que la regulación constitucional de sus derechos, asignaturas pendientes que los abogados mesoamericanos debemos exigir a nuestros gobiernos, pues más que mexicanos y guatemaltecos somos mesoamericanos con raíces indias.

Recordemos que el movimiento indígena comprende a las poblaciones históricamente sometidas a las formas más crueles de exclusión. En Latinoamérica, durante el primer siglo de la conquista española y dependiendo del área, entre el 50% y el 90% de la población indígena murió, y sólo unos cuantos grupos tribales sobrevivieron a la asimilación de los Estados poscoloniales y continúan siendo los más pobres entre los pobres, por debajo de la línea de la pobreza y los más perjudicados en la globalización.

En torno a la definición del término, encontramos que para el pueblo Quiché estas prácticas son denominadas: *Ri u ojer tzij tajin ka quisic*.¹⁰ Vienen acabando con nuestros conocimientos, nuestra cultura.

Obviamente esto desde la invasión española y las políticas del Estado guatemalteco desde la asimilación la integración y ahora la simulación.

II. ACCESO Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA

Herencia colonial y el Convenio 169 de la OIT

El Convenio regula:

Artículo 8o. “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberá tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”. Lo que implica que es una obligación del juzgador aplicar el Convenio. Debe recordarse que es un principio general del derecho: que no puede alegarse ignorancia, desuso o práctica en contrario y se puede tener responsabilidades.

“Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos en el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir de la aplicación de este principio. Siempre que sea necesario deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

¹⁰ Información recogida en trabajo de campo. Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Rostros de las prácticas étnicas en Guatemala*, México, Corte de Constitucionalidad de Guatemala-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 30.

La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Para el caso también son aplicables los artículos 9o., 10, 11 y 12, que en términos generales permiten que en las medidas que sea compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a que los pueblos indígenas y tribales recurren en materia penal; que las autoridades deben tomar en cuenta las costumbres de dichos pueblos en materia penal; se ordenan los estudios de carácter antropológico y socioeconómicos y de sanciones distintas a los encarcelamientos, y finalmente se les concede la gracia de acciones judiciales frente a la violación de sus derechos en la materia.

A mi juicio, las disposiciones del Convenio son limitadas en la medida que no reconocen expresamente un proceso autonómico de los pueblos originarios para aplicar su propio derecho, recrear sus propias construcciones jurídicas y dialectizarlas para superarlas y participar en la construcción del derecho nacional, más allá de su etnicidad, sino a lo que se le denomina el bien común.

El Convenio 169 de la OIT es limitado también en relación con el desarrollo de los derechos colectivos y para el caso de los pueblos étnicos al no aceptar la voz pueblo como se rige en el derecho internacional público moderno, constituyendo una seria limitación de naturaleza sociopolítica. Sus limitaciones seguramente se deben a las reservas en su construcción por parte de las representaciones gubernamentales.

La clásica “muletilla ” en cuanto a la aplicación del sistema jurídico indígena, siempre que no sea contraria a la ley, siempre que no sean contrarias a la constitución, siempre que no sean contrarias... Es un “aporte” formulado como si fuera necesario imponer una barrera para evitar la violación de los derechos humanos por parte de las propias instituciones de los pueblos indígenas.

En relación con este problema, en el Grupo de Trabajo sobre pueblos indígenas de la ONU, muchos indígenas expresaron su punto de vista argumentativo respecto a que los derechos humanos —tal como están formulados en el derecho positivo nacional e internacional— no son adecuados para sus pueblos, puesto que estos derechos son el resultado de una étnica individualista que puede ser contraproducente para sus aspiraciones.¹¹

Decimos que su origen es colonial si recordamos que se aceptaban las costumbres de los naturales de aquellos lugares que no fueran contrarias a la religión y al derecho natural, y con las costumbres que fueran surgiendo en el Nuevo Mundo, por obra de los mismos españoles.¹²

¹¹ Algunas observaciones sobre la relación instituciones indígenas y los derechos humanos: *IV Jornadas Lascazianas. Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indios*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 46.

ASIES Y NACIONES UNIDAS, *Acceso de los pueblos indígenas a la justicia desde un enfoque de derechos humanos. Perspectivas en el derecho indígena y el sistema de justicia oficial*, Guatemala, mayo de 2008; Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Derecho indígena en Mesoamérica*, México, Editorial Tinta Negra, 2007.

¹² En el derecho indiano la aplicación de la “costumbre de los naturales” hizo del derecho indígena un sistema complejo, por la diversidad y dispersión de las fuentes, por el casuismo de la legislación especial y por las normas, que sólo regían en un virreinato o en una provincia. Para el estudio del derecho precortesiano, hispánico y novo

El fundamento de la Corona de Castilla para legitimar su dominio político y jurídico en la Indias, afirma Gustavo García Fong, fue la Bula Pontificia conocida como *intercaeteras, del Papa Alejandro VI*. Dicho documento autorizaba a los Reyes Católicos el gobierno de aquellas tierras, con el objeto primordial de extender la predicación del catolicismo.¹³

Pero para hacer justicia hay propuestas jurídicas en favor de los pueblos indígenas, así encontramos en el derecho indiano, fruto de las iniciadas por Bartolomé de las Casas.¹⁴

La herencia de las propuestas rivales a las Casas y Vitoria es de corte aristotélico, es así: “como lo perfecto debe dominar sobre lo imperfecto...”. Lo imperfecto es la visión del otro, para el caso su derecho.¹⁵

Para concluir este apartado coincido con Francisco Palacios Romeo en “que entre las fuentes de los conflictos en el mundo colonial y aquí en el colonialismo interno, es la diferencia en creencias y valores fundamentales. Los de la civilización occidental difieren radicalmente de la de los otros (individualismo, liberalismo, constitucionalismo, derechos humanos, igualdad, libertad, imperio de la ley, democracia, mercados libres y separación de Iglesia y Estado”. En el sentido de estas ideas, afirma Palacios, “habrá que valorar el ideal de occidente de una “civilización universal...”.¹⁶

Para nuestro caso el Convenio 169 es una norma mínima cuyo proceso de ratificación fue difícil;¹⁷ a nivel declarativo tenemos ahora la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, que es motivo de esta ponencia. Sin embargo, las legislaciones nacionales de Colombia, Bolivia, Nicaragua, Perú y Venezuela son más avanzadas.

Pero no debemos dejar de lado las concertaciones políticas: El Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas,¹⁸ cuyo tránsito de compromiso de Estado pasó a ser un cuerpo normativo.¹⁹

hispánico en cuanto a sus fuentes, son sugerentes las observaciones de F. Margadant S., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, México, Esfinge, 1986, pp. 9-108.

¹³ *La construcción del pluralismo en Guatemala: convenios internacionales en materia de derechos humanos y su aplicación*, Cuadernos de Estudio (Lascasianos), núm. 77, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, abril de 2006, p. 4. Consultar: Tau Anzoátegui, *La ley en América hispana, desde el descubrimiento hasta la emancipación*, Buenos Aires, Academia nacional de Historia, 1992.

¹⁴ Pereña, Luciano, *Carta magna de los indios*, Madrid, Universidad Pontificia de Salamanca (Siglo XVI y XVIII), 1987 (Cátedra V Centenario). Véase Zavala, Silvio, *La defensa de los derechos de los hombres en América Latina. Siglo XVI y XVIII*, México, UNAM, 1982; Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando y Ordóñez Mazariegos, Carlos, “Etnicidad y derechos humanos”, *Revista Crítica Jurídica*, México, núm. 12, 1993.

¹⁵ Véase Castañeda Delgado, Paulino, *La teocracia pontifical en las controversias sobre el nuevo mundo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1996, p. 492, y Zavala, Silvio, *Ensayos sobre la colonización española en América*, Buenos Aires, 1944.

¹⁶ *La civilización en choque. Hegemonía occidental, modernización y Estado periférico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 17.

¹⁷ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *La opinión consultiva de la Corte de Guatemala sobre la constitucionalidad del Convenio 169 de la OIT*, México, Corte de Constitucionalidad de la República de Guatemala-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

¹⁸ No obstante, para Rachel Sieder, en cuanto a la justicia guatemalteca, “su naturaleza ineficiente y discriminatoria contribuye a la permanencia de la impunidad y a la falta del acceso a la justicia minimamente eficaz para la gran mayoría de la población, con el resultado de que grandes sectores de la población, y en particular los pueblos indíge-

No obstante, estos relativos avances y la preocupación en este Congreso sobre el tema, practicamos etnocidio en contra del derecho indígena como todas las prácticas culturales siguen siendo subordinadas y no hace posible la práctica del pluralismo cultural y jurídico en la medida que se estima que la concepción jurídica occidental es superior a la indígena. Se hace necesario hacer efectivos los principios de la igualdad jurídica, la diferencia cultural, la tolerancia, la solidaridad en el marco de la diferencia cultural, la tolerancia y la solidaridad en el marco de sociedades no sólo pluriétnicas sino también pluriculturales. Las facultades de derecho y ciencias sociales deben instaurar no sólo cátedras en la materia sino desarrollar, a su vez, investigaciones. Naciones Unidas ha preparado un informe que puede dar pie a una discusión sobre administración de justicia estatal e indígena en México y Guatemala²⁰ del monismo jurídico. En nuestro programa de maestría sobre Etnicidad, Etnodesarrollo y Derecho Indígena, en la Facultad de Derecho de la UNAM²¹ hemos implementado el curso sobre administración de justicia estatal e indígena.

III. DECLARACIÓN UNIVERSAL

Fue aprobada por la Asamblea General en su resolución 61/295 del 2 de octubre de 2007, y en su artículo 8o. muy puntualmente proclama: “los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción cultural”. Especifica las cinco causas.²²

A partir del artículo 9o. fortalece la propuesta señalando ampliamente los derechos culturales y sobre un futuro quehacer en materia de protección de los mismos como políticas de Estado en materia de pluralismo cultural y revitalización étnica.

Llama la atención su artículo 34 que señala: “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

nas no tienen confianza en él”. *El derecho consuetudinario, la reforma judicial y la implementación de los Acuerdos de Paz*, Guatemala, Flacso, 1998, p. 8.

¹⁹ Sin embargo, hay circunstancias negativas: la militarización de las comunidades indígenas afectó seriamente su derecho indígena hasta la fecha, la reforma a la Constitución de 1985 elimina las funciones de justicia de los alcaldes y sanciona, dejando sin ventana al derecho indígena y a la justicia comunitaria; en 1998 fracasa la consulta popular o referéndum para la reforma constitucional, no se regula la ley indígena maniatada en la propia Constitución. Véase Irigoyen, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, Fundación Mirna Mack, 1999; Ferrigno, Víctor, “Proyecto de justicia multicultural”, Quetzaltenango, Guatemala, Misión de Naciones Unidas, Minugua, informe de seguimiento 1998 y 1999; Irigoyen Fajardo, Raquel *et al.*, *Acceso a la justicia en Guatemala: situación y propuestas*, Guatemala, Agencia Sueca para el Desarrollo, mayo de 2003.

²⁰ *El acceso a la justicia para los pueblos indígenas en México*, México, 2007.

²¹ Tema que hemos trabajado también en nuestras Jornadas Lascasianas Internacionales, las cuales pueden consultarse en www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/lascasianas.

²² “a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privar a los pueblos y las personas indígenas de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica, b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia enajenarles sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos”.

Persiste, como dijimos, la herencia colonial al igual que el Convenio 169 de la OIT. Sólo que cabe agregar que la aceptación del derecho de los pueblos originarios devino de un actitud tolerante y pragmática en tanto que percibieron las bondades en la organización social y en muchas costumbres indígenas... (como la política colonial española)...²³

Por tanto, hablar de “derechos humanos” en el contexto colonizador no se da como una fórmula de “respeto de los valores alternos, sino precisamente, como un procedimiento de anulación de la diversidad”.²⁴

Sin duda, la reproducción del discurso colonial en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas implica “La constante interiorización material y simbólica de las sociedades nativas que conduce al desarrollo de procesos tipificables como etnocidio... no supone una acción coyuntural del Estado, sino parte de una misma definición estructural de acuerdo con el modelo uninacional tradicionalmente tomado como paradigma”.²⁵ Así, hay “gente de costumbres y gente de razón”.

Sin embargo, si nos avocamos al derecho en la globalización y las serias limitaciones del derecho internacional, encontramos contribuciones más allá del supuesto “aldeanismo” de las propuestas jurídicas indígenas que proponen desde abajo una contribución mundial.

Dicen los expertos que hay dos características igualmente promisorias:

La primera, que los pueblos indígenas reclaman la autodeterminación y su derecho a la tierra con el propósito de reivindicar sus costumbres, leyes y territorios ancestrales locales, y se han movilizado globalmente en alianzas con otros pueblos indígenas y organizaciones transnacionales en defensa de sus derechos.

La segunda, que los movimientos indígenas sean de carácter identitario pone de relieve la dimensión claramente cultural de la globalización contrahegemónica, es decir, el hecho de que los movimientos sociales globales se constituyen a partir de las diferencias como el de la igualdad. De hecho el carácter icónico de la lucha zapatista (y el movimiento indígena en su conjunto) para el movimiento por la justicia global reside en su capacidad de unir su aspiración a la justicia económica (justicia étnica y de género).²⁶

Por las razones enunciadas en este contexto conviene distinguir entre globalización de arriba hacia abajo y globalización de abajo hacia arriba, o entre la globalización hegemónica y la globalización contrahegemónica.²⁷

²³ Pérez Perdomo, Rogelio, *Los abogados en América Latina. Una introducción histórica*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 43.

²⁴ Pérez Collados, José María “El proceso intercultural de formación de los derechos del hombre hispanoamericano”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 187-218.

²⁵ Bartolomé, Miguel Alberto, *Gente de costumbre y gente de razón*, México, Siglo XXI, 1997, p. 70.

²⁶ Rodríguez Garavito, César y Arenas, Luis Carlos, “Derechos indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U’wa en Colombia”, en Sousa Santos, Boaventura *et al.*, *El derecho en la globalización desde abajo*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Antropos, México, p. 216.

²⁷ Sousa Santos, Boaventura, *Por una concepción multicultural de los derechos humanos*, México, UNAM, 1998, p. 18.

Para este Congreso resultaría importante un resolutivo que llamara la atención, de las limitaciones del Convenio 169 de la OIT y la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Desde la antropología y sociología simbólica podríamos hablar qué hay de mito a mito, y el otro puede ser:

“la negación de la cultura propia sería la manifestación subordinada a poderes externos de economía y política. Desde este punto de vista la cultura estará en la sucesión de las figuras pasivas, imágenes del mundo o cosmovisiones que se asumen como imposturas en el curso de la historia. En ese sentido la cultura mixe tiene que afirmar su propia historia...”.²⁸

IV. PLURALISMO

1. *Pluralismo cultural y jurídico*

El pluralismo jurídico es un tema que surge en Europa a principios del siglo pasado, proclamando la necesidad de alternativas al insuficiente derecho del Estado. Hoy aparecen con fuerza las teorías pluralistas del derecho debido a las siguientes razones: *a)* la presión contra el derecho estatal de las comunidades étnicas y de los colectivos sociales marginados; *b)* el mayor conocimiento de la cultura jurídica existentes en el mundo, y *c)* la mayor posibilidad de políticos y juristas por el hecho de la diversidad cultural y jurídica al decir de Ramón Soriano.²⁹

La regulación del pluralismo jurídico en el Convenio 169 de la OIT se adscribe a lo que se ha denominado “pluralismo jurídico formal unitario”.

André Hoekema distingue: pluralismo formal “unitario” y un pluralismo jurídico “igualitario”. La diferencia estriba en determinar si el derecho oficial se reserva o no la facultad unilateralmente de determinar la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos.³⁰

Carlos Federico Mares de Souza estima que se habla “de un derecho propio, pero inferior, porque debe normarse por los derechos fundamentales, por el sistema jurídico nacional, o de los derechos humanos internacionalmente reconocidos”.³¹

Para el caso guatemalteco la composición pluriétnica y pluricultural es una de las razones fundamentales y en lo particular por ser el asiento de los denominados pueblos testimonios, en

²⁸ Munch Galindo, Guido, *Historia y cultura de los mixes*, México, UNAM, 1996, p. 78.

²⁹ *Sociología del derecho*, España, Ariel Derecho, 1997, p. 359. Para una bibliografía sobre el tema pueden consultarse las siguientes páginas web: www.bibliojuridicas.org y www.juridicas.unam.mx.

³⁰ Hoekema, André, “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *América indígena*, México, Instituto Indigenista Interamericano, vol. LVIII, 2000, pp. 269-272.

³¹ “Autodeterminación de los pueblos indígenas y jusdiversidad”, *América indígena*, México, Instituto Indigenista Interamericano, vol. LVIII, 2000, p. 308. En esta línea se pronuncia Cabedo Mallol, Vicente, “Reconocimiento del derecho y la jurisdicción indígena y el Convenio 169 de la OIT”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Pueblos indígenas y tribales: respeto, participación y consulta*, México, Plaza y Valdés, 2008; también González Galván, Jorge, “Reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT”, en Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT, IX Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

particular los mayas. Por su parte, el sistema jurídico indígena tiene una larga data compartida con México, en tanto que las fronteras nacionales no son necesariamente las fronteras étnicas. Mismas que se dibujaron en el siglo XIX con los criollos que formularon la independencia, y los ladinos que construyeron el Estado o nación; dicho en otros términos, las dos identidades que asume el colonialismo interno y excluyen a los pueblos originarios que conforman un extraordinario abanico multicultural. Por lo tanto, el pluralismo cultural y pluralismo jurídico es un fenómeno que con retardo quiere descubrir la antropología jurídica, en tanto que etnocéntricamente olvidan las raíces prehispánicas y afroamericanas que le dieron su más remoto antecedente.

2. Legalidad y legitimidad del derecho indígena

La legitimidad y legalidad del derecho indígena tiene a nuestro entender tres vertientes:

1. Por cuanto que los pueblos indígenas lo consideran como un sistema jurídico. Tienen sus operadores (sistemas de autoridad/ejercicio jurisdiccional); construcción epistemológica y ética.

Coincidente con la *opinio juris* (doctrina) guatemalteca que se inició con los trabajos de don Manuel García Elgueta,³² en el siglo XIX, en pleno auge de la implementación del juspositivismo y los trabajos pioneros de Flavio Rojas Lima y Julio Hernández Sifontes, precursores de la antropología jurídica en Guatemala, a partir de sus reflexiones realizadas en el marco de la Universidad de San Carlos de Guatemala, cuando resaltan “que en Guatemala se puede hablar, con suficiente base empírica, de la existencia prolongada de un sistema de normas consuetudinarias que encajarían en los distintos campos del moderno derecho occidental”.³³

2. En el marco del derecho internacional público moderno: Convenio 169 de la OIT y la Declaración de Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, con las reservas asentadas. Mismas que para el caso deberían ser llevadas al denominado derecho positivo nacional y a sus operadores de justicia. La Constitución vigente en Guatemala se funda en dos principios básicos: la supremacía constitucional y el pluralismo político; este segundo dado “la estructura social es por naturaleza heterogénea, como suma de muchas realidades económicas, sociales, profesionales, étnicas, que muchas veces generan intereses contrapuestos”³⁴

³² Carranza, Jesús y García Elgueta, Manuel, *Historia de un pueblo de los altos*, Quetzaltenango, Guatemala, Establecimiento Tipográfico Popular, 1897.

³³ Rojas Lima, *El derecho consuetudinario en el contexto de la etnicidad en Guatemala*, Guatemala, Procuraduría de Derechos Humanos, 1955; *El derecho guatemalteco como un hecho social*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1975; Hernández Sifontes, *Realidad jurídica del indígena guatemalteco*, Guatemala, Universidad de San Carlos, 1965. En 1970 trabajé la temática en mi tesis de grado de licenciatura: *Una comunidad indígena guatemalteca frente a la ignorancia del derecho*, Facultad de Derecho de Quetzaltenango, Universidad de San Carlos, 1970. Hoy existen significativos aportes sobre el derecho indígena desde una visión interior de los propios pueblos indígenas que es muy significativa. El Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Rafael Landívar viene editando los Cuadernos Lascasianos (apoyo a las Jornadas Lascasianas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM) sobre la temática del derecho indígena, pluralismo jurídico y otros temas sobre Guatemala.

³⁴ Véase García Laguardia, Jorge Mario, *Política y Constitución. La Constitución de 1985*, Guatemala, Procuraduría de Derechos Humanos, 1993, pp. 55 y ss.

En lo jurídico podemos hablar que el derecho indígena o consuetudinario como se le asigna en el Convenio 169 de la OIT y el Acuerdo de Identidad, constituye en su conjunto parte del *Corpus Juris Guatemalensis*.³⁵

3. En el derecho nacional, aceptado en la Opinión consultiva sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT de la Corte de Constitucionalidad, la Constitución de la República de Guatemala, Código Municipal (Decreto núm. 12-2002 del Congreso) en especial su artículo 65; Código Procesal Penal (CPP), al normar el principio de oportunidad como un medio de aplicación de los usos y costumbres para la resolución de los conflictos en forma alternativa; en el Acuerdo de Paz sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas (AIDPI) en su capítulo IV inciso B.³⁶

Tenemos resoluciones en favor de su aplicación dadas por la propia Corte Suprema de Justicia y otros tribunales nacionales de menor jerarquía; sin constituir por ahora jurisprudencia como sucede en países como Colombia y la implementación con su bendición de los *Tribunales Comunitarios Indígenas* en cinco zonas del país y en particular con la propia y legítima administración de justicia de los pueblos originarios en algunos casos “clandestina” por la persecución etnocida-jurídica del Estado guatemalteco. Aparece en lo legal y en los compromisos de Estado, en el Acuerdo de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Como sugerencia pero a puerta cerrada y sin espacios políticos y físicos en la experiencia de los denominados Centros de Administración de Justicia. CAJ.³⁷

En materia de pluralismo, el derecho indígena, y en su vida colectiva, el derecho indígena, exige respeto y agradecimiento por sus bondades a la madre tierra (la naturaleza), el ser humano y el creador; el respeto y el agradecimiento permiten el equilibrio y la armonía. Propugna por la igualdad social, y de esa suerte los servicios comunitarios sirven para compensar las diferencias económicas y permitir al prestatario el goce del prestigio social. Por supuesto no hablamos del caciquismo económico ni político “indígena”; el pluralismo jurídico tiene entonces otro referente, la vida económica diferenciada y la educación igualitaria y socializante del mundo indígena. En ese orden de ideas, la “constitucionalidad indígena” y/o “El derecho internacional público indígena” parte de los derechos económicos, sociales y culturales y no de las denominadas garantías individuales. No es lo “tuyo y lo mío”, es lo nuestro.

En Guatemala las prácticas etnocidas ofrecen múltiples rostros, uno de ellos es la persecución del derecho indígena y sus sistemas de cargos, y con ellos la negación del pluralismo jurídico, hoy de “baja intensidad”, si recordamos los años del conflicto armado, o quizá más sofisticado o más perverso. La destrucción de las prácticas económicas, sociales y comunitarias conlleva a la desarticulación de las prácticas jurídicas indígenas y en el mejor de los casos a su invisibilidad como un mecanismo de defensa legítimo, pero debe tomarse en cuenta que también

³⁵ Lemus, Isidro, *Cuatro grandes claves en la interpretación de la cultura*, Guatemala, Editorial Universitaria USAC, 1976, p. 88.

³⁶ Véase Marroquín Guerra, *El peritaje cultural indígena como forma del pluralismo indígena en Guatemala*, Cuadernos de Estudio (Lascasianos), núm. 70, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, marzo de 2006, y Ordóñez Mazariegos, Carlos, *El pueblo maya-kichee frente al neoliberalismo, la mundialización y la globalización*, Cuadernos de Estudio (Lascasianos), núm. 64, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, septiembre de 2005.

³⁷ Ordóñez Cifuentes José Emilio Rolando *et al.*, *Pueblos indígenas y tribales. Respeto, participación y consulta*, México, Plaza y Valdez, 2008.

la operacionalidad de su derechos es distinta a las formas de organización judicial estatal, en donde el prestigio social, el servicio comunitario, la experiencia ciudadana indígena y además estatal nacional, su adscripción calendárica maya y xinca, y otras circunstancias valorativas dentro del régimen de la sustentación política y moral en la comunidad, es definitiva.³⁸

Sin embargo, como dice Guillermo Goussen, en el prólogo del libro de Guido Munich, los pueblos indígenas tienen “la desgracia de ser etnias dominadas en un país que entró a la modernidad con los ases de la miseria ocultos en la manga”.

³⁸ Ordóñez Cifuentes, José Emilio Rolando, *Economía, sociedad y derecho indígena*, Cuadernos de Estudio (Lascasianos), núm. 67, Guatemala, Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 28-31.