

Indigenizando la reconciliación: reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia

Indigenizing reconciliation: questions of jurisdiction for Indigenous victimizers in post-conflict zones and an argument for traditional systems

Noriana Marcela Franco Novoa
University of Colorado Boulder

 <https://orcid.org/0000-0002-8484-1389>

 noriana.franco@gmail.com

Resumen: Las comunidades indígenas alrededor del mundo se enfrentan a múltiples vulnerabilidades que se exacerban en contextos de conflictos armados. Los miembros de los pueblos indígenas son golpeados por el flagelo del conflicto desde dos perspectivas. Por un lado, son víctimas de crímenes y violaciones a sus derechos humanos, mientras por el otro, la armonía comunitaria se ve afectada por individuos indígenas que por decisión o reclutamiento forzado se convierten en victimarios, afectando en muchas ocasiones a su propia comunidad. El presente artículo pretende analizar la eficacia de los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas, para aplicar responsabilidades penales a personas indígenas que cometen crímenes que se encuentran bajo la competencia de la Corte Penal Internacional (como los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra), durante conflictos armados internos. En el documento se analiza si los objetivos de aplicación efectiva de la justicia del derecho penal internacional son cumplidos al utilizarse sistemas de justicia

Artículo de revisión/ Review article

Cómo citar este artículo: Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx. doi:

Recibido: 25/09/2020 | **Aceptado:** 24/03/2022 | **Disponible en línea:** 06/04/2022

tradicionales diferentes a las jurisdicciones nacionales e internacionales reconocidas desde las perspectivas de la justicia occidental. Para ello se analiza el marco normativo internacional que avala los sistemas consuetudinarios indígenas de justicia, se exploran diferentes nociones de justicia y responsabilidad penal de comunidades indígenas alrededor del mundo, y se estudian diversas jurisdicciones indígenas en Latinoamérica en virtud del pluralismo jurídico, realizando un especial énfasis en el caso colombiano. Luego, se analizan los objetivos de la jurisdicción penal internacional, y finalmente, se analiza la posible articulación de sistemas jurídicos indígenas en cumplimiento de los parámetros internacionales de responsabilidad penal. El artículo concluye que la justicia tradicional impartida por las comunidades indígenas puede ser compatible con las normas internacionales de responsabilidad penal, siempre y cuando se encuentren en armonía con los principios de responsabilidad adoptados por la Corte Penal Internacional, y el cumplimiento de los parámetros de derechos humanos relativos a la aplicación efectiva de la justicia y el debido proceso.

Palabras claves: comunidades indígenas/pueblos indígenas, responsabilidad penal internacional, conflicto armado interno, crímenes internacionales, sistemas de justicia indígena.

Abstract: Indigenous peoples' around the world face multiple vulnerabilities that are exacerbated in armed conflict scenarios. Members of indigenous communities are hit by the scourge of conflict from two perspectives. On the one hand, they are victims of crimes and violations of their human rights, while on the other hand, community harmony is affected by Indigenous individuals who by decision or forced recruitment become victimizers, participating in the armed hostilities and often affecting their own community. This article aims to analyze the effectiveness of Indigenous peoples' legal systems to apply criminal accountability on indigenous individuals who commits crimes that fall under the jurisdiction of the International Criminal Court (such as crimes against humanity and war crimes) during domestic armed conflicts. The paper analyzes whether the objectives of effective international criminal accountability are fulfilled with the application of justice by customary legal systems that differ from national and international jurisdictions recognized from Western justice perspectives. To this end, the article analyzes the international legal framework that supports Indigenous peoples' rights to engage in their traditional justice systems, also explores different notions of justices and criminal responsibility of indigenous communities around the world, and, studies a variety of indigenous jurisdictions in Latin America which recognize a legal pluralism, with a special emphasis on the Colombian case. Later, the article studies the objectives of the international criminal jurisdiction, and finally, it discusses the harmonization of indigenous legal systems in compliance with international parameters of criminal accountability. The article concludes that Indigenous Peoples' traditional justice systems can be compatible with international standards of criminal responsibility, as long as the systems comply with human rights obligations and the international standards of the International Criminal Court (ICC).

Keywords: indigenous communities, international criminal responsibility, domestic armed conflict, international crimes, indigenous justice systems.

Introducción

Los pueblos indígenas alrededor del mundo enfrentan múltiples vulnerabilidades en contextos de conflictos armados internos. A menudo, sus territorios ancestrales son blanco de diferentes grupos armados participantes en las hostilidades, que pretenden tener el control de las zonas rurales en las que sus territorios se asientan. Como consecuencia de los enfrentamientos armados, las comunidades indígenas se convierten en víctimas de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. Además de la susceptibilidad de ser víctimas, los miembros de las comunidades indígenas también se convierten en victimarios, participando como combatientes en los conflictos domésticos. Algunos de ellos deciden libremente participar en las actividades delictivas de los grupos armados, mientras que otros son reclutados por la fuerza. Dadas las condiciones comunitarias en las que muchas comunidades indígenas se organizan, existe una línea borrosa entre las víctimas y los victimarios entre los individuos indígenas.

El presente artículo tiene como objetivo general, analizar la eficacia de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas para aplicar responsabilidades penales a personas indígenas que cometen crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, en contextos de guerra interna. A lo largo del presente escrito se estudia si los objetivos del derecho penal internacional se cumplen con la aplicación de la justicia

indígena, a la que también se le denomina sistemas jurídicos consuetudinarios. En el documento se sostiene que los miembros de comunidades indígenas que cometieron crímenes durante un conflicto armado interno deben ser juzgados conforme a los sistemas tradicionales de justicia de sus comunidades, siempre y cuando estos sistemas cumplan con obligaciones universales en materia de derechos humanos, y las normas internacionales de la Corte Penal Internacional (En adelante la Corte o CPI).

Para la consecución de este objetivo general, se desarrollan tres partes. En primer lugar, como antecedente, el documento explica que el marco internacional que protege el derecho de los pueblos indígenas a practicar sus sistemas jurídicos consuetudinarios. Además, a modo de ilustración, el documento ofrece ejemplos de diferentes sistemas jurídicos consuetudinarios aplicados por comunidades indígenas, analizando si sus prácticas de impartir justicia cumplen con las normas internacionales de derechos humanos. Al final de esta sección, el artículo estudia el caso colombiano como ejemplo de una jurisdicción indígena que se encuentra en articulación con el sistema jurídico no-indígena, tanto en su jurisdicción ordinaria como en su jurisdicción especial para la paz, creada en un contexto de postconflicto.

En segundo lugar, el artículo estudia la filosofía y los objetivos de la CPI como el esfuerzo de la comunidad internacional de

juzgar los crímenes más graves (Estatuto de Roma, 2002).¹ Para ello en el documento se describe el funcionamiento de la Fiscalía de la CPI, planteando cuestiones sobre la doctrina del “interés de la justicia”, que otorga poderes discrecionales a la Fiscalía para cumplir con el mandato de la Corte.

Finalmente, se analiza la articulación de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas con los parámetros internacionales de responsabilidad penal establecidos en el Estatuto de Roma. Para ello, se estudian las cooperaciones entre sistemas consuetudinarios indígenas y sistemas jurídicos no-indígenas, de conformidad con los parámetros de derechos humanos y las obligaciones establecidas por el derecho penal internacional. Posteriormente, se realiza un análisis de las circunstancias en las que los sistemas jurídicos indígenas podrían ser eficaces para el enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, siguiendo los objetivos de la CPI en materia de responsabilidad penal.

¿Qué es la justicia para los pueblos indígenas? Sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas, sus características, desafíos y limitaciones.

¹ El artículo 5 del Estatuto de Roma establece los crímenes de competencia de la corte, esbozando que se “limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”. Específicamente el crimen de genocidio, los crímenes de

Marco normativo internacional del derecho de los pueblos indígenas a practicar sus sistemas jurídicos tradicionales.

El derecho internacional de los derechos humanos reconoce la importancia para las comunidades indígenas de mantener y promover sus sistemas jurídicos consuetudinarios, como representación de su cultura, sus tradiciones, su autonomía y su autodeterminación como pueblos originarios.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas² aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007, reconoce oficialmente el derecho de los pueblos indígenas a practicar sus sistemas jurídicos tradicionales. En el artículo 34 de la Declaración se afirma que “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”.³ Subsecuentemente, el artículo 35 determina el derecho de los pueblos indígenas a “determinar las

lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión.

² En adelante UNDRIP (por sus siglas en inglés) o la Declaración.

³ Negrilla de la autora.

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”. (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007) . La Declaración reconoce e incorpora los sistemas jurídicos consuetudinarios dentro del andamiaje subjetivo de derechos de los pueblos indígenas alrededor del mundo, como una forma de reparación histórica por la negación sistemática a impartir justicia por parte de autoridades, instituciones y leyes indígenas, a las que se vieron expuestos desde la época colonial. La anterior Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz (2019), ha sostenido que la posibilidad de impartir justicia conforme a sistemas jurídicos propios es un “componente integral” del derecho de los pueblos indígenas a autogobernarse, autodeterminarse y acceder efectivamente a la justicia. (párr. 13).

Por su parte, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, avala los sistemas de justicia indígena en sus artículos 8 y 9. El convenio reconoce sus costumbres, leyes e instituciones “siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos” (Organización Internacional del Trabajo [OIT], 1989). Así pues, como se afirma en la Declaración, el Convenio 169 establece limitaciones a la posibilidad de los pueblos indígenas para practicar sus propias leyes e instituciones jurídicas, bajo

estipulación en contrario de las leyes nacionales, y posible violación de las normas internacionales de derechos humanos.

Rodolfo Stavenhagen (1990), antiguo Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sostuvo que, el derecho indígena es una parte fundamental de su existencia como pueblos originarios, principalmente porque es un mecanismo para preservar la cultura indígena, característica indispensable de su presencia ancestral. Aunado a lo anterior, la falta de autonomía que impiden el uso de sus sistemas de justicia consuetudinarios contribuye a la asimilación forzosa de las comunidades indígenas, lo que en última instancia es otra causa del denominado “etnocidio de los pueblos indígenas” (Stavenhagen, 2006, p. 20). En la declaración de Stavenhagen se destaca la importancia de los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas como parte fundamental en el tejido social de las comunidades.

La capacidad de los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas, para cumplir o adaptarse a las normas internacionales de derechos humanos representa un desafío para su integridad cultural. En algunos casos, la adaptabilidad puede exigir cambios en las costumbres que han sido practicadas, y han caracterizado a comunidades enterantes durante mucho tiempo. Sin embargo, y contrario a lo que se cree popularmente, los sistemas jurídicos indígenas no son inmutables, y las nuevas

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

dinámicas que apuntan a su reconocimiento en contextos nacionales e internacionales están “cambiando la naturaleza de los sistemas de justicia indígenas” (Sieder, 2012, p. 108). Sobre este punto también se pronunció el anterior Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya (2012) expresando que “es necesario que los propios pueblos indígenas sigan fortaleciendo su propia capacidad organizativa y de gobernanza local, y sus propias instituciones de justicia, para superar las dificultades que enfrentan sus comunidades” (párr. 33). A la luz de la situación de las mujeres y niñas indígenas en el mundo, que se enfrentan a múltiples tipos de violencia, Anaya alienta a las comunidades a fortalecer sus sistemas propios de justicia, en busca de mecanismos eficaces para evitar la violencia sistemática. Esta declaración es también una invitación a que los pueblos indígenas adapten sus sistemas jurídicos, en cumplimiento de las normas de derechos humanos.

Muchas de las oposiciones a las que se enfrentan los pueblos indígenas a que practiquen sus sistemas jurídicos consuetudinarios, están ligadas a la creencia de que estas comunidades son sociedades incivilizadas, con castigos atroces que afectan los derechos humanos de los infractores judicializados. Bajo ese entendido, la versatilidad de los sistemas jurídicos consuetudinarios para adaptarse a las normas universales de derechos humanos es indispensable para su reconocimiento jurídico. En el siguiente

aparte se analizarán algunos sistemas jurídicos y conceptos de justicia de pueblos indígenas en diferentes partes del mundo, y sus perspectivas de versatilidad y/o adaptabilidad con parámetros fundamentales de derechos humanos.

Breve ilustración de algunos sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas

El concepto de justicia es cambiante y dinámico entre las sociedades, por lo que la perspectiva de lo que es justo o correcto se encuentra en constante variación. Siguiendo esta dinámica, la noción de justicia de los pueblos indígenas a menudo difiere del paradigma occidental. Si bien es imposible determinar una noción general de justicia que combine todas las perspectivas asociadas a lo justo, ya que cada comunidad tiene sus propias creencias internas de justicia y de la forma indónea para determinar responsabilidades de los delitos cometidos por sus miembros, algunos patrones pueden ser identificados. Por lo general, los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas no están codificados, porque se basan principalmente en “historias orales, cosmovisiones, tradiciones espirituales y otras tradiciones culturales, relaciones y obligaciones familiares o de clanes, y su estrecha relación con sus territorios ancestrales” (Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007).

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

Para una comunidad indígena de Guatemala conocida como *Maya Q'eqchi'*, la justicia es una manifestación de un *karma divino*, que sanciona al perpetrador del crimen a padecer un castigo infligido por el cosmos durante toda su vida, lo que implica que en vida, nadie más que el universo se encarga de hacer rendir cuentas al infractor (Haeserijin, 1975). Por ende, dentro de la comunidad no se comparten los propósitos de la justicia retributiva, y no se identifican con las penas asociadas al delito que se imponen en la jurisdicción ordinaria de Guatemala. Dentro de sus conceptos de justicia, existe un fenómeno conocido como *q'oqok*,⁴ un tipo de castigo divino que identifica al cosmos, el universo o a Dios, como un juez que va a sancionar en vida todo el dolor que una persona causó a otras, lo que incluye todos los crímenes (Haeserijin, 1975, p. 48). Los miembros de las comunidades indígenas deben actuar con sabiduría y no buscar por ningún motivo vengarse por el daño sufrido, para así evitar recibir el mismo castigo divino. Algunos sobrevivientes *Q'eqchi'* del conflicto armado guatemalteco no solo rechazan los procedimientos judiciales determinados por la justicia penal ordinaria, sino que también quieren evitarlo por temor a ser sancionados por la lógica interna del cosmos (Viaene, 2013, p. 108).

Desde un punto de vista penal adversarial, la interpretación de la justicia del pueblo Maya *Q'eqchi'* no es justicia, sino impunidad (Viaene, 2013, p. 107). Lo cierto es que la comunidad no persigue ninguna responsabilidad penal en el mundo físico, porque entienden que la responsabilidad vendrá de un más allá, y, en ese sentido, dejar que la ley del cosmos actúe es su manera de impartir justicia. Este enfoque tiende a ser problemático, sobre todo en un país como Guatemala, que ha enfrentado un conflicto armado durante más de 30 años, y las víctimas y los autores de los delitos viven juntos en la misma comunidad.

Por su parte, otras comunidades indígenas de Guatemala tienen estructuras sociopolíticas que desempeñan funciones administrativas y jurisdiccionales, incluido el enjuiciamiento de personas que cometen delitos. Por ejemplo, el pueblo *k'iche'* de Santa Cruz del Quiché restableció la institución de la "alcaldía indígena", una coordinación supracomunal de autoridades indígenas, que dejó de funcionar durante los peores años del conflicto armado guatemalteco (Sieder, 2012, p. 106). Gracias a esta institución, las autoridades impiden el linchamiento de presuntos delincuentes dentro de la comunidad, que, dadas las circunstancias violentas derivadas del conflicto, habían empezado a impartir justicia sin un debido proceso, afectando así los

⁴ *Q'oqok* es definido como el "dolor o tristeza que siente alguien o algo, por ser tratado mal y que se convertirá en

un castigo retribuyente al causante del dolor o tristeza". (Haeserijin, 1975, p. 48).

derechos humanos del sospechoso. La restitución de las “alcaldías” representan un esfuerzo por recuperar la autonomía indígena y los derechos colectivos del pueblo k’iche, adaptándose al mismo tiempo, a las normas internacionales de derechos humanos. (Sieder, 2011). Los esfuerzos de las Alcaldías por aplicar el debido proceso y evitar tratos crueles, inhumanos y degradantes a los infractores, es un ejemplo de la capacidad que tienen los sistemas jurídicos consuetudinarios para adaptarse y crear relaciones armónicas con sociedades no-indígenas dominantes.

Otros pueblos indígenas alrededor del mundo tienen diferentes maneras de impartir justicia a sus miembros. La filosofía que caracteriza el castigo impartido por los Aborígenes e Isleños del Estrecho de Torres en Australia está relacionada con el restablecimiento de las relaciones comunitarias, las prácticas disuasorias para que los delitos no se repitan, y en última instancia, la enseñanza al respeto de las leyes indígenas por todos los miembros de la comunidad. (Anthony, 2013, p. 113). Así, los castigos indígenas abarcan desde la vergüenza pública, el exilio de la comunidad, la compensación o restitución económica, el trabajo comunitario, la denuncia y las disculpas públicas. Cuando el delito cometido es grave, categoría que incluye el asesinato,

la agresión sexual, la interferencia o blasfemia en las ceremonias y la custodia indebida de la tierra, los castigos también pueden ser corporales, como la lanza, el garrote y el látigo. (Gaykamangu y Terence Kelly, 2012, p. 236).

Si bien el castigo de los pueblos indígenas australianos puede ser interpretado por la sociedad en general como una cuestión de venganza que incita a la violencia colectiva (Woodroffe, 2006), la realidad es que su sistema de castigo está regulado, y compromete la toma de decisiones colectivas de toda la comunidad, lo que incluye la manifestación de la voluntad del delincuente. Sin embargo, algunos de sus castigos pueden violar los derechos humanos individuales de los miembros de la comunidad, cuando, por ejemplo, la comunidad decide exiliar a un individuo indígena como castigo por el crimen cometido. Esta consideración en específico viola los derechos culturales de la persona, incluyendo su derecho a participar en la práctica de las tradiciones y formas de vida de la comunidad con la que se identifica.⁵ (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1976, art. 27). El apaleamiento en circunstancias intenso puede ser considerado un castigo cruel, inhumano y degradante, sobre todo cuando el resultado del castigo físico es un daño grave para la salud y la vida del acusado. Los mecanismos

⁵ Artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho

que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

consuetudinarios indígenas para impartir justicia deben considerar diferentes escenarios para evitar violar los derechos humanos individuales.

Pluralismo jurídico y jurisdicciones indígenas

Los ejemplos representados anteriormente, dan muestra de sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas que no están plenamente reconocidos ni incorporados en jurisdicciones ordinarias nacionales. Este enfoque consuetudinario no representa una verdadera doctrina en la que converjan diferentes sistemas jurídicos en el mismo espacio geopolítico. Sin embargo, en diferentes países, especialmente en América Latina, se ha logrado articular sistemas jurídicos indígenas y no indígenas, con una validez relativamente igual, en una teoría conocida como el pluralismo jurídico (Yrigoyen, 2006). Si bien el pluralismo jurídico puede utilizarse para justificar diferentes sistemas jurídicos en el mismo país, que pueden o no ser sistemas jurídicos indígenas, a los efectos del presente artículo el término se utilizará para referirse a los múltiples desafíos que deben afrontar los pueblos indígenas, en relación con los conflictos intralegales de reconocimiento en un mismo país. A continuación, se hará un breve recuento de jurisdicciones indígenas reconocidas en varios países de América Latina, haciendo especial énfasis en el caso colombiano.

Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador poseen obligaciones específicas respecto de la aplicación de justicia no indígena a miembros de comunidades indígenas, a través de las cuales se debe asegurar el derecho de las comunidades y sus miembros, a que se reconozcan sus perspectivas de justicia aun cuando el sistema aplicado sea no-indígena. Dichas obligaciones se encuentran consagradas en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT.

Perú reconoce a los pueblos indígenas que se encuentran dentro de su territorio, el derecho a la etnia y la identidad cultural, consagrado en el parágrafo 19 del artículo 2 de la Constitución de 1993, en el que también se establece la existencia constitucional de las comunidades rurales y nativas, reconociendo su autonomía en “su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece” (Constitución Política del Perú, 1993, art. 89). La jurisdicción indígena peruana debe respetar los derechos humanos fundamentales (Constitución Política del Perú, 1993, art. 149), tal y como se establece en el Convenio 169 de la OIT. Como se muestra en la Constitución peruana, la determinación del alcance de la jurisdicción indígena está supeditada a la delimitación del espacio comunal

indígena que otorga la ley. (Yrigoyen, 1999, p. 129).

Por su parte, la Constitución boliviana de 2009, presenta al país como un Estado pluriétnico y plurinacional, garantizando la libre determinación, autonomía y autogobierno a las naciones y pueblos indígenas nativos/rurales existentes en el territorio. (Constitución Política de Bolivia, 2009, art. 2). El artículo 2 también reconoce el control de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales. La jurisdicción indígena originaria campesina está plenamente protegida por el capítulo IV de la Constitución boliviana. Al respecto, el artículo 190 establece que los pueblos indígenas “ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”. La norma establece los límites de la aplicación de la jurisdicción indígena, en la cual se debe respetar la vida, la defensa y los demás derechos reconocidos en la constitución.

La ley No. 073 del 2010, conocida como Ley de deslinde jurisdiccional, establece los parámetros para armonizar la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. Según el artículo 10 de la ley, los pueblos indígenas en Bolivia pueden reclamar la competencia para conocer todos los procesos que tradicional o históricamente fueron resueltos por mecanismos indígenas, en virtud de su autodeterminación. Siguiendo con la tendencia observada en Perú, la ley de

deslinde también establece limitaciones al derecho a participar en sistemas jurídicos indígenas, determinando específicamente que la justicia consuetudinaria de los pueblos originarios bolivianos no podrá aplicarse cuando se trate de crímenes de lesa humanidad, crímenes contra la seguridad interna o externa del Estado, delitos de corrupción, tráfico de armas, narcotráfico, violación, asesinatos y afectación física de niños. (Ley 073, 2010, art. 10). Esta disposición es de especial relevancia para la discusión del presente artículo, pues se estudiará si la limitación planteada en Bolivia termina siendo atentatoria de los derechos de los pueblos indígenas de ese país.

En la misma senda que Perú y Bolivia, la reciente constitución de Ecuador reconoce a las comunidades, pueblos y naciones indígenas como parte del único e indivisible Estado ecuatoriano. (Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 56). Dentro del conjunto de derechos que tienen los pueblos indígenas en Ecuador, se encuentra participar en sus propios sistemas jurídicos o derecho consuetudinario, mismo que no puede vulnerar derechos constitucionales, en particular aquellos de las mujeres, los niños y los adolescentes. (Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 57). Además, las sentencias y procedimientos de las autoridades indígenas deben obedecer a la Constitución ecuatoriana y los tratados de derechos humanos firmados por el Estado ecuatoriano.

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

Constitución de la República de Ecuador, 2008, art. 171).

Las jurisdicciones indígenas en América del Sur son sin duda un gran paso en el reconocimiento por parte del Estado de sistemas jurídicos indígenas. La jurisdicción consuetudinaria indígena abarca la coordinación entre entidades estatales y comunidades indígenas, armonizando la protección de derechos comunitarios e individuales de miembros de la colectividad. Además de los ejemplos explicados anteriormente, existe un caso de articulación entre jurisdicciones indígenas y ordinarias de derecho interno que merece un estudio especial, dadas las condiciones de conflicto armado que se han suscitado en el país. Este es, por supuesto, el caso colombiano. A continuación, se explicará la jurisdicción indígena colombiana, y el tratamiento de las demandas de las comunidades indígenas en el acuerdo de paz del 2016, en virtud de la competencia penal de miembros de comunidades indígenas que cometieron delitos en el marco del conflicto armado interno. El Estado colombiano reconoce en su totalidad la jurisdicción indígena incluso en casos de crímenes de lesa humanidad, y crímenes de guerra, delitos que por su naturaleza podrían estar sujetos a la jurisdicción de la CPI.

La jurisdicción penal indígena y la justicia especial para la paz: El caso colombiano.

La Constitución Política de Colombia de 1991 reconoce el carácter multiétnico del país, estableciendo en su artículo 7 que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación. El artículo es una piedra angular en el reconocimiento de los pueblos indígenas como parte de la vida civil del país. Colombia también ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, a través de la Ley 21 de 1991. La Corte Constitucional colombiana ha establecido que el Convenio forma parte de un “bloque de constitucionalidad” (Corte Constitucional, Sentencia T 606, 2001), afirmando, además, que la intervención ilícita en los asuntos e intereses restringe el pleno disfrute de sus derechos fundamentales.

Una de las manifestaciones de la autonomía es la jurisdicción indígena. La Constitución colombiana aborda su funcionamiento en el artículo 246, declarando que “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República” (Const., 1991, art. 246).

En desarrollo de las disposiciones constitucionales, la Ley 270 del 1996, que hace referencia a la administración de justicia en Colombia, cataloga a la jurisdicción indígena como parte de una de las jurisdicciones especiales de la Rama Judicial (Ley 270, 1996, art. 11). En consecuencia, el texto original del artículo

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

12 de la ley delimitaba la aplicación de dicha jurisdicción únicamente en los resguardos indígenas, siguiendo sus normas y procedimientos. Asimismo, la revisión de la constitucionalidad de las sentencias e instituciones jurisdiccionales indígenas, debían seguir los parámetros internacionales de derechos humanos, observando especialmente el derecho a la vida, la integridad personal, la prohibición de la tortura y la esclavitud, y el derecho al debido proceso (Tauli-Corpuz, 2019, párr. 81).

De acuerdo con Semper (2006) la Corte Constitucional en Colombia identifica estos cuatro elementos para obtener el reconocimiento de la justicia consuetudinaria indígena en el derecho interno:

1) la existencia de autoridades asimilables a jueces en los pueblos indígenas; 2) la facultad de fijar normas y mecanismos; 3) el sometimiento de la jurisdicción indígena, sus normas y procedimientos, a la Constitución y a la ley, y 4) la competencia del legislador de coordinar la jurisdicción especial indígena con el sistema jurídico nacional (p. 776).

Algunos ejemplos de la coordinación entre los sistemas de justicia indígena y la jurisdicción nacional son el Pueblo Tule y el Tribunal Superior Indígena del Tolima.

La aplicación de la jurisdicción indígena en Colombia también está sujeta a la protección de los derechos humanos. Sin embargo, otros derechos colectivos como la autonomía, la autodeterminación y la diversidad étnica también son derechos

constitucionales reconocidos en favor de las comunidades indígenas en Colombia, por lo tanto, los conflictos jurídicos generados por el choque entre los derechos individuales y colectivos deben ser estudiados cuidadosamente. La Corte Constitucional ha establecido que la limitación de la aplicación de la jurisdicción indígena debe seguir dos requisitos: a) Que la limitación tenga como propósito la protección de interés mayor, que merezca un tratamiento especial superior a los derechos colectivos de los pueblos indígenas y b) que el mecanismo escogido para proteger el interés general sea el menos gravoso para la autonomía de los pueblos indígenas. (Corte Constitucional, Sentencia T-349, 1996). Los requisitos explicados son necesarios para el cumplimiento de dos obligaciones estatales, “la maximización de la autoridad indígena con la minimización de las posibles violaciones de los derechos humanos de los individuos” (Corte Constitucional, Sentencia C-127, 2003).

La jurisdicción constitucional en Colombia es quien tiene la competencia para estudiar las posibles violaciones de los derechos humanos perpetradas por las comunidades indígenas en la aplicación de su jurisdicción indígena. Como ya se ha dicho, la validez de los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas depende inicialmente de que cumplan con las normas de derechos humanos. Es por ello que la Corte Constitucional estudia los diferentes mecanismos para impartir justicia, a la luz de los derechos humanos. Verbigracia el derecho al debido proceso y

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

a una defensa legítima, los cuales son considerados por la Corte como una de las limitaciones a la jurisdicción indígena. (Corte Constitucional, Sentencia T-349, 1996). En su jurisprudencia, la máxima instancia constitucional establece que el debido proceso como derecho fundamental debe ser aplicado adecuadamente por la jurisdicción indígena y que este requisito no interfiere con su autonomía como pueblos indígenas. Por lo tanto, tienen el deber de adaptar sus mecanismos legales para permitir una defensa adecuada, la imparcialidad y la presunción de inocencia, entre otras características del debido proceso. En cumplimiento del principio de maximización de la autonomía, la Corte estableció que el requerimiento a adaptar sus sistemas jurídicos no puede ir más allá de lo necesario para garantizar la previsibilidad de las acciones del juzgador, argumentando también, que un requisito adicional o más específico afectaría a las comunidades, pues le impondría una carga procesal contraria a su autonomía.

Por la misma razón, la Corte Constitucional declaró que la prohibición de las penas crueles, inhumanas y degradantes es aplicable también a las penas impuestas por los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas. Al determinar si un castigo indígena conocido como *el fuate* (latigazos) debía ser considerado un castigo cruel e inhumano, la Corte argumentó que ningún castigo debía estar dirigido a menoscabar la dignidad humana. (Corte Constitucional, Sentencia T-523, 1997). En igual

jurisprudencia, la Corte llegó a la conclusión de que *el fuate* era una especie de castigo simbólico para limpiar el espíritu de la falta cometida, y que estaba permitido siempre que no comprometiera ningún daño físico o psicológico. Por último, los pueblos indígenas también deben tener en cuenta los intereses y derechos de las víctimas, incluidas las reparaciones civiles, la verdad, la justicia y las garantías de no repetición. (Corte Constitucional, Sentencia T-552, 2003). Esta obligación se hace más importante cuando la jurisdicción indígena está resolviendo conflictos en los que convergen autoridades interculturales.

A pesar del magnífico desarrollo normativo que ha realizado la Corte Constitucional colombiana en el análisis de los alcances y las características de la jurisdicción indígena como parte de la Rama Judicial en Colombia, la comisión de delitos y la determinación de la responsabilidad penal en escenarios de conflictos armados internos, exponen realidades diferentes que pueden no ser abarcadas completamente por la jurisdicción preexistente. Según el Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación de la Paz, las guerras internas tienen consecuencias en las instituciones sociales, políticas y económicas de un país, aumentando drásticamente la violencia y desestabilizando las estructuras del Estado. (Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación de la Paz, 2020). Los países con conflictos armados internos tienden a mantener sistemas de justicia corruptos e inestables, lo que

termina generando debilitaciones en el proceso de responsabilidad penal, incluyendo la rendición de cuentas y las perspectivas de justicia de los miembros de sus sociedades.

Se espera que luego de la finalización de un conflicto armado interno, los acuerdos de paz surgidos en contextos de postconflicto reparen las estructuras estatales dañadas, creando nuevas formas de responsabilidad y reconciliación. En este contexto, el concepto de justicia transicional se erige como una alternativa reconocida por la comunidad internacional, para restablecer la legalidad y la justicia entre la población. Bajo este entendido, los pueblos indígenas deben ser tenidos en cuenta en el proceso de diálogo que examine los sistemas de justicia a aplicar. Por lo general, su participación es contemplada como víctimas de la guerra civil, empero, algunos Estados están dispuestos a coordinar los sistemas jurídicos consuetudinarios con las jurisdicciones especiales posteriores al conflicto, como sucede en Colombia,

El ejemplo colombiano es tal vez la mejor representación contemporánea de la armonización de los sistemas jurídicos indígenas con las jurisdicciones especiales creadas en situaciones de postconflicto. En Colombia, después de más de 50 años de guerra, se firmó un acuerdo de paz entre el grupo armado ilegal FARC-EP y el Estado. Durante el conflicto armado en Colombia, el cual aún se encuentra en curso con la participación de otros grupos armados, el país ha enfrentado tiempos de interminable

horror. Según el Centro de Memoria Histórica (2013) la guerra interna ha dejado 220.000 muertos, de los cuales el 40% son responsabilidad de grupos paramilitares y el 25% son responsabilidad de grupos rebeldes como las FARC-EP (p. 16). Además, existen más de 8 millones de víctimas registradas en el Registro Único de Víctimas. Según cifras reportadas por el Centro de Memoria Histórica, los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, son los grupos poblaciones más afectados por el conflicto (2013, p. 278). Los pueblos indígenas representan el 3,4% de la población desplazada internamente, aunque son solo el 2,74% de la población total (Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados [ACNUR], 2019). Otros informes revelan que más de 1190 miembros de comunidades indígenas fueron asesinados entre 1996 y 2009 (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2011, p. 248).

Todo lo anterior indica que la guerra doméstica vivida en Colombia, ha sido particularmente amenazante para las comunidades indígenas, que han visto socavados sus intereses y derechos al territorio, la libre determinación, la autonomía, la cultura, la vida, y a permanecer en un entorno seguro, por parte de agentes armados legales e ilegales. Asimismo, la participación de miembros de comunidades indígenas en las hostilidades de la guerra como combatientes, ha roto la dinámica social y cultural de los grupos indígenas del país. Los actores armados se han inmiscuido

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

arbitrariamente en los asuntos internos de las comunidades, reclutando niños y jóvenes a sus filas, rompiendo la armonía entre las poblaciones ancestrales (Centro de Memoria Histórica, 2013, p. 280). Las particularidades del conflicto convirtieron a miembros de comunidades indígenas en autores de delitos que terminaban por afectar directa, o indirectamente a sus propias comunidades, atacando también a civiles colombianos no-indígenas.

En el marco de los Acuerdos de paz con las FARC-EP, el gobierno colombiano se comprometió a crear una Jurisdicción Especial para la Paz (JEP). La ley estatutaria 1957 de 2019 fue proclamada como la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz. En su artículo 3 se consagra la integración jurisdiccional entre la JEP y las funciones otorgadas a las autoridades tradiciones indígena, de acuerdo con la diversidad etnocultural del Estado. La ley también establece la obligación del Estado de consultar a los pueblos indígenas, sobre el mecanismo que ellos consideren idóneos para coordinar la nueva jurisdicción, con sus sistemas jurídicos consuetudinarios (Ley 1957, 2019, art. 35). Dicha integración debe incluir las herramientas a utilizar por parte de los sistemas jurídicos indígenas, para el juzgamiento de los delitos que originalmente serían competencia de la JEP. No obstante, los miembros indígenas tienen la opción de aceptar voluntariamente la jurisdicción de la JEP, y guardando la debida consideración, la Corte Constitucional podría dirimir cualquier conflicto de competencias entre

la jurisdicción indígena y la JEP (Const., 1991, art. 241). La Sala de Reconocimiento de Verdad y Responsabilidad (en adelante SRVR) debe reconocer a toda persona que se identifique como indígena, tomando nota de los delitos que involucren a los grupos indígenas o a sus miembros (Ley 1957, 2019, art. 79). Asimismo, los miembros de las comunidades indígenas que se encuentren bajo medidas privativas de la libertad podrán cumplir sus restricciones en territorio indígena, dentro del cual se debe garantizar el componente restaurativo de la sanción (Ley 1957, 2019, art. 127).

Otra de las características de la coordinación entre sistemas jurídicos indígenas y la JEP es que las sanciones impuestas a los miembros de las comunidades indígenas deben garantizar la permanencia cultural de los pueblos indígenas, de acuerdo con sus formas de vida, cosmovisión, ley natural o ley propia (Ley 1957, 2019, art. 141). En el caso de las sanciones impuestas por delitos contra miembros de comunidades indígenas, o contra todo el pueblo indígena como colectividad, las sanciones deben realizarse de acuerdo con las tradiciones y costumbres indígenas.

Consecuentemente, el Acuerdo ASP 001 de 2020, dicta lineamientos para coordinar la jurisdicción especial indígena, con la JEP (Acuerdo ASP 001, art. 15). El acuerdo identifica como principios el pluralismo jurídico, la igualdad y no discriminación, el respeto por el territorio, las garantías de participación efectiva, entre otros. Bajo

este marco, reconoce la autonomía de las comunidades indígenas, e implementa procesos de armonización con las comunidades planteando herramientas como la realización de audiencias en los territorios ancestrales, siempre que los combatientes o las víctimas sean miembros de dichas comunidades, o los hechos victimizantes hayan ocurrido en dichos territorios. (Acuerdo ASP 001, art. 99).

Todo este marco normativo creado en Colombia, reconociendo de manera amplia los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas, representa la validez plena de esta jurisdicción especial en el país, que como se observa, no tiene una limitación de la jurisdicción basada en enfoques materiales, como si ocurre en Perú, Ecuador y Bolivia. Esto significa que la jurisdicción indígena en Colombia puede conocer de cualquier asunto que considere de su competencia, lo que incluye crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En este sentido, el enjuiciamiento de cualquier individuo bajo la jurisdicción indígena en Colombia, con articulación de la JEP, debe ser interpretado como una aplicación efectiva de la jurisdicción penal del Estado. Por lo tanto, de manera preliminar puede considerarse que la jurisdicción internacional no podría reclamar ninguna competencia sobre los casos que fueron procesados por la jurisdicción indígena en Colombia, ya que la función de exigir responsabilidades ya fue cumplida satisfactoriamente por una jurisdicción plenamente reconocida en el país.

Sin embargo, esta aseveración preliminar puede enfrentarse a desafíos legales, dadas las particularidades de la jurisdicción penal internacional, la falta de validez y reconocimiento legal de los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas en algunos lugares del mundo, y la doctrina del “interés de la justicia” acuñada por la Corte Penal Internacional, que podría considerar que la única justicia válida en el contexto del juzgamiento de graves violaciones de derechos humanos está basada en el modelo de justicia occidental y usualmente adversarial. En el acápite siguiente, el documento analiza la Corte Penal Internacional, los objetivos y funcionamiento de la misma como el esfuerzo de la comunidad internacional para juzgar los crímenes más graves que afectan a la humanidad en su conjunto. La comprensión de los objetivos de la Corte Penal Internacional es necesaria para el análisis de la validez de los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, ya que permite determinar si los sistemas jurídicos indígenas satisfacen las normas y objetivos del derecho penal internacional.

La Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma. Objetivos y parámetros de la jurisdicción penal internacional.

La Corte Penal Internacional entró en vigor oficialmente junto con el Estatuto de Roma, el 1ero de julio de 2002. La Corte fue creada como un Tribunal

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

subsidiario, para complementar las jurisdicciones nacionales y garantizar la rendición de cuentas por crímenes atroces que afectaran a la humanidad en su conjunto (Estatuto de Roma, 2002, art. 1). Si bien el Estatuto de Roma no desarrolla una explicación específica de los objetivos de la Corte, se pueden interpretar ciertas características de dichos objetivos en su articulado. La literatura académica ha determinado que algunos de los objetivos del procedimiento penal internacional son el enjuiciamiento de los delitos más atroces para evitar que estos vuelvan a ocurrir, la protección de los derechos humanos del acusado, la garantía de la participación de las víctimas y la búsqueda de la verdad y la reparación (Klamberg, 2010, p. 284).

Analizando la jurisdicción de la CPI, se debe considerar en primera instancia que la misma se limita a los crímenes más graves para la comunidad internacional en su conjunto, a saber: el crimen de genocidio, los crímenes de lesa humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión. (Estatuto de Roma, 2002, art. 5). Estos crímenes son considerados una amenaza para la paz y la seguridad internacional y, por lo tanto, la humanidad en su conjunto tiene interés en condenarlos e impedir que se repitan. Además, en el preámbulo del Estatuto de Roma se establece que el juzgamiento y castigo de los autores es un mandato específico de la Corte, afirmando lo siguiente:

Reconociendo que esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad. Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia. Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes (2002, Preámbulo).

La segunda consideración hace referencia al carácter subsidiario de la Corte, ya que esta sólo puede reclamar jurisdicción cuando los Estados no hayan juzgado efectivamente los graves delitos de su competencia. En consecuencia, el ejercicio de la jurisdicción puede producirse de tres maneras: 1) Cuando el caso es remitido por un Estado parte al Fiscal, en el evento en el que un delito sea cometido por otro Estado Parte o por un ciudadano de un Estado Parte; 2) Cuando un posible delito es remitido a la Fiscalía por el Consejo de Seguridad en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y, 3) cuando el Fiscal ha iniciado una investigación por iniciativa propia (Estatuto de Roma, 2002, art. 13). Sin embargo, la Corte no puede ejercer la jurisdicción cuando el Fiscal “cree que una investigación no serviría a los intereses de la justicia” (Estatuto de Roma, 2002, art. 53), razón por la cual, según este artículo, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional no debe activar la jurisdicción

internacional cuando los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos indígenas hayan juzgado a los autores de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra. En estos casos, la justicia indígena ya ha servido al interés de la justicia, visto desde un enfoque de pluralismo jurídico que reconoce los diferentes tipos de justicia aplicados por las comunidades indígenas.

La noción del “interés de la justicia”, plantea interrogantes sobre el tipo de justicia que persigue la CPI. El Estatuto de Roma no establece si la “justicia” a la que se refiere, es solo un tipo específico de justicia retributiva y penal, o si se pueden considerar otras perspectivas de justicia. En palabras de Darryl Robinson (2003):

El apartado c) del párrafo 2 del artículo 53 [del Estatuto de Roma], contempla específicamente que la Fiscalía podrá tener en cuenta factores más amplios, incluidas consideraciones de atenuación punitiva como la edad o la enfermedad del acusado. Además el apartado b) del párrafo 1 del artículo 53 yuxtapone específicamente las consideraciones tradicionales de la justicia penal – la gravedad del delito y los intereses de las víctimas – con la noción más amplia de “intereses de la justicia” e indica claramente que estos últimos pueden prevalecer sobre los primeros. Así pues, el significado ordinario de este texto, examinado a la luz de su objeto y propósito,

sugiere que el “interés de la justicia” es un concepto relativamente amplio⁶ (p. 488).

En concordancia con los anteriores postulados, es importante estudiar otras dos consideraciones importantes. En primer lugar, si existe el deber jurídico de enjuiciar los crímenes internacionales por parte de la comunidad internacional (específicamente de la CPI) y, en segundo lugar, si ese deber requiere un juzgamiento punitivo específico con base a una noción y un procedimiento de justicia específicos, con similitudes al llevado a cabo por la CPI.

Con respecto a la primera consideración, existen obligaciones específicas relativas al enjuiciamiento de los responsables de genocidio, establecidas como un deber de los Estados, en los Convenios de Ginebra de 1949. Hoy en día, el deber de juzgamiento en relación con el genocidio es una norma imperativa *ius cogens*, muy conocida en el derecho internacional, siendo además, una consagrada costumbre internacional.⁷ Sin embargo, el deber de juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra, no es una disposición del todo clara. Luego de un análisis exhaustivo, Darryl Robinson (2003) manifiesta que “en virtud del derecho internacional consuetudinario actual o emergente, existe el deber de judicializar a los autores de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, con

⁶ Traducción es de la autora.

⁷ Para más información sobre el genocidio y la obligación de juzgamiento a los perpetradores de este crimen, revisar: Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio art. 4, 12 de enero de 1951;

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes art. 7, 10 de diciembre de 1984; Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, art. 146-147, 12 de agosto de 1949.

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

respecto a los crímenes cometidos en el territorio del Estado, o sus nacionales” (p 491). Aunado a lo anterior, la práctica actual que caracteriza a los Estados cuando estos crímenes ocurren, incluyen entre otras cosas, el rechazo a conceder amnistias, lo que implica un consenso respecto al deber de juzgar.

Así pues, es posible afirmar que existen obligaciones específicas de llevar a la justicia a los perpetradores de estos crímenes. No obstante, lo que no existen son obligaciones específicas en cuanto a cómo se deben juzgar estos crímenes, si se ha establecido un procedimiento de justicia específico vinculado a dichas obligaciones. En vista de ello, cualquier sistema jurídico puede exigir responsabilidades y culpabilidades por la comisión de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, siempre que los sistemas utilizados cumplan con los objetivos del derecho penal internacional, que como se ha dicho, incluye el juzgamiento de crímenes atroces para prevenir su ocurrencia, la protección de los derechos humanos de acusado, la garantía de la participación de las víctimas y la búsqueda de la verdad y la reparación. Ahora bien, en la discusión siguiente, se analizarán los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas, como mecanismos de justicia válidos para el enjuiciamiento de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, a la luz de las normas del derecho penal internacional.

Discusión: ¿Cómo articular los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas, con los parámetros internacionales de responsabilidades penales?

Los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas cuentan con un reconocimiento y protección dentro del marco jurídico internacional de derechos humanos. Como se ha señalado, estos sistemas jurídicos son muy diferentes, tendiendo a variar dependiendo de las tradiciones, creencias, cultura y formas de vida de cada comunidad. También se pudo evidenciar, a lo largo del presente artículo, que el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena en los diferentes países de la comunidad internacional posee características diferentes. Dados los argumentos esbozados con anterioridad, considero que los sistemas jurídicos tradicionales de los pueblos indígenas son un mecanismo eficaz para garantizar la verdad, la rendición de cuentas y la reconciliación entre pueblos indígenas y la sociedad civil en general, sobre todo después de atravesar circunstancias en donde se cometen violaciones masivas a los derechos humanos.

A pesar de ello, la validez de los sistemas de justicia indígenas en el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra puede ser de alguna manera impugnada o rechazada como un mecanismo válido por la Corte Penal Internacional, sobre todo si este ente

considera que los sistemas jurídicos consuetudinarios no cumplen con el principio del interés de la justicia. Para abordar esta cuestión, se analizarán los siguientes factores de validez: a) El reconocimiento jurídico de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico estatal. b) Que los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas cumplan con las normas internacionales de derechos humanos. c) Que los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas llenen los objetivos de justicia de la Corte Penal Internacional. d) Factores de competencia que deben aplicarse para asegurar la validez de los sistemas jurídicos indígenas. A continuación, se explicará cada criterio.

Reconocimiento jurídico de la justicia indígena en el ordenamiento jurídico estatal

Como se ha dicho, la CPI es una jurisdicción complementaria de los tribunales penales nacionales. Por lo tanto, si existe un juzgamiento efectivo de los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra por parte de las jurisdicciones nacionales, la acción jurisdiccional de la Corte respecto del conocimiento de estos crímenes previamente juzgados por tribunales nacionales no tendría validez. Bajo esa lógica, si un Estado parte del Estatuto de Roma reconoce dentro de sus instituciones judiciales la jurisdicción consuetudinaria indígena para impartir justicia dentro del país, la Fiscalía de la CPI debe concluir que se ha servido el interés de la justicia y, por lo tanto, la

intervención de la CPI no sería razonable bajo los parámetros del artículo 53 del Estatuto de Roma. En consecuencia, jurisdicciones indígenas como las establecidas en Ecuador, Perú y Colombia deben ser consideradas completamente válidas para determinar e impartir justicia a los autores de crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

Este argumento está sujeto a la ausencia de límites materiales impuestos por los países a las jurisdicciones indígenas, porque si el Estado determina que los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra no pueden ser juzgados por las jurisdicciones consuetudinarias, la CPI podría considerar una posible reclamación de jurisdicción y competencia; un ejemplo de esto lo encontramos en Bolivia, en donde uno de los límites de la jurisdicción indígena es conocer de crímenes de lesa humanidad. No obstante, estos límites exagerados a los sistemas de justicia consuetudinarios de los pueblos indígenas representan una violación a su autonomía, autodeterminación y derechos colectivos, mismos que están protegidos en tratados como el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Por consiguiente, los Estados deben evitar imponer cargas ilícitas al ejercicio de la autonomía indígena. Siguiendo el ejemplo de la Corte Constitucional de Colombia, los Estados deben aspirar a maximizar la autonomía indígena, lo que implica una menor cantidad de

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

limitaciones a la jurisdicción consuetudinaria.

Incluso cuando los Estados no reconocen los sistemas jurídicos consuetudinarios de los Pueblos Indígenas, la Corte Penal Internacional debería realizar un análisis exhaustivo, con el objetivo último de reconocer la autonomía de los pueblos indígenas siempre que sea posible, garantizando también la protección de derechos humanos individuales y colectivos.

Sistemas jurídicos de los pueblos indígenas que cumplen con las normas internacionales de derechos humanos.

El segundo factor por considerar se relaciona con uno de los objetivos de la Corte Penal Internacional, que es a su vez, el único límite establecido por el marco jurídico internacional de derechos de los pueblos indígenas, esto es la protección de los derechos humanos del acusado o indiciado. Ya se ha dicho que la validez de los sistemas de justicia de las comunidades indígenas está sujeta a su cumplimiento de los derechos humanos, especialmente cuando esta protección corresponde a un interés específico que la jurisdicción internacional quiere proteger. En este sentido, los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas deben adaptar sus mecanismos de justicia para permitir que el acusado tenga una defensa adecuada, para garantizar la imparcialidad, la presunción de inocencia y otras características del debido proceso. Ejemplos de adaptabilidad lo

encontramos en las Alcaldías indígenas del pueblo k'iche en Guatemala, que logró organizar instituciones comunitarias que garantizaban los derechos humanos de los miembros infractores de su comunidad. Lo más importante de este asunto recae en que la protección del debido proceso conlleva también la salvaguarda de otros derechos que podrían verse vulnerados cuando se aplica justicia inadecuadamente, como lo son el derecho a la vida, la dignidad y la integridad personal. Sin embargo, y citando nuevamente las disposiciones de la Corte Constitucional de Colombia, este requisito no puede convertirse en una carga insostenible a la autonomía de los pueblos indígenas. La Fiscalía de la CPI debe realizar un análisis caso por caso, considerando siempre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y los derechos humanos individuales de los presuntos perpetradores de crímenes.

Los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas sirviendo a los objetivos de la justicia de la Corte Penal Internacional

Además de la protección de los derechos humanos de los acusados, el mandato de la CPI tiene otros objetivos. En la opinión de la autora, la disuasión y prevención del delito, la búsqueda de la verdad y la reparación, y la protección de las víctimas son objetivos que los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas podrían llegar a cumplir, en concordancia con las estipulaciones del derecho penal internacional.

Siguiendo lo manifestado por la anterior Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, es clave para la articulación entre jurisdicciones indígenas y no indígenas, que exista una investigación exhaustiva y una consulta con líderes y comunidades indígenas, para que exista un entendimiento pleno de su sistemas e institucionales, y posteriormente se puedan diseñar estrategias de coordinación (Tauli-Corpuz, 2019). El ejemplo colombiano es una demostración de la participación ideal y conjunta entre sistemas jurídicos diferentes, que además tiene en cuenta todas las voces del conflicto, respetando al mismo tiempo la legislación nacional y las obligaciones internacionales. La JEP alinea los conceptos de justicia transicional, rendición de cuentas y reparación, respetando la autonomía de las comunidades indígenas. Además, refiere a las comunidades indígenas la jurisdicción y la competencia al momento de juzgar presuntos autores de crímenes que pertenezcan a comunidades indígenas, logrando observar efectivamente dos normas internacionales la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, y el Estatuto de Roma. Así pues, los objetivos asociados a la jurisdicción penal internacional son cumplidos por parte de la jurisdicción especial.

A pesar de lo anterior, este análisis reconoce que no es posible llegar a conclusiones absolutas que declaren que todos los sistemas jurídicos de los pueblos

indígenas cumplen con las características mencionadas, pues dada la universalidad que representa a cada comunidad, no todos las instituciones, leyes y mecanismos de los pueblos indígenas representan los mismos valores, y por ende cumplen los mismos objetivos. Este análisis reconoce a las muchas comunidades indígenas que poseen sistemas jurídicos que, como los casos analizados inicialmente, cumplen con las características descritas, e invita a adaptar mecanismos efectivos que permitan cumplir con estándares internacionales de derechos humanos.

Factores de competencia que deben aplicarse para asegurar la validez de los sistemas jurídicos indígenas

Por último, existen algunos factores de competencia que deben considerarse en la aplicación de sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas, específicamente en lo que respecta a la jurisdicción personal y la competencia territorial. La jurisdicción de la CPI está supeditada a la aplicación de responsabilidades netamente individuales por los delitos cometidos. Por esta razón, los sistemas jurídicos de las comunidades indígenas también deben aplicar responsabilidades individuales, juzgando específicamente tanto a miembros de comunidades indígenas que comenten delitos, como a personas que no hacen parte de la comunidad, pero cometieron delitos en contra de un grupo indígena determinado. La determinación de la responsabilidad individual es un

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

debate problemático, especialmente cuando las comunidades indígenas reclaman que tienen competencia sobre asuntos penales y presuntos crímenes cometidos por personas no indígenas; este reclamo es válido en los eventos en que esos delitos hayan afectado individual o colectivamente a un grupo indígena.

Este reclamo jurisdiccional sobre personas que no pertenecen a las comunidades indígenas, por parte de la justicia indígena, adquiere especial relevancia en el evento de un conflicto armado interno, porque, como se ha argumentado anteriormente, los pueblos indígenas son víctimas y victimarios en estos cruentos escenarios. Por lo tanto, la validez de los sistemas jurídicos indígenas para juzgar a sus propios miembros, pero también a otros individuos que han cometido graves delitos contra ellos, es una forma de reconocer la plena autonomía indígena, un proceso que en últimas también debe ser respetado por la CPI. En Colombia, por ejemplo, los pueblos indígenas están facultados por la Corte Constitucional para llevar ante la justicia a los responsables del asesinato de miembros de comunidades indígenas. (Bolaños, 2014).

La competencia territorial es otro factor que debe considerarse cuando se analiza la validez de los sistemas jurídicos tradicionales de los pueblos indígenas, como mecanismo para impartir justicia. En países como Perú y Ecuador, los sistemas de justicia indígena solo aplican

dentro de los límites de su territorio. Esta consideración es inapropiada, como quiera que las comunidades indígenas en sus esferas individuales y colectivas pueden verse afectados por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos fuera de su territorio. Por lo tanto, el factor que debe estudiarse al considerar la aplicación de los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas debe ser el efecto que los actos cometidos por personas indígenas y no indígenas tienen en las comunidades, independientemente del territorio en que se hayan cometido los delitos.

Conclusión

Los miembros de las comunidades indígenas no solo son víctimas dentro de contextos de conflictos armados internos, lastimosamente, el mismo flagelo convierte a sus miembros en victimarios. La participación de indígenas como combatientes, y la posterior comisión de delitos durante una guerra interna plantea cuestiones sobre su responsabilidad, los derechos indígenas, y las perspectivas colectivas de sus comunidades. Los sistemas jurídicos consuetudinarios de los pueblos indígenas son una parte indispensable en su autodeterminación de los pueblos, por lo que se constituyen en un componente importante de su organización sociopolítica y el reconocimiento de otros derechos tanto en el ámbito interno, como de cara a otras colectividades poblaciones en la sociedad

dominante. Sus perspectivas de justicia y sus formas de impartirla son una parte esencial de su dinámica sociopolítica, y varían en número comparable a la cantidad de grupos indígenas y originarios existentes en el mundo.

El proceso de reconciliación en el postconflicto debe reconocer y permitir la aplicación de sistemas jurídicos indígenas para garantizar el cumplimiento de sus objetivos en todas las esferas de la población. Como se demostró tras el estudio de diferentes factores, los sistemas de justicia de los pueblos indígenas pueden ser perfectamente compatibles con las normas internacionales de responsabilidad penal. Su capacidad de adaptarse a los requisitos procesales y de proteger los derechos humanos, en consonancia con los principios adoptados por la CPI, demuestran que es posible aplicar los sistemas jurídicos consuetudinarios para exigir responsabilidades por violaciones masivas a los derechos humanos, especialmente cuando los delitos afectan a la comunidad indígena ya sea por acciones de personas indígenas y no indígenas.

La Corte Penal Internacional no debería reclamar jurisdicción cuando los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas juzgaron previamente a la persona que la Corte pretende. Más aún si se trata de una jurisdicción plenamente incorporada y articulada, en un sistema judicial estatal, siendo reconocido como un mecanismo válido de determinación de

responsabilidades. La CPI solo es aplicable cuando los Estados no persiguen a los perpetradores de los crímenes más atroces que afecten los derechos humanos y la humanidad en su conjunto, por lo que el reconocimiento de los sistemas de justicia indígena como sistemas válidos para impartir justicia, rompe la posibilidad de intervención de la jurisdicción internacional. Los sistemas jurídicos consuetudinarios indígenas pueden ser partícipes de la reconciliación, la justicia transicional, la reparación y la no repetición, sirviendo a los intereses de una justicia para todos, que además es compatible con los objetivos y mandatos de la justicia penal internacional.

Referencias

- Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2019) *Situación de los Pueblos Indígenas en Colombia*. [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2012/Situacion Colombia - Pueblos indigenas 2012.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/RefugiadosAmericas/Colombia/2012/Situacion%20Colombia%20-%20Pueblos%20indigenas%202012.pdf?view=1)
- Anaya, J. (2012). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. A/HRC/21/47.
- Anthony, T. (2013). *Indigenous Peoples Crimes and Punishment*. Routledge.
- Bolaños, E. A. (2014, noviembre 7). Justicia indígena impone su ley. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/nacional/justicia-indigena-impone-su-ley-articulo-526506>

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

- Centro de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de Guerra y Dignidad*. Imprenta Nacional.
- Constitución de la República de Ecuador (2008) Recuperado de: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>
- Constitución Política de Bolivia (2009) Recuperado de: https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf
- Constitución Política de Colombia [Const.] (1991) Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr008.ht
- Constitución Política del Perú (1993) Recuperado de: <http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 27 de junio, 1989. Organización Internacional del Trabajo.
- Corte Constitucional, (10 de julio de 2003) Sentencia T -552 de 2003. [MP Rodrigo Escobar Gil]
- Corte Constitucional, (15 de octubre de 1997) Sentencia T – 523 de 1997. [MP Carlos Gaviria].
- Corte Constitucional, (18 de febrero de 2003) Sentencia C-127 de 2003. [MP Alfredo Beltrán].
- Corte Constitucional, (7 de junio de 2001) Sentencia T-606 de 2001. [MP Marco Monroy Cabra]
- Corte Constitucional, (8 de agosto de 1996) Sentencia T-349 de 1996. [MP Carlos Gaviria Díaz].
- Corte Constitucional. Anuario de derecho constitucional latinoamericano, 2, 761-778. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r21731.pdf>
- Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, A/RES/61/295 (Asamblea General de las Naciones Unidas Septiembre 13, 2007).
- Estatuto de Roma, 1 de julio, 2002. Corte Penal Internacional.
- Gaykamangu, J., y Terence Kelly, D. (2012). Ngarra Law: Aboriginal Customary Law from Arnhem Land. *Northern Territory Law Journal*, 2(4), 236-248. <http://legalonline.thomson.com.au/jour/resultDetailed.jsp?curRequestedHref=journals/NTLJ/volumes/2/parts/4&contentSourceHref=journals/NTLJ/volumes/2/parts/4/articles/236/fulltext&tocType=fullText&hitListPageContext=http://legalonline.thomson.com.au/jour/r>
- Haeserijin, E. (1975). Filosofía Popular de lo K'ekchi' de hoy. *Guatemala Indígena*, 10, pp. 44-54. <https://biblat.unam.mx/es/revista/guatemala-indigena/articulo/filosofia-popular-de-los-kekchi-de-hoy>

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

Instituto Internacional de Estocolmo para la Investigación de la Paz. (2020, abril 20). *The Consequence of Internal Armed Conflict for Development*. Stockholm International Peace Research Study.

<https://www.sipri.org/commentary/bl/og/2015/consequences-internal-armed-conflict-development-part-2>

Jurisdicción Especial para la Paz – JEP. (2020, marzo 2) *Acuerdo ASP No. 001 de 2020*.

Klamberg, M. (2010). What are the Objectives of International Criminal Procedure? Reflections on the Fragmentation of a Legal Regime. *Nordic Journal of International Law*, 79, 279-302.

Ley 073 (2010) De deslinde jurisdiccional. Gaceta Oficial de Bolivia, 29 de diciembre de 2010.

Ley 1957 (2019) Estatutaria de la Administración de Justicia en la Justicia Especial para la Paz. Diario Oficial No. 50.976.

Ley 270 (1996). Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial No. 42.745.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de marzo, 1976.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2011). *Informe de Desarrollo Humano*. Bogotá.

Robinson, D. (2003). Serving the Interest of Justice: Amnesties, Truth

Commissions and the International Criminal Court. *European Journal of International Law*, 14, 481-505.

Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la

Sieder, R. (2011). Contested Sovereignities: Indigenous Law, Violence and State Effects in Postwar Guatemala. 31, 161-184.

<http://racheluk.domain.com/wp-content/uploads/2012/08/Sieder-Contested-Sovereignities.pdf>

Sieder, R. (2012). The challenge of Indigenous legal systems: Beyond paradigms of recognition. *The Brown Journal of World Affairs*, 18, 103-114.

<https://www.jstor.org/stable/24590866>

Stavenhagen, R. (1990). Derecho consuetudinario indígena en América Latina. *Instituto Indigenista Interamericano e Instituto de Derechos Humanos*, pp. 27-28.

Stavenhagen, R. (2006). Derecho consuetudinario indígena en América Latina. In V. C. Jurídica, *Grandes Temas de la Antropología Jurídica* (pp. 15-25). Oaxtepec: Red Latinoamericana de Antropología Jurídica.

Tauli-Corpuz, V. (2019). *Informe del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*. A/HRC/42/37.

Viaene, L. (2013). La relevancia local de procesos de justicia tradicional. Voces

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.

de sobrevivientes indígenas sobre justicia y reconciliación en Guatemala posconflicto. *Antípoda - Revista de Antropología y Arqueología*, 16, pp. 85 - 122.
<https://doi.org/10.7440/antipoda16.2013.05>

Woodroffe, D. (2006). Aboriginal Customary Law and the Sentencing Discretion by Courts in the Northern Territory. *National Indigenous Legal Conference*. Sidney.

Yrigoyen, R. (1999). Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia y Ecuador). *Revista Pena y Estado*, 4, 120 - 145.

Yrigoyen, R. (2006). El reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. *Pueblos Indígenas y Derechos Humanos*, 4, 537-567.

Franco, N. (2022). Indigenizando la reconciliación: Reflexiones acerca de la jurisdicción aplicable a combatientes indígenas en zonas de postconflicto. Un argumento a favor de los sistemas tradicionales de justicia. *Jangwa Pana* 21(1), xx-xx.