



# Asamblea General

Distr. general  
25 de junio de 2014  
Español  
Original: inglés

## Consejo de Derechos Humanos

Mecanismo de expertos sobre los derechos  
de los pueblos indígenas

Séptimo período de sesiones

7 a 11 de julio de 2014

Tema 5 del programa provisional

**Continuación del estudio sobre el acceso a la justicia  
en la promoción y protección de los derechos  
de los pueblos indígenas**

## **El acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas**

### **Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas**

#### *Resumen*

En su resolución 24/10, el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas que continuase su estudio sobre el acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, centrándose en la justicia restaurativa y los sistemas jurídicos indígenas, en particular en su relación con el logro de la paz y la reconciliación, que incluyera un examen del acceso a la justicia por lo que se refiere a las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas. Sobre la base del primer estudio del Mecanismo de expertos sobre el acceso a la justicia, el presente estudio aborda los sistemas jurídicos indígenas y su papel en la facilitación del acceso a la justicia. Se examinan los obstáculos y los recursos en el acceso a la justicia de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas. Por último, el estudio examina la justicia restaurativa y su papel en el logro de la paz y la reconciliación. El estudio concluye con la opinión N° 6 del Mecanismo de expertos.



## Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1–2	3
II. Acceso a la justicia para los pueblos indígenas.....	3–5	3
III. Sistemas jurídicos indígenas .....	6–31	4
A. Los sistemas jurídicos indígenas en el derecho internacional.....	11–13	5
B. Reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas .....	14–19	6
C. El papel de los sistemas jurídicos indígenas en la facilitación del acceso a la justicia.....	20	7
D. La relación entre los sistemas jurídicos indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos .....	21–25	8
E. Obstáculos y recursos .....	26–31	9
IV. Acceso de grupos específicos a la justicia .....	32–67	10
A. Cuestiones generales .....	32–35	10
B. Mujeres indígenas.....	36–47	11
C. Niños y jóvenes indígenas .....	48–55	13
D. Personas indígenas con discapacidad .....	56–67	15
V. La justicia restaurativa .....	68–85	17
A. Hacia una definición de justicia restaurativa .....	68–71	17
B. La relación entre la justicia restaurativa, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos indígenas .....	72–73	18
C. La justicia restaurativa y la libre determinación .....	74–76	19
D. La justicia restaurativa para la paz y la reconciliación .....	77–85	19
 Anexo		
Opinión N° 6 del Mecanismo de expertos (2014): justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas.....		23

## I. Introducción

1. En su resolución 24/10, el Consejo de Derechos Humanos solicitó al Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas que continuase su estudio sobre el acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, centrándose en la justicia restaurativa y los sistemas jurídicos indígenas, en particular en su relación con el logro de la paz y la reconciliación; el estudio debía incluir un examen del acceso a la justicia de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, y tenía que presentarse al Consejo de Derechos Humanos en su 27º período de sesiones.

2. El Mecanismo de expertos hizo un llamamiento a los Estados, a los pueblos indígenas, a los agentes no estatales, a las instituciones nacionales de derechos humanos y a otros interesados para que presentasen comunicaciones que contribuyeran a la elaboración del estudio. Las comunicaciones recibidas están a disposición del público, cuando se obtuvo permiso para ello, en el sitio web del Mecanismo de expertos<sup>1</sup>. Otras contribuciones al estudio fueron las del Seminario de expertos de las Naciones Unidas sobre la justicia restaurativa, los sistemas jurídicos indígenas y el acceso a la justicia de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, que fue organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Facultad de Derecho de la Universidad de Auckland y se celebró los días 17 y 18 de febrero de 2014. El Mecanismo de expertos agradece la información recibida y la toma en consideración.

## II. Acceso a la justicia para los pueblos indígenas

3. El Mecanismo de expertos llevó a cabo un estudio sobre el acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas, que se presentó al Consejo de Derechos Humanos en su 24º período de sesiones (A/HRC/24/50). En el estudio se definía el derecho de acceso a la justicia en su aplicación a los pueblos indígenas y se examinaban los marcos jurídicos internacionales y regionales, con especial atención a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. El estudio analizaba la relación entre el acceso a la justicia y otros derechos y proponía sectores primordiales para la promoción del derecho de acceso a la justicia, incluido el papel de los tribunales y los sistemas de justicia penal nacionales y el reconocimiento de los sistemas de justicia de los pueblos indígenas. Se prestaba atención especial a las cuestiones relacionadas con las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas. En el estudio se examinaba también el importante papel de los procesos de verdad y reconciliación para promover el acceso a la justicia de los pueblos indígenas.

4. Una de las conclusiones del anterior estudio fue que era necesario analizar más a fondo tres aspectos específicos del acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas: de ahí la necesidad del actual estudio. En primer lugar, se determinó que era necesario examinar el papel de los sistemas jurídicos indígenas, basándose en los trabajos anteriores sobre el reconocimiento internacional y estatal de esos sistemas. En segundo lugar, el estudio constituirá una ampliación del análisis del Mecanismo de expertos sobre los obstáculos y los recursos en el acceso a la justicia de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas. Por último, mientras que en el anterior estudio se consideró la cuestión de la verdad y la reconciliación,

<sup>1</sup> [www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Followupstudyonaccesstojustice.aspx](http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/EMRIP/Pages/Followupstudyonaccesstojustice.aspx).

con especial atención a la justicia de transición y a las comisiones de la verdad, el presente estudio examinará el concepto más amplio de la justicia restaurativa en su relación con la libre determinación, la paz y la reconciliación.

5. Como indicaba el Mecanismo de expertos en su estudio de 2013: "El acceso a la justicia requiere la posibilidad de solicitar y obtener recursos por los agravios sufridos a través de instituciones de justicia formales o informales, de conformidad con las normas de derechos humanos. Dicho acceso es fundamental para la protección y promoción de todos los demás derechos humanos" (*ibid.*, párr. 3). El Mecanismo de expertos observó que el acceso a la justicia revestía especial importancia "en vista de la gravedad de los problemas con que se enfrentan los pueblos indígenas, incluida su discriminación en los sistemas de justicia penal, y en particular la de las mujeres y los jóvenes indígenas" (A/HRC/21/52, pág. 5). Asimismo, el Mecanismo de expertos subrayó la importancia de que se examinara la cuestión con un criterio holístico, teniendo en cuenta otros problemas de derechos humanos a que hacen frente los pueblos indígenas, como la discriminación estructural, la pobreza, la falta de acceso a la atención de la salud y la educación y la falta de reconocimiento de sus derechos sobre la tierra, los territorios y los recursos. De conformidad con la amplia interpretación que el Mecanismo de expertos da al acceso a la justicia, además de abordar los sistemas estatales formales el estudio examinará también la función de los sistemas jurídicos indígenas en la facilitación del acceso a la justicia.

### III. Sistemas jurídicos indígenas

6. Los pueblos indígenas han utilizado siempre sus propios marcos de sistemas jurídicos y leyes, basados en sus concepciones de la justicia y considerados como un derecho intrínseco<sup>2</sup>. A pesar de las injusticias históricas que han sufrido los pueblos indígenas, los valores y los ideales de sus sistemas jurídicos han sobrevivido gracias a la resiliencia de los pueblos y a la estrecha relación existente entre el derecho indígena y la tierra<sup>3</sup>. A lo largo de los siglos estas leyes y normas han proporcionado un contexto suficiente para crear y administrar relaciones armoniosas entre los pueblos indígenas, y entre estos y sus tierras y territorios.

7. Los sistemas jurídicos indígenas suelen comprender aspectos legislativos y judiciales, que de ordinario mantienen las instituciones tradicionales. Estos sistemas pueden ponerse en práctica a nivel local o subregional, o dentro de un grupo específico de comunidades. Las leyes consuetudinarias, que constituyen la base de los sistemas jurídicos indígenas, acostumbran a transmitirse por tradición oral, pero también pueden ser obra de las instituciones tradicionales existentes. El derecho consuetudinario puede dividirse en dos elementos: el derecho personal y el derecho territorial. El derecho personal se ocupa de aspectos tales como la propiedad, las costumbres y tradiciones, las cuestiones relativas a la familia y la herencia. El derecho territorial trata de las tierras y los recursos naturales.

8. Los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos indígenas han sido ignorados, menospreciados o negados en gran parte por las leyes y políticas coloniales, y por la subordinación a los sistemas de justicia formal de los Estados. No obstante, el derecho es una noción compleja que se plasma en ideas y prácticas explícitas e implícitas. Se basa en la visión del mundo de los pueblos y en las tierras que habitan, y está inextricablemente vinculado con la cultura y la tradición. En consecuencia, una visión estrecha de la justicia que excluya las tradiciones y las costumbres de los pueblos indígenas socavaría las bases

---

<sup>2</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, párr. 7 del preámbulo.

<sup>3</sup> Seminario de expertos sobre la justicia restaurativa, los sistemas jurídicos indígenas y el acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas: Moana Jackson.

culturales de todos los sistemas jurídicos. Si no se aplican y comprenden las concepciones indígenas tradicionales de la justicia, aparecerá una forma de injusticia basada en hipótesis inaceptables, que favorecerá la inaccesibilidad<sup>4</sup>.

9. Por consiguiente, en sus trabajos precedentes el Mecanismo de expertos reconoció la importancia de tener debidamente en cuenta las leyes y tradiciones consuetudinarias de los pueblos indígenas. En su estudio del derecho de los pueblos indígenas a la educación, el Mecanismo de expertos puso de relieve el vínculo existente entre la educación tradicional y las tierras, territorios y recursos naturales, y pidió el reconocimiento jurídico y la protección de esas tierras "con el debido respeto a las costumbres, normas consuetudinarias y tradiciones de los pueblos indígenas" (A/HRC/12/33, anexo, párr. 11). En su estudio sobre el papel de los idiomas y la cultura en la promoción y protección de los derechos y la identidad de los pueblos indígenas, el Mecanismo de expertos subrayó que los sistemas de justicia indígena y su práctica son un aspecto fundamental del derecho a la cultura (A/HRC/21/53, párr. 21) y reclamó el "reconocimiento de las estructuras de gobernanza de los pueblos indígenas, incluidas sus leyes y procedimientos de solución de litigios", como forma de reparación (*ibid.*, anexo, párr. 23).

10. En la observación del Mecanismo de expertos sobre los principios rectores del Consejo de Derechos Humanos en relación con los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisiones relacionadas con las industrias extractivas, se insta a los Estados y a las empresas comerciales a utilizar procedimientos de solución de conflictos que "tengan en cuenta las costumbres, tradiciones, normas y sistemas jurídicos de los pueblos indígenas de que se trate", incluidos "mecanismos tradicionales tales como los círculos de justicia y los modelos de justicia restaurativa en los que la participación de los ancianos y otros hombres sabios tradicionales de los pueblos indígenas puede ser útil" (A/HRC/EMRIP/2012/CRP.1, párrs. 46 y 55).

## A. Los sistemas jurídicos indígenas en el derecho internacional

11. Como señaló anteriormente el Mecanismo de expertos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas es "un instrumento cuyo objetivo es que se haga justicia y constituye un importante marco fundacional para hacer efectivos los derechos de los pueblos indígenas. Su aplicación puede servir de apoyo para lograr el acceso de los pueblos indígenas a la justicia" (A/HRC/24/50, párr. 9). La Declaración afirma el derecho de estos pueblos a mantener y reforzar sus sistemas jurídicos propios. Varios de sus artículos promueven el reconocimiento y el respeto de los sistemas jurídicos indígenas, en particular el artículo 34, que dice lo siguiente: "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".

12. El artículo 5 de la Declaración trata del derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado. El artículo 27 se refiere al reconocimiento de las leyes y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos. El artículo 40 enuncia el derecho de acceso a procedimientos de solución de conflictos y reparaciones efectivas, y afirma que en esas decisiones "se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos".

<sup>4</sup> John Borrows, *Canada's Indigenous Constitution* (Toronto University Press, 2010), págs. 6 a 9.

13. El Convenio sobre pueblos indígenas y tribales (Nº 169) de la Organización Internacional del Trabajo trata en detalle del derecho de los pueblos indígenas a mantener sus costumbres y sus leyes consuetudinarias. El artículo 8, párrafo 2, reconoce el derecho de los pueblos indígenas y tribales a conservar sus costumbres e instituciones propias, a condición de que "estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Con esta misma reserva, el artículo 9, párrafo 1, dispone que "deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".

## B. Reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas

14. El grado de reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas varía mucho según las regiones y los países. En América Latina, muchas constituciones nacionales reconocen los sistemas jurídicos indígenas y la jurisdicción de las autoridades indígenas. Cada vez es más reconocido el pluralismo jurídico de la región, consistente en la coexistencia de los sistemas jurídicos indígenas con los sistemas estatales. Las Constituciones de Colombia (1991), el Perú (1993), la República Bolivariana de Venezuela (1999), el Ecuador (2008) y el Estado Plurinacional de Bolivia (2009) reconocen el pluralismo jurídico en diversos grados. En otros países, como Guatemala y México, cada vez es más aceptado el derecho de los pueblos indígenas a aplicar sus propias modalidades de solución de diferencias en sus comunidades<sup>5</sup>. En Guatemala, por ejemplo, el ministerio público y la Corte Suprema de Justicia están tomando disposiciones para mejorar la coordinación con los sistemas jurídicos indígenas, y los mecanismos indígenas de solución de conflictos suscitan un respeto creciente<sup>6</sup>.

15. En Asia, la situación de los sistemas jurídicos indígenas y las estrategias adoptadas por los Estados o propuestas por los pueblos indígenas varían. En Tailandia, por ejemplo, el Gobierno no reconoce el derecho consuetudinario; el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas solo se aplica en las aldeas. En Nepal, el sistema jurídico nacional suprimió los sistemas jurídicos indígenas, y los intentos de revitalizar esos sistemas se ven obstaculizados por el hecho de que no están documentados. Las comunidades se encuentran en situaciones distintas en cuanto a la aplicación y el reconocimiento de sus sistemas jurídicos por parte del Estado, y dentro de las propias comunidades. En Bangladesh, instituciones tradicionales como los Tres Jefes de Círculo en el distrito de Chittagong Hill Tracts son reconocidas por el Estado y tienen competencias para arbitrar litigios, pero sus facultades son limitadas. En Malasia, los tribunales nativos están reconocidos jurídicamente en Sabah y Sarawak, pero existen varios problemas, como la poca claridad de las competencias jurisdiccionales de los tribunales de la *sharia* y el hecho de que la Constitución no reconozca plenamente las leyes consuetudinarias<sup>7</sup>.

16. Un rasgo característico de los sistemas jurídicos del Pacífico es el uso y el apoyo constantes a los sistemas de derecho consuetudinario, paralelamente a los sistemas de justicia occidentales. El grado de apoyo a los sistemas de derecho consuetudinario (*kastom*) está reconocido en muchas constituciones, entre ellas las de las Islas Salomón, Papua Nueva Guinea y Vanuatu<sup>8</sup>, y sigue siendo una característica de la vida cotidiana,

<sup>5</sup> Rachel Sieder, "The challenge of indigenous legal systems: beyond paradigms of recognition", *Brown Journal of World Affairs*, vol. XVIII, Nº 11 (primavera/verano de 2012).

<sup>6</sup> Comunicación presentada por Guatemala.

<sup>7</sup> Asia Indigenous Peoples' Pact, "Asia indigenous peoples' perspectives on development" (2011). Puede consultarse en <http://www.aippnet.org/images/stories/ID-Report-web-20101130150441.pdf>.

<sup>8</sup> Sinclair Dinnen, "Restorative justice in the Pacific Islands", en *A Kind of Mending: Restorative Justice in the Pacific Islands*, Sinclair Dinnen, Anita Jowitt y Tess Newton Cain, eds. (Canberra, Pandanus Books, 2003).

especialmente en relación con ciertos temas conflictivos como las tierras tradicionales<sup>9</sup>. Este nivel de pluralismo jurídico se explica, entre otras cosas, por la limitada influencia del derecho occidental en algunas zonas así como por la persistente aplicación de los *kastom*. Muchas sociedades del Pacífico se independizaron después de un período colonial, y hay ejemplos de sociedades de este tipo (como las de las zonas montañosas de Papua Nueva Guinea) que después de la independencia retomaron los sistemas antiguos de justicia familiar. En Australia y Nueva Zelanda parecen predominar los sistemas jurídicos formales, aunque en Nueva Zelanda hay muchos ejemplos de la incorporación del derecho maorí (*tikanga*) en los procedimientos judiciales<sup>10</sup>.

17. Por lo general, la legislación de la Federación de Rusia no menciona el derecho consuetudinario indígena como tal, pero permite que las prácticas jurídicas indígenas se tengan en cuenta cuando se consideren casos concretos con pueblos indígenas. No obstante, la Ley Federal relativa a los Principios Generales de Organización de las Comunidades Indígenas permite resolver los "asuntos locales" aplicando el derecho consuetudinario. Sin embargo, en la práctica los jueces y abogados recurren muy pocas veces a estas disposiciones porque en las facultades de derecho no se imparten cursos especializados al respecto, ni tampoco formación práctica. Con frecuencia los funcionarios judiciales ignoran la legislación indígena, lo que hace que la interpreten y apliquen incorrectamente sin considerar las características culturales propias de los pueblos indígenas del norte<sup>11</sup>.

18. Los órganos de tratados sobre derechos humanos, entre ellos el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, se han ocupado de los sistemas jurídicos indígenas y su eventual contribución a la mejora del acceso a la justicia. Por ejemplo, en sus observaciones finales sobre Guatemala, el Comité exhortó al Estado parte "a que reconozca el sistema jurídico indígena en el sistema jurídico nacional y respete los sistemas tradicionales de justicia de los pueblos indígenas de conformidad con la normativa internacional de derechos humanos" (CERD/C/GTM/CO/12-13, párr. 8).

19. El Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas ha insistido repetidamente en la necesidad de reconocer los sistemas jurídicos indígenas. Por ejemplo, en el informe sobre su visita a la República del Congo, el Relator Especial instó a que se reconociera el sistema tradicional de solución de diferencias como "forma legítima de justicia"<sup>12</sup>.

### **C. El papel de los sistemas jurídicos indígenas en la facilitación del acceso a la justicia**

20. Los sistemas jurídicos indígenas pueden desempeñar un papel fundamental en la facilitación del acceso a la justicia de los pueblos indígenas, especialmente en situaciones en las que el acceso a la justicia estatal es limitado debido, entre otras cosas, a la distancia, las barreras idiomáticas y la discriminación sistemática. Las instituciones judiciales no formales pueden proporcionar un mejor acceso a la justicia porque cuando las diligencias se llevan a cabo en la misma zona se obvia la necesidad de viajar, las costas pueden ser menores y hay menos oportunidades de corrupción y discriminación y las actuaciones pueden ser dirigidas por personas de confianza en un idioma que entiendan todos y de un

<sup>9</sup> Jennifer Corrin y Don Paterson, *Introduction to South Pacific Law*, 2nd ed. (Londres, Routledge-Cavendish, 2007).

<sup>10</sup> Por ejemplo, la observancia del protocolo local durante las vistas del Tribunal de Waitangi.

<sup>11</sup> Vladimir Kryazhkov, "Development of Russian legislation on northern indigenous peoples", *Arctic Review on Law and Politics*, vol. 4, N° 2 (2013).

<sup>12</sup> A/HRC/18/35/Add.5, párr. 87. Véase también A/HRC/15/37/Add.2 y A/HRC/15/37/Add.4.

modo culturalmente accesible<sup>13</sup>. Esto es especialmente cierto en situaciones en las que los sistemas judiciales del Estado están lastrados por la ineficacia y la corrupción.

#### **D. La relación entre los sistemas jurídicos indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos**

21. Un problema capital del uso y la aplicación de los sistemas de justicia indígena es la posibilidad de que entren en conflicto con la normativa internacional de los derechos humanos. Al tiempo que afirma el derecho de los pueblos indígenas a promover, desarrollar y mantener sus costumbres o sistemas, el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas establece que esto debe hacerse "de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos". Suelen formularse tres acusaciones contra los sistemas jurídicos indígenas: que adolecen de prejuicios de género y por consiguiente no proporcionan un acceso igual a la justicia para las mujeres<sup>14</sup>; que los sistemas de justicia indígena muchas veces no respetan las garantías procesales<sup>15</sup>, y que entre las penas pueden figurar los castigos corporales<sup>16</sup>. Aunque estas críticas son ciertas en algunos casos, no deben servir como argumento para invalidar por completo los sistemas jurídicos indígenas, so pretexto de que no cumplen las normas internacionales de derechos humanos. Además, los sistemas de justicia indígena, aunque comparten algunas características, son muy diversificados y dependen en alto grado del contexto.

22. Los órganos de tratados han destacado algunos casos en los que pueden surgir diferencias entre los sistemas jurídicos indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, en sus observaciones finales relativas a México, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer expresó su preocupación acerca de las "prácticas culturales nocivas que forman parte de los sistemas jurídicos indígenas basados en la asignación a hombres y mujeres de papeles estereotipados en función del género, como el 'precio de la novia', y que perpetúan la discriminación contra las mujeres y niñas indígenas" (CEDAW/C/MEX/CO/7-8, párr. 34). En este mismo orden de ideas, el Comité de Derechos Humanos expresó su preocupación por el recurso a los castigos corporales en el sistema de justicia comunitaria del Estado Plurinacional de Bolivia, y pidió al Estado parte que "llevar(a) a cabo campañas de información pública, incluso en la jurisdicción indígena originaria campesina, para concienciar a la población sobre la prohibición y los efectos nocivos del castigo corporal" (CCPR/C/BOL/CO/3, párr. 16).

23. Está muy extendida la idea de que los sistemas jurídicos indígenas son estáticos y no cambian. En realidad, los sistemas jurídicos indígenas son muy dinámicos, y hay ejemplos que demuestran que el respeto por la autonomía jurídica de los pueblos indígenas y el derecho internacional de los derechos humanos no son en modo alguno mutuamente excluyentes. Como afirman Sieder y Sierra: "Las normas, las autoridades y las prácticas de los sistemas de justicia indígena reflejan las cambiantes relaciones de los pueblos indígenas con la sociedad dominante, pero también reflejan cambios y tensiones en el interior de las

<sup>13</sup> Tilmann J. Röder "Informal justice systems: challenges and perspectives", en *Innovations in Rule of Law: a Compilation of Concise Essays*, Juan Carlos Botero et al., eds. (The HiIL and the World Justice Project, 2012); Rachel Sieder y María Teresa Sierra, "Indigenous women's access to justice in Latin America", Christian Michelsen Institute Working Paper N° 2010:2 (Bergen, CMI, 2010). Puede consultarse en: <http://www.cmi.no/publications/publication/?3880=indigenous-womens-access-to-justice-in-latin>.

<sup>14</sup> Kimberly Inksater, "Transformative juricultural pluralism: indigenous justice systems in Latin America and international human rights", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 42, N° 60 (2010), pág. 105.

<sup>15</sup> Por ejemplo, que quizás no exista ningún mecanismo para recurrir una decisión.

<sup>16</sup> Inksater, *loc. cit.* (véase la nota 14 *supra*), pág. 120.



comunidades indígenas y los movimientos mismos"<sup>17</sup>. El ejemplo de la alcaldía indígena de Santa Cruz del Quiché, en Guatemala, es típico de la creciente asimilación de la normativa y el discurso de los derechos humanos por algunos sistemas jurídicos indígenas. La alcaldía, que es "un instrumento de coordinación supracomunal de las autoridades comunales indígenas", "sirve de intermediario en los litigios y reduce el número de casos de linchamientos de sospechosos de crímenes, basándose en el discurso acerca de la identidad maya pero también en ejemplos de los derechos humanos universales y los derechos colectivos de los pueblos indígenas"<sup>18</sup>. La alcaldía se ocupa además de las cuestiones de discriminación de género, y cada vez hay más mujeres elegidas como alcaldes. Esto puede verse como una consecuencia de la creciente participación de las mujeres indígenas en los movimientos sociales mayas, "pero también de la exigencia de que se respete la dignidad y la integridad física de la mujer en las comunidades indígenas"<sup>19</sup>.

24. Otra fuente de posibles tensiones es la naturaleza colectiva de los derechos de los pueblos indígenas, que podría entrar en conflicto con las necesidades y los derechos individuales de la comunidad. El Comité de los Derechos del Niño sostiene sin ambages que "el interés superior del niño no puede desatenderse o vulnerarse en favor del interés superior del grupo"<sup>20</sup>.

25. Algunos comentadores dicen que diversas concepciones del pluralismo jurídico permitirían la coexistencia de los dos sistemas<sup>21</sup>. Fromherz afirma que el pluralismo jurídico igualitario es una expresión adecuada del derecho a la libre determinación como se describe en el artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas<sup>22</sup>. Algunos autores van más allá y sugieren que este pluralismo debe tener un efecto de transformación en la medida en que los sistemas estatales e indígenas han de modificarse para que el derecho consuetudinario se armonice con las normas internacionales<sup>23</sup> y los sistemas de justicia del Estado respeten las diferencias culturales y no se inmiscuyan en las decisiones de las autoridades jurídicas de los pueblos indígenas<sup>24</sup>.

## E. Obstáculos y recursos

26. Los desafíos con que se enfrentan los pueblos indígenas para ejercer libremente sus derechos y llevar adelante el desarrollo jurídico de sus sociedades son diversos y complejos. En algunas situaciones en que el derecho estatal concede un nivel elevado de autonomía, lo más difícil es hacer valer adecuadamente esos derechos reconocidos por la Constitución. En la mayoría de los casos, hay una gran diferencia entre lo que proclaman los marcos nacionales e internacionales y la situación sobre el terreno, porque los sistemas jurídicos indígenas siguen estando subordinados a pesar del reconocimiento jurídico. En el Estado Plurinacional de Bolivia, por ejemplo, la Constitución coloca la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina en pie de igualdad. Sin embargo, una ley de coordinación entre jurisdicciones, la Ley de Deslinde Jurisdiccional, promulgada en diciembre de 2010, ha sido criticada por las organizaciones indígenas porque supedita la

<sup>17</sup> Sieder y Sierra, *loc. cit.* (véase la nota 13 *supra*), pág. 4.

<sup>18</sup> Sieder, *loc. cit.* (véase la nota 5 *supra*), pág. 106.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 11, párr. 30.

<sup>21</sup> Véase, por ejemplo, Inksater, *loc. cit.* (véase la nota 14 *supra*), pág. 17.

<sup>22</sup> Christopher J. Fromherz, "Indigenous peoples' courts: egalitarian juridical pluralism, self-determination, and the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 156 (2008).

<sup>23</sup> Véase, por ejemplo, Inksater, *loc. cit.* (véase la nota 14 *supra*).

<sup>24</sup> *Ibid.*, pág. 108.

jurisdicción indígena a la jurisdicción ordinaria del Estado tanto en el ámbito de vigencia territorial como en el de vigencia material<sup>25</sup>.

27. En las situaciones en que se ha creado una interfaz entre las instituciones estatales y las instituciones indígenas, incluso en el grado de pluralismo jurídico, puede ocurrir que la jurisdicción de los tribunales indígenas no esté al mismo nivel que el sistema estatal. Por ejemplo, se considera que los tribunales indígenas de Sabah y Sarawak en Malasia son inferiores y los tribunales civiles y de la *sharia* no respetan algunas de sus decisiones en ejercicio de su autoridad judicial. En caso de conflicto de leyes, las indígenas deben gozar de un reconocimiento pleno, especialmente en las comunidades locales.

28. A menudo, el principal reto es el reconocimiento oficial de los sistemas jurídicos indígenas y el derecho de los pueblos indígenas a promover, desarrollar y mantener esos sistemas.

29. La protección de grupos específicos, como las mujeres y los niños, contra la discriminación en los sistemas jurídicos indígenas es otro de los desafíos. Una de las estrategias aplicadas ha consistido en mejorar el equilibrio de género en las estructuras colectivas de liderazgo y en los órganos jurídicos de los pueblos indígenas. Algunas comunidades de Asia han instaurado sistemas de cuotas de representación femenina en los consejos de ancianos y están tratando de transformar la estructura tradicional de liderazgo dominada por los hombres<sup>26</sup>. En el Ecuador, la Constitución ampara la participación de las mujeres y la adopción de decisiones por estas en las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas<sup>27</sup>.

30. En Asia, algunas comunidades han tenido que hacer frente a los problemas derivados de la codificación de su derecho consuetudinario. Con la codificación, la libertad judicial para interpretar las leyes consuetudinarias y entender conceptos jurídicos indígenas puede verse coartada. Por ejemplo, los jefes indígenas consideraron que las normas relativas a los tribunales indígenas de Sabah de 1995 (Sabah Native Court Rules) representaban un escollo para la administración de justicia, ya que trataban con demasiada prolijidad las sanciones correspondientes a diversos delitos.

31. El peligro de que se utilicen los sistemas jurídicos y las instituciones indígenas para servir los intereses del Estado constituye también un reto importante. Otra dificultad crucial es la financiación de los sistemas jurídicos indígenas. Sin recursos suficientes esos sistemas no son sostenibles y su contribución a garantizar el acceso a la justicia se ve comprometida.

## **IV. Acceso de grupos específicos a la justicia**

### **A. Cuestiones generales**

32. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas hace especial hincapié en las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas. Por ejemplo, el artículo 22, párrafo 1, dispone que: "En la aplicación de la presente Declaración se prestará particular atención a los derechos y necesidades especiales de los ancianos, las mujeres, los jóvenes, los niños y las personas

---

<sup>25</sup> Véase, por ejemplo CONAMAQ, Fundamentos para la adecuación constitucional de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, 2012.

<sup>26</sup> Asia Indigenous Peoples' Pact. "Tilting the balance: indigenous women, development and access to justice (2013). Puede consultarse en: <http://www.aippnet.org/images/stories/IW-HR-Rep-or-May-17-ALL-BOOK-small-20130530160656.pdf>.

<sup>27</sup> Constitución del Ecuador, artículo 171.

con discapacidad indígenas". En el párrafo 2 de ese mismo artículo se pide a los Estados y los pueblos indígenas que velen por que las mujeres y los niños indígenas reciban protección contra todas las formas de violencia y discriminación.

33. Las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas son víctimas de discriminación por causas múltiples, lo que muchas veces los coloca en una situación especialmente desfavorable. Es necesario prestar especial atención a la situación de esos grupos, que padecen formas acumulativas de discriminación<sup>28</sup>.

34. El acceso a la justicia, además de ser un derecho en sí mismo, es de importancia capital como medio de obtener reparación. Las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas tienen dificultades para gozar de ese derecho y los correspondientes recursos y se enfrentan a obstáculos como la discriminación en el sistema de justicia penal y una representación desproporcionada entre la población penitenciaria.

35. La situación de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas en cuanto al acceso a la justicia debe examinarse también desde una perspectiva holística, ya que el acceso a la justicia está indisolublemente unido a otros problemas de derechos humanos que afectan a los pueblos indígenas, como la pobreza, la falta de acceso a la salud y la educación y la falta de reconocimiento de los derechos a la tierra, los territorios y los recursos.

## **B. Mujeres indígenas**

### **1. Obstáculos**

36. Existen numerosos obstáculos que dificultan el acceso de las mujeres indígenas a la justicia en pie de igualdad con las demás personas. Esos obstáculos se encuentran en la sociedad (sobre todo en relación con niveles elevados de violencia, discriminación y marginación), en los sistemas estatales de justicia penal y en los sistemas jurídicos indígenas.

37. Las mujeres corren un riesgo desproporcionado de sufrir todas las formas de violencia, agravadas por formas múltiples de discriminación por motivos de raza, género y otras señas de identidad, a las que se suman la discapacidad y la orientación sexual. Las formas de violencia que sufren las mujeres indígenas incluyen la violencia física, emocional y sexual contra las mujeres y niñas (normalmente perpetrada por hombres) en las relaciones interpersonales (violencia doméstica o intrafamiliar) y generan un nivel elevado de agresiones y asesinatos. La violencia sexual suscita especial preocupación. Por ejemplo, las mujeres indígenas de Papua Nueva Guinea siguen soportando matrimonios forzados, el pago de un precio por la novia y la poligamia. En América del Norte y en muchas otras partes del mundo, las mujeres y las niñas indígenas corren un riesgo elevado de ser asesinadas o explotadas sexualmente a través del comercio sexual. La trata de mujeres y niñas indígenas constituye otro grave problema de derechos humanos. La violencia tiene efectos negativos en la salud y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres indígenas, por ejemplo en el derecho a decidir el número de hijos y el espaciamiento de los embarazos, el derecho a información sobre salud sexual, el derecho de acceso a productos y servicios de salud reproductiva y el derecho de acceso a productos y servicios de salud que tengan debidamente en cuenta los aspectos culturales, como las medicinas tradicionales y los servicios informados de curación de traumas (E/C.19/2012/6, págs. 5 y 6). Todas esas formas de marginación contribuyen a limitar el acceso de las mujeres indígenas a la justicia.

<sup>28</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 20, párr. 17.

38. El hecho de vivir en zonas remotas o rurales es otro de los obstáculos a la justicia con que tropiezan las mujeres indígenas. Las prácticas discriminatorias relacionadas con la propiedad de la tierra influyen también en el acceso de las mujeres a la justicia. Algunas leyes consuetudinarias no permiten que las mujeres hereden bienes ni ocupen puestos de dirección en las instituciones indígenas de justicia.

39. Las industrias extractivas que operan en los territorios indígenas o en sus cercanías suelen exacerbar el riesgo de violencia (por parte de los trabajadores) y los problemas de salud de las mujeres indígenas, como el cáncer causado por aguas contaminadas (E/C.19/2012/6, pág. 8). Con demasiada frecuencia, las leyes estatales no ofrecen una protección suficiente contra las violaciones de los derechos humanos por las empresas ni mecanismos adecuados de reparación (A/HRC/21/55).

40. Las mujeres indígenas están excesivamente presentes en los sistemas nacionales de justicia penal. En el caso de Nueva Zelanda, por ejemplo, aunque los maoríes constituyen el 15% de la población, el 58% de las reclusas son maoríes<sup>29</sup>. Esta tendencia negativa se manifiesta también en otros países, donde la proporción de mujeres indígenas en las cárceles va en aumento. La presencia desproporcionada de las mujeres indígenas en los sistemas de justicia suele obedecer a un uso sistémico tendencioso de las facultades discrecionales, la pobreza, la marginación y la violencia contra las mujeres indígenas<sup>30</sup>.

41. Muchas veces la violencia contra las mujeres indígenas no se denuncia, lo cual puede deberse a numerosas razones. Cuando existe discriminación y tendenciosidad en los sistemas de justicia penal, a veces las mujeres indígenas son reacias a presentar denuncias. También puede ocurrir que no conozcan los servicios y medios de protección disponibles, sobre todo si viven en zonas rurales o remotas en las que simplemente no hay servicios. La falta de opciones para liberarse de una relación abusiva hace que, en ocasiones, las mujeres indígenas se retracten de las denuncias iniciales de violencia y acaben siendo inculpadas por formular acusaciones falsas. Los delitos cometidos contra mujeres indígenas que son denunciados suelen minimizarse o saldarse con una reducción de la pena, lo que hace que la protección jurídica sea desigual<sup>31</sup>. Las mujeres indígenas suelen verse confrontadas a la marginación, la desconfianza y la tendenciosidad en el sistema jurídico, y pueden ser discriminadas y acosadas por la policía cuando denuncian una agresión.

42. Los sistemas de justicia tradicionales pueden mejorar el acceso de las mujeres indígenas a la justicia dando acceso a una forma de justicia culturalmente aceptable. Sin embargo, en muchos casos esos sistemas están dominados por los hombres y discriminan a las mujeres. Es necesario reforzar los sistemas de justicia tradicionales para que puedan proteger a las mujeres indígenas contra la violencia y propugnar un trato justo y equitativo.

## 2. Recursos

43. La eliminación de los obstáculos económicos y sociales a la participación plena, efectiva y significativa de las mujeres indígenas en la sociedad en general mejoraría mucho su capacidad para acceder a la justicia. Los programas que divulgan información sobre los mecanismos disponibles y las reformas legislativas pueden contribuir a proteger a las mujeres indígenas.

44. A fin de garantizar que los derechos de las mujeres indígenas estén representados en los sistemas jurídicos nacionales es fundamental que el poder judicial cuente con un mayor

<sup>29</sup> Datos estadísticos de Nueva Zelanda sobre la población penitenciaria. Pueden consultarse en: [www.stats.govt.nz/browse\\_for\\_stats/snapshots-of-nz/yearbook/society/crime/corrections.aspx](http://www.stats.govt.nz/browse_for_stats/snapshots-of-nz/yearbook/society/crime/corrections.aspx).

<sup>30</sup> Seminario para expertos impartido por Hannah McGlade.

<sup>31</sup> *Ibid.*

número de mujeres indígenas<sup>32</sup>. Es muy importante designar a juezas para que entiendan de las causas en que las mujeres no quieren comparecer ante un juez varón; ello puede hacer que las mujeres indígenas se sientan más cómodas en el sistema judicial y acudan a él<sup>33</sup>, pese a la crítica inexacta de que ese tipo de políticas propician sentencias o condenas más leves.

45. Debería impartirse formación sobre las cuestiones de género a los funcionarios judiciales y los agentes del orden y darles a conocer las especificidades culturales en su labor con las mujeres indígenas. También debería alentarse a las instituciones de justicia penal a que se abran más y acepten a mujeres en puestos de liderazgo y de adopción de decisiones.

46. Las instituciones jurídicas indígenas y estatales pueden beneficiarse del diálogo sobre las nociones de igualdad basadas en los derechos, centrándose en los derechos de las mujeres y un trato justo y equitativo. Es esencial promover la igualdad de derechos de las mujeres indígenas en todos los aspectos de los sistemas jurídicos estatales e indígenas para eliminar los obstáculos que dificultan el acceso a la justicia (A/HRC/24/50, párr. 65).

47. Fomentar el desarrollo de sistemas comunitarios —cuando no los haya— para impartir justicia tendrá efectos positivos. Para mejorar el acceso a la justicia de las mujeres indígenas, sus hijos y sus familias, los procesos de reforma legislativa deben incluir respuestas holísticas y con una orientación reparadora. Esas soluciones deben abordar el papel subyacente del patriarcado causado por la imposición de culturas coloniales. Debería facilitarse la participación de las mujeres indígenas como dirigentes en los sistemas jurídicos indígenas tradicionales, con medidas tendientes a ese fin.

## C. Niños y jóvenes indígenas

### 1. Obstáculos

48. Aunque hay pocos datos disponibles, varios estudios revelan que la presencia de los niños y jóvenes indígenas en los sistemas de justicia penal es desproporcionada. Como ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, el índice de encarcelamiento de niños indígenas desproporcionadamente alto "puede atribuirse a discriminación sistémica en el sistema judicial o en la sociedad"<sup>34</sup>. En Australia, por ejemplo, los jóvenes indígenas entre 10 y 17 años de edad tienen una probabilidad 15 veces mayor que los jóvenes no indígenas de ser objeto de una medida de supervisión comunitaria y una probabilidad casi 25 veces superior de estar reclusos<sup>35</sup>. En Nueva Zelanda, la tasa de jóvenes maoríes que comparecen ante un tribunal es superior al doble de la tasa de jóvenes en general<sup>36</sup>.

49. Otro sector en el que se tropieza con obstáculos persistentes es el acceso a la justicia de los niños indígenas que han sido víctimas de violencia doméstica y abusos sexuales.

<sup>32</sup> Véase, por ejemplo, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 23.

<sup>33</sup> Seminario para expertos impartido por Ipul Powaseu.

<sup>34</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 11, párr. 74.

<sup>35</sup> Australian Institute of Health and Welfare, "Youth justice in Australia 2011-2012: an overview", *Bulletin 115* (abril de 2013), pág. 10. Puede consultarse en: <http://www.aihw.gov.au/WorkArea/DownloadAsset.aspx?id=60129543208>.

<sup>36</sup> Comunicación presentada por la Comisión de Derechos Humanos de Nueva Zelanda, Te Kāhui Tika Tangata.

## 2. Recursos

50. El Comité de los Derechos del Niño definió una serie de obstáculos y recursos en relación con el acceso a la justicia de los niños indígenas en su Observación general N° 11 (2009). En el párrafo 23 se subraya que los Estados partes deben garantizar que el principio de no discriminación pueda ser "debidamente supervisado e impuesto por los órganos judiciales y administrativos". También se recuerda a los Estados que el acceso a recursos efectivos para evitar la discriminación debe intervenir "en el momento oportuno".

51. Existe una importante penuria de datos sobre los niños y los jóvenes indígenas en el sistema judicial, lo que además de dificultar la evaluación de la magnitud de los problemas planteados complica el diseño y la aplicación de políticas adecuadas para corregir su presencia excesiva en el sistema judicial. El Comité de los Derechos del Niño destacó la necesidad de recopilar datos desglosados sobre los niños indígenas para identificar la discriminación<sup>37</sup>, indicando que los Estados deberían tratar de mejorar el desglose de los datos relativos al sistema de justicia juvenil. Además, el Comité resaltó la necesidad de adoptar medidas positivas para eliminar las condiciones que dan lugar a discriminación, como el acceso a servicios culturalmente apropiados de justicia juvenil<sup>38</sup>.

52. En el artículo 40, párrafo 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño se pide a los Estados que adopten medidas para tratar a los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes sin recurrir a procedimientos judiciales siempre que sea apropiado. Además, el Comité ha señalado en varias ocasiones que la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño no deberían utilizarse más que como último recurso<sup>39</sup>. En el caso de los niños indígenas, podría recurrirse a sistemas tradicionales de justicia restitutiva que sean conformes con el derecho internacional para tratar los casos que afectan a niños y jóvenes. El Comité también recomienda que se establezcan programas y servicios comunitarios que tengan en cuenta las necesidades y la cultura de los niños indígenas, de sus familias y de sus comunidades<sup>40</sup>. En Australia, por ejemplo, el Programa de Justicia Indígena financia programas dedicados a la gestión de los casos y a actividades alternativas para los niños y los jóvenes<sup>41</sup>.

53. Los Estados deberían diseñar y ejecutar programas de formación para el personal judicial y los agentes del orden, así como los demás funcionarios que proceda, sobre los derechos de los niños indígenas, las medidas especiales de protección de los niños y los jóvenes indígenas y enfoques que tengan en cuenta los aspectos culturales<sup>42</sup>. También es fundamental que el personal judicial y los agentes del orden dispongan de información sobre los traumas y sean capaces de actuar con sensibilidad en los casos de violencias y abusos sexuales<sup>43</sup>.

54. Otro principio que debe observarse siempre es el respeto de la opinión del niño. En el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño se consagra el derecho de los niños a ser oídos en los procedimientos judiciales y administrativos que les afecten. En el caso de los niños indígenas, las medidas para hacer efectivo el derecho a ser oído en los procedimientos judiciales o penales comprenden el acceso gratuito a un intérprete y una asistencia jurídica que tenga en cuenta los aspectos culturales<sup>44</sup>. En Guatemala, las

<sup>37</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 11, párr. 24.

<sup>38</sup> *Ibid*, párr. 25.

<sup>39</sup> *Ibid*, párr. 74.

<sup>40</sup> *Ibid*, párr. 75.

<sup>41</sup> Comunicación presentada por Australia.

<sup>42</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 11, párrs. 33 y 77.

<sup>43</sup> Seminario para expertos impartido por Hannah McGlade.

<sup>44</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 11, párr. 76.

autoridades judiciales han creado el Centro de Interpretación y Traducción Indígena para facilitar el acceso a la justicia de los pueblos indígenas, en especial las mujeres y los niños indígenas. Ese Centro dispone de traductores e intérpretes jurados con cobertura nacional y conocimiento de las 22 lenguas mayas que se hablan en el país<sup>45</sup>.

55. Como se ha destacado más arriba, es esencial adoptar un enfoque holístico del acceso a la justicia de los niños indígenas. Un ámbito que merece especial atención es la educación. La educación de calidad puede facilitar el ejercicio de los derechos humanos y beneficiar tanto a los niños individualmente como a sus comunidades. De manera más específica, debería impartirse formación en derechos humanos a los niños y jóvenes indígenas para empoderarlos como personas y lograr la libre determinación de sus comunidades.

## D. Personas indígenas con discapacidad

### 1. Obstáculos

56. Las personas indígenas con discapacidad se enfrentan a obstáculos numerosos y complejos en el acceso a la justicia. Esos obstáculos existen en la sociedad (sobre todo en relación con la violencia, la pobreza, la marginación y la discriminación), los sistemas estatales de justicia penal y los sistemas jurídicos indígenas.

57. Las personas indígenas con discapacidad corren un riesgo desproporcionado de ser sometidas a todas las formas de violencia y abandono, agravado por la discriminación por motivos de raza, género, identidad y orientación sexual. Esas formas de violencia comprenden la violencia física, emocional y sexual. La violencia contra las personas indígenas con discapacidad suele darse en el seno de la propia familia<sup>46</sup>. Temiendo que las abandonen y muchas veces incapaces de encontrar sistemas alternativos de cuidados o de comunicarse con fuentes del exterior, las personas indígenas con discapacidad pueden sentirse obligadas a tolerar situaciones de abuso<sup>47</sup> o, si logran encontrar quien las cuide, a menudo son maltratadas por las personas que se supone deberían protegerlas.

58. La ausencia de sistemas de evaluación accesibles y culturalmente adecuados reduce el acceso de las personas indígenas con discapacidad a la justicia. Además, debido en gran parte a la pobreza, el aislamiento y la marginación, las personas indígenas con discapacidad no pueden obtener una evaluación, atención o tratamiento adecuados. En muchos casos, el primer contacto de las personas indígenas con discapacidad, en particular de las que presentan una discapacidad intelectual, con los servicios previstos para ellas se produce después de entrar en contacto con el sistema de justicia penal<sup>48</sup>.

59. Las personas indígenas con discapacidad registran índices elevados de encarcelamiento y se ven afectadas por otros problemas durante la reclusión, como la detención arbitraria o indefinida en instituciones residenciales, en especial cuando presentan problemas de salud mental o una discapacidad intelectual (E/C.19/2013/6, pág. 9). Las personas indígenas con discapacidad encuentran obstáculos en el sistema

<sup>45</sup> Comunicación presentada por Guatemala.

<sup>46</sup> Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), Oficina Subregional para el Pacífico, *A Deeper Silence: the Unheard Experiences of Women with Disabilities – Sexual and Reproductive Health and Violence against Women in Kiribati, Solomon Islands and Tonga* (Suva, Fiji, 2013), pág. 41.

<sup>47</sup> Seminario para expertos impartido por Ipul Powaseu.

<sup>48</sup> Comunicación presentada por la Aboriginal Disability Justice Campaign. Véase también Mindy Sotiri *et al.*, "No end in sight: the imprisonment, and indefinite detention of indigenous Australians with a cognitive impairment", Aboriginal Justice Campaign, Sydney, septiembre de 2012. Puede consultarse en: [www.pwd.org.au/documents/project/2012ADJC-NoEndInSight.docx](http://www.pwd.org.au/documents/project/2012ADJC-NoEndInSight.docx).

judicial que les impiden tener acceso a apoyo y servicios. En Australia, por ejemplo, a las personas indígenas con discapacidad intelectual se las detiene con frecuencia y no se las considera aptas para ser juzgadas. Cuando ello ocurre, su reclusión suele hacerse indefinida. Según los informes recibidos por el Mecanismo de expertos, muchas veces se encarcela a personas indígenas en condiciones inadecuadas, por ejemplo en prisiones australianas de máxima seguridad, en las que se ha recluso a personas indígenas con discapacidad intelectual y, al parecer, se las ha sometido a formas excesivas de contención química y mecánica (*ibid.*).

60. La escasa disponibilidad de información en formatos accesibles supone una limitación considerable para las personas indígenas con discapacidad. A menudo resulta difícil acceder a información sobre los derechos y a otros tipos de material jurídico y didáctico al no haber la tecnología y los materiales auxiliares necesarios en formatos alternativos, incluso en las instituciones estatales, indígenas y de las Naciones Unidas. En las zonas rurales o remotas, muchas veces ese acceso no existe.

61. Algunas lenguas indígenas no tienen conceptos o términos para la discapacidad. Con frecuencia las comunidades indígenas ocultan o disimulan los casos de personas indígenas con discapacidad<sup>49</sup>. Esa realidad es una consecuencia directa de la estigmatización de esas personas, muchas veces basada en la imposición de modelos occidentales de desarrollo, en que las comunidades no han reconocido y aceptado a las personas indígenas con discapacidad. Las personas con discapacidad suelen ser marginadas y sometidas a violencias y abusos. La falta de apoyo a las familias de niños con discapacidad conduce muchas veces a la separación de los niños de sus familiares y su internamiento en el sistema asistencial. Esto es más probable cuando los pueblos indígenas han vivido un trauma histórico, por ejemplo cuando se han impuesto sistemas de escolarización en régimen de internado (E/C.19/2013/6, págs. 6, 11 y 12).

62. Los derechos sexuales y reproductivos de las personas indígenas con discapacidad, en especial de las mujeres, se violan con frecuencia a través de violencias sexuales, anticoncepciones forzadas y estigmas sexuales y reproductivos<sup>50</sup>. Esto puede ser aún peor en el caso de las personas indígenas con discapacidad que son también personas lesbianas, gais, bisexuales y transgénero, las cuales son objeto de discriminación a causa de su orientación sexual o identidad de género y, por lo tanto, padecen una discriminación y un aislamiento mayores<sup>51</sup>.

## 2. Recursos

63. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas prevé específicamente que deben promoverse los derechos y necesidades especiales de las personas indígenas con discapacidad con medidas orientadas al mejoramiento de sus condiciones económicas y sociales y aplicando la Declaración, incluidos los artículos relacionados con la justicia (artículos 21 y 22, respectivamente). La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad establece un marco general para la promoción de los derechos de las personas con discapacidad, entre otras cosas con ajustes para garantizar la no discriminación y la igualdad en relación con el acceso a la justicia (art. 13, párr. 1) y así como la formación de las personas que trabajan en la administración de la justicia (art. 13, párr. 2). En el párrafo p) del preámbulo se expresa preocupación por las personas indígenas con discapacidad.

64. La educación en varios niveles, por ejemplo la educación sobre la discapacidad para el público en general y el personal de la administración de justicia penal, así como la

<sup>49</sup> Seminario para expertos impartido por Ipul Powaseu.

<sup>50</sup> UNFPA, Oficina Subregional para el Pacífico, *op. cit.* (véase la nota 46 *supra*), pág. 42.

<sup>51</sup> *Ibid.*



educación en derechos humanos para las personas con discapacidad, el público en general y el personal del sistema de justicia penal<sup>52</sup>, ayudaría a mejorar el acceso a la justicia de las personas indígenas con discapacidad.

65. Si se ofreciese más apoyo a los familiares de las personas con discapacidad, que suelen ser sus principales cuidadores, se contribuiría a reducir la violencia en la familia. Muchas veces, los familiares carecen de formación y no tienen la capacidad, el apoyo y los recursos necesarios para hacer de cuidador<sup>53</sup>.

66. Un mayor acceso a la asistencia jurídica podría propiciar mejoras, por ejemplo cuando se necesita asistencia jurídica gratuita adecuada pero no se ofrece, o cuando el abogado disponible no ha recibido la formación oportuna para atender a las necesidades jurídicas o de otra índole de sus clientes indígenas con discapacidad. Además, las personas indígenas con discapacidad pueden encontrar barreras relacionadas con el transporte para acudir a los servicios jurídicos o conexos, debido a la falta de medios de transporte accesibles para realizar los desplazamientos.

67. Si se hiciera partícipes a las personas con discapacidad, asignándoles alguna función en los sistemas de justicia penal, se las empoderaría mucho más. Deberían adoptarse medidas especiales para ampliar el apoyo y la protección judiciales a las personas indígenas con discapacidad, a fin de reducir su vulnerabilidad.

## V. La justicia restaurativa

### A. Hacia una definición de justicia restaurativa

68. El desarrollo y la aplicación constantes de los procesos de justicia restaurativa hacen imposible definir este concepto de una manera única y general. Los procesos considerados restaurativos pueden diferir en aspectos importantes, como la necesidad o la conveniencia de la retribución y del castigo, la medida en que las partes afectadas deberían participar e interactuar y el grado de atención dedicado a las víctimas. A pesar de estas diferencias, diversas características se suelen asociar con los procesos de justicia restaurativa: brindar la oportunidad de compartir experiencias, prestar atención al restablecimiento de las relaciones, exigir una disculpa y/o reparación, permitir una participación activa de las partes en la negociación de una solución justa y hacer hincapié en el establecimiento de un diálogo entre las partes<sup>54</sup>.

69. Aunque muchos de los procesos de justicia restaurativa modernos se desarrollaron, en un principio, en el contexto del derecho penal y que gran parte de la bibliografía existente se centra en esta esfera, una característica de estos procesos es que pueden aplicarse en una amplia gama de contextos. Por lo tanto, al determinar el alcance y la naturaleza de la justicia restaurativa es útil considerar los distintos usos de estos procesos y compararlos con otros de distintas tradiciones, como los sistemas jurídicos indígenas y el derecho consuetudinario. Los procesos de justicia restaurativa pueden aplicarse a una amplia variedad de cuestiones, desde asuntos que afectan a pueblos y comunidades enteros (como la colonización y la asimilación forzada (véase el sistema de internados escolares

<sup>52</sup> Seminario para expertos impartido por Ipul Powaseu; E/C.19/2013/6, pág. 9.

<sup>53</sup> UNFPA, Oficina Subregional para el Pacífico, *op. cit.* (véase la nota 46 *supra*), pág. 41.

<sup>54</sup> Una introducción detallada a la justicia restaurativa, con definiciones y una relación de las principales características de los programas de justicia restaurativa, figura en el *Manual sobre programas de justicia restaurativa de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito* (Publicación de las Naciones Unidas, N° de venta E.06.V.15).

para indios de América del Norte, por ejemplo)) hasta disputas entre particulares a nivel de la comunidad.

70. Algunos procesos de la justicia restaurativa se relacionan habitualmente con determinados tipos de usos. Por ejemplo, la imposición de penas mediante deliberación colectiva se suele emplear en la esfera penal, y las comisiones de la verdad acostumbran a utilizarse en sociedades que salen de conflictos<sup>55</sup>. No siempre está clara la diferencia entre las prácticas y los contextos en que se utilizan. Por ejemplo, en el contexto penal se enfatiza el uso de la justicia restaurativa en relación con la víctima, el autor del delito y las personas a las que afecta. Sin embargo, la utilización de estos procesos también puede facilitar la paz y la reconciliación en la sociedad en general, reduciendo las tasas de reincidencia<sup>56</sup>, aumentando la autonomía de las comunidades y fomentando el entendimiento entre las partes<sup>57</sup>.

71. Otro factor que debe tenerse en cuenta al analizar los procesos de justicia restaurativa es que facilita el acceso a la justicia en cuestiones de gran magnitud, como las violaciones manifiestas de los derechos humanos o las injusticias cometidas en el pasado por un Estado con respecto a los pueblos indígenas. Cuando se utilizan de esta manera, los procesos de justicia restaurativa vuelven a demostrar que este tipo de uso no se diferencia tanto del aplicado a los actos delictivos cometidos por individuos. Por ejemplo, si una comisión de la verdad puede establecerse para abordar injusticias sufridas por una comunidad en general, su funcionamiento también afectará a la forma en que se accede a la justicia y al modo en que esta se administra y aplica a los individuos. Otros ejemplos los dan las investigaciones nacionales sobre el despojo sistemático de las tierras de los pueblos indígenas, entre ellas la realizada por la Comisión Nacional de Derechos Humanos de Malasia.

## **B. La relación entre la justicia restaurativa, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos indígenas**

72. La relación existente entre los procesos de justicia restaurativa y los dimanantes de sistemas jurídicos indígenas y consuetudinarios ayuda a definir el ámbito de aplicación de la justicia restaurativa. Esto es especialmente pertinente porque los procesos de justicia restaurativa a menudo son utilizados por los pueblos indígenas, o con respecto a ellos<sup>58</sup>. Esta relación presenta distintas facetas, como el nivel de coincidencia existente entre el derecho indígena o consuetudinario y los procesos de justicia restaurativa, la forma en que se introducen los procesos restaurativos (si se imponen a la comunidad o es esta la que los adopta, por ejemplo) o la conveniencia de transferir a otras sociedades procesos de justicia restaurativa que han sido influidos por el derecho consuetudinario o indígena.

73. Los sistemas de derecho consuetudinario se utilizan en muchas partes del mundo y con frecuencia coexisten con sistemas jurídicos más formales. Pueden compartir

<sup>55</sup> Véanse, por ejemplo, ACNUDH, *Justicia transicional y derechos económicos, sociales y culturales* (HR/PUB/13/5), y ACNUDH, *Instrumentos del Estado de derecho para sociedades que han salido del conflicto: Comisiones de la Verdad* (HR/PUB/06/01).

<sup>56</sup> James Bonta *et. al.*, "Restorative justice and recidivism: promises made, promises kept?", en *Handbook of Restorative Justice: a Global Perspective*, Dennis Sullivan y Larry Tifft, eds. (Abingdon, Routledge, 2007).

<sup>57</sup> Este efecto se menciona en relación con el reconocimiento de la verdad y el intercambio de experiencias por intermediación de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Canadá. Puede consultarse en: [www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=7](http://www.trc.ca/websites/trcinstitution/index.php?p=7).

<sup>58</sup> Por ejemplo, las iniciativas en materia de imposición de penas que tratan de incorporar prácticas de justicia indígenas y prever un intercambio de historias durante las audiencias del Tribunal de Waitangi.

características y objetivos con los procesos de justicia restaurativa, como la aspiración a lograr una reconciliación entre las partes, negociar un resultado o involucrar a la comunidad en la administración de la justicia. En algunos casos, los sistemas de justicia restaurativa pueden adoptar características de los sistemas indígenas y de esta manera establecer un vínculo con la comunidad. A pesar de estas similitudes, la justicia restaurativa y el derecho consuetudinario/indígena son procesos distintos que difieren en sus orígenes. Además, muchos pueblos, tribus y naciones indígenas creen que sus leyes consuetudinarias e indígenas dimanar de derechos inmanentes.

### C. La justicia restaurativa y la libre determinación

74. Un tema importante y controvertido para los pueblos indígenas y las naciones poscoloniales de hoy es la libre determinación de los pueblos indígenas y sus eventuales consecuencias para los sistemas jurídicos. El derecho a la libre determinación está consagrado en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, y esto conlleva la exigencia del control y la participación de los pueblos indígenas en los procesos de justicia que les afectan. Como ya se ha destacado anteriormente, diversos artículos, en particular el artículo 34, afirman que la utilización de sistemas jurídicos indígenas es una expresión de la libre determinación y contribuye a esta<sup>59</sup>.

75. La naturaleza flexible y participativa de los procesos de justicia restaurativa y sus similitudes intrínsecas con el derecho consuetudinario hacen que estos procesos puedan servir de vehículo para apoyar el uso de sistemas de justicia indígena y, por tanto, facilitar la libre determinación de los pueblos indígenas. Prácticas tales como la mediación son instrumentos útiles para reducir la brecha entre los sistemas jurídicos formales y la justicia popular *in situ*. Sin embargo, las características de algunos procesos de justicia restaurativa —como el hecho de que sean impuestos "desde arriba" y su posible politización— pueden mermar su capacidad para apoyar el acceso a la justicia y a la libre determinación<sup>60</sup>.

76. La confusión entre las prácticas genuinamente indígenas y las que se limitan a adoptar algunas características del derecho consuetudinario pone en peligro la facilitación de la libre determinación indígena mediante la justicia restaurativa, al aumentar el riesgo de que los Estados u otros actores puedan apropiarse de estos procesos<sup>61</sup>.

### D. La justicia restaurativa para la paz y la reconciliación

77. La justicia restaurativa se ha empleado en múltiples contextos con el fin más general de lograr la paz y la reconciliación, como en las comisiones de la verdad relacionadas con los pueblos indígenas en Australia, el Canadá, Chile, Guatemala y el Perú, la Disculpa a los pueblos indígenas de Australia (con sus consiguientes iniciativas de reconciliación), la Maine Wabanaki-State Child Welfare Truth and Reconciliation Commission, el Tribunal de

<sup>59</sup> Por ejemplo, los artículos 3, 4, 11.1 y 33.

<sup>60</sup> Véase, por ejemplo, Eduardo R. C. Capulong, "Mediation and the neocolonial legal order: access to justice and self-determination in the Philippines", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 27, N° 3 (septiembre de 2012).

<sup>61</sup> Stephanie Vielle, "Frenemies: restorative justice and customary mechanisms of justice", *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, vol. 16, N° 2 (2013).

Waitangi en Nueva Zelanda y la aplicación del derecho consuetudinario en sociedades indígenas tanto en tiempos de paz como en situaciones posteriores a conflictos<sup>62</sup>.

78. Las comisiones de la verdad tienen distintos fines y modos de funcionamiento, pero muchas presentan características que se ajustan a los principios de la justicia restaurativa o los fomentan. Por ejemplo, las comisiones de la verdad pueden contribuir a la restauración arrojando luz sobre lo ocurrido, identificando a las instituciones responsables de los abusos cometidos, reconociendo a las víctimas y ofreciéndoles un foro en el que compartir sus experiencias y contar sus historias, formular recomendaciones sobre cómo proporcionar reparación y prevenir futuras vulneraciones<sup>63</sup>, y posibilitar prácticas consuetudinarias o verse influidas por ellas. Por ejemplo, según el Arzobispo Desmond Tutu, la Comisión de la Verdad y la Reconciliación de Sudáfrica (SATRC) se ha visto influida por los *ubuntu* (conceptos africanos tradicionales de curación y bienestar)<sup>64</sup>. Estas comisiones también pueden facilitar el acceso a la justicia en situaciones en las que, de otro modo, sería muy difícil conseguirlo, como en el contexto del trato dispensado a los pueblos indígenas en el pasado<sup>65</sup>.

79. Aunque la SATRC no se creó para alinearse con los principios de la justicia restaurativa, se ha dicho que sus funciones son "restaurativas"<sup>66</sup>. Por ejemplo, la creación de un comité de amnistía (para los autores) y de un comité de derechos humanos (para las víctimas) permitió incluir en el proceso tanto a los autores como a las víctimas de las injusticias<sup>67</sup>. Sin embargo, esta característica ha sido criticada por mantener la separación entre las partes<sup>68</sup>. Otra crítica formulada a la SATRC es su limitada capacidad para ofrecer reparación, potestad reservada al Gobierno<sup>69</sup>.

80. La Comisión de la Verdad y la Reconciliación del Canadá, creada en 2008, tiene como fin lograr la paz y la reconciliación, para remediar las secuelas del sistema de internados escolares impuesto a los niños indígenas del Canadá. Su mandato consiste en oír la verdad, promover la cicatrización de las heridas y facilitar la reconciliación. Es restaurativa por su función de dilucidar la verdad mediante el intercambio y el registro de información, facilitando así el entendimiento entre los individuos y las comunidades. La metodología de esta Comisión se basa en las costumbres indígenas, como los círculos de sanación, el asesoramiento tradicional de los participantes y otras ceremonias tradicionales y espirituales. Este proceso permite establecer nuevas relaciones, basadas en el reconocimiento y el respeto mutuos. En virtud de la Ley de Acuerdo de Resolución del Problema de los Internados Indios, supervisada por los tribunales, los exalumnos de los internados reciben indemnizaciones monetarias, al margen de la Comisión, en forma de modestas sumas en concepto de experiencia común, y se establece un proceso distinto e independiente para evaluar las denuncias de abusos.

<sup>62</sup> Un análisis pormenorizado de la utilización de las comisiones de la verdad y los derechos de los pueblos indígenas figura en el estudio sobre los derechos de los pueblos indígenas y las comisiones de la verdad y otros mecanismos de búsqueda de la verdad en el continente americano, del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas (E/C.19/2013/13).

<sup>63</sup> Jennifer Llewellyn, "Truth Commissions and Restorative Justice", en *Handbook of Restorative Justice*, Gerry Johnstone y Daniel W. Van Ness, eds. (Cullompton, Willan Publishing, 2007), pág. 358.

<sup>64</sup> Michael King *et al.*, *Non-Adversarial Justice* (Annandale, Federation Press, 2009), pág. 61.

<sup>65</sup> Llewellyn, *loc. cit.* (véase la nota 63 *supra*), pág. 352.

<sup>66</sup> King *et al.*, *op. cit.* (véase la nota 64 *supra*), pág. 61.

<sup>67</sup> Llewellyn, *loc. cit.* (véase la nota 63 *supra*), pág. 362.

<sup>68</sup> Audrey R. Chapman, "Truth commissions and intergroup forgiveness: the Case of the South African Truth and Reconciliation Commission", *Peace and Conflict: Journal of Peace and Psychology*, vol. 13, N° 1 (marzo de 2007), págs. 66 y 67.

<sup>69</sup> Llewellyn, *loc. cit.* (véase la nota 63 *supra*), pág. 365.

81. El Tribunal de Waitangi de Nueva Zelanda, establecido en 1975, es un ejemplo de proceso de justicia restaurativa para facilitar una reconciliación surgido de las necesidades de una comunidad, en este caso la comunidad maorí y la comunidad pakeha<sup>70</sup>. En líneas generales, el Tribunal responde a los ideales de la justicia restaurativa, ofreciendo un foro en el que los participantes puedan hacer oír sus quejas; validando las experiencias de los reclamantes mediante la investigación de las mismas; e incorporando la tradición maorí, con especial hincapié en el restablecimiento del *mana* (la autoridad) de las víctimas, sus familias y las familias de los autores de los hechos<sup>71</sup>.

82. Con la Disculpa a los pueblos indígenas de Australia, en 2008 se reconoció oficialmente el daño ocasionado por la política australiana de separar a los niños indígenas de sus familias<sup>72</sup>. El contexto y la finalidad de esa Disculpa muestran similitudes con aspectos del proceso de la justicia restaurativa, en el sentido de que la Disculpa tenía como fin ayudar a reparar el daño ocasionado en el pasado y prepararse para encarar el futuro.

83. La Maine Wabanaki-State Child Welfare Truth and Reconciliation Commission tiene el mandato de examinar la separación generalizada de niños indígenas de sus familias y su entrega a familias no indígenas a que dio lugar la Ley de Bienestar del Niño Indígena. La Comisión da voz al pueblo wabanaki y promete una igual participación del Estado y de los pueblos indígenas para alcanzar la paz y la reconciliación mediante un modelo de justicia restaurativa.

84. Como ponen de manifiesto estos casos, la justicia restaurativa debe verse como un proceso y no como un acto singular. Robert Andrew Joseph sugiere ocho grandes pasos para alcanzar una justicia reconciliadora:

- Reconocimiento: dilucidar la verdad y describir las injusticias;
- Responsabilidad: asumir responsabilidades por las injusticias cometidas;
- Remordimientos: disculparse de manera sincera por las injusticias cometidas;
- Restitución de las tierras y los recursos, y de la capacidad de decidir su utilización;
- Reparación económica por las injusticias cometidas, reconociendo que muchos de los daños ocasionados no quedarán reparados por esas indemnizaciones;
- Remodelación de las instituciones político-jurídicas del Estado para promover la participación de los pueblos indígenas en el autogobierno y la gobernanza estatal;
- Abstención de cometer injusticias en el futuro, garantizando que las injusticias presentes y pasadas no se repetirán;
- Reciprocidad en cuanto a la obligación del perjudicado de tratar a los demás como él haya sido tratado<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Joe Williams, citando a Edward Durie, en "Conflict resolution: the role of the Waitangi Tribunal", en *Turning the Tide: a New Approach to Conflict Resolution*, Peter Greener, ed. (Universidad de Tecnología de Auckland, 2001), pág. 9.

<sup>71</sup> Donna Durie Hall y Consejo Maorí de Nueva Zelanda, "Restorative justice: a Māori perspective", en *Restorative Justice: Contemporary Themes and Practice*, Helen Bowen y Jim Consedine, eds. (Lyttelton, Ploughshares Publications, 1999), pág. 26.

<sup>72</sup> Departamento de Servicios Sociales de Australia, Disculpa a los pueblos indígenas de Australia, puede consultarse en: [www.dss.gov.au/our-responsibilities/Indigenous-australians/programs-services/recognition-respect/apology-to-australias-Indigenous-peoples](http://www.dss.gov.au/our-responsibilities/Indigenous-australians/programs-services/recognition-respect/apology-to-australias-Indigenous-peoples).

<sup>73</sup> Robert Andrew Joseph, "A jade door: reconciliatory justice as a way forward citing New Zealand experience", en *Speaking My Truth: Reflections on Reconciliation and Residential Schools, vol. I, From Truth to Reconciliation* (Ottawa, Aboriginal Healing Foundation, 2008), págs. 212 y 213.

85. Un problema con la justicia restaurativa es que, a veces, los mecanismos creados por los Estados no han sido suficientes para responder adecuadamente a los agravios cometidos en el pasado. Aunque actos como la petición de disculpas y procesos como las comisiones de la verdad y la reconciliación resultan beneficiosos, solo son plenamente eficaces cuando están respaldados de manera amplia por la participación de los pueblos indígenas. Además, al proporcionar reparaciones debería atribuirse prioridad a las opiniones de los indígenas sobre la forma que estas deberían adoptar.

## Anexo

### **Opinión N° 6 del Mecanismo de expertos (2014): justicia restaurativa, sistemas jurídicos indígenas y acceso a la justicia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas**

#### **A. Aspectos generales**

1. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas debería constituir la base de todas las acciones (entre otras, a nivel legislativo y de política) relacionadas con la protección y la promoción del derecho de los pueblos indígenas a acceder a la justicia. Su aplicación debería servir de marco a la reconciliación y contribuir al acceso de los pueblos indígenas a la justicia.
2. Los sistemas jurídicos indígenas pueden desempeñar un papel fundamental facilitando el acceso de los pueblos indígenas a la justicia. La Declaración afirma el derecho de los pueblos indígenas a promover, desarrollar y mantener sus sistemas jurídicos o sus costumbres, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos (artículo 34), así como el derecho de los pueblos indígenas a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente en la vida política, económica, social y cultural del Estado (artículo 5).
3. Además de ser un derecho en sí mismo, el acceso a la justicia es de suma importancia para las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, como medio de obtener reparación. Debe considerarse de manera holística, puesto que está vinculado indisolublemente a otros problemas de derechos humanos con que se enfrentan los pueblos indígenas, como la condición de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas en la sociedad, o la pobreza, la falta de acceso a servicios de salud y educación y la falta de reconocimiento de sus derechos sobre las tierras, los territorios y los recursos.

#### **B. Consejos para los Estados**

4. Conforme a la Declaración, los Estados deben reconocer el derecho de los pueblos indígenas a mantener, desarrollar y reforzar sus propios sistemas jurídicos, así como valorar la posible contribución de estos sistemas a facilitar el acceso de los pueblos indígenas a la justicia. A este respecto, los Estados deben destinar recursos al adecuado funcionamiento y la sostenibilidad de los sistemas jurídicos indígenas y velar por que estos satisfagan las necesidades de las comunidades, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Declaración.
5. En los Estados que reconocen el pluralismo jurídico debe aclararse debidamente la jurisdicción de los sistemas jurídicos indígenas y reconocerse que los sistemas de justicia indígenas son muy diversos y específicos de cada contexto. Los sistemas de justicia estatales deben respetar el derecho consuetudinario (que puede servir para incrementar el acceso a la justicia), y este último debe respetar las normas internacionales de los derechos humanos.

6. Los Estados tienen la obligación de proteger y apoyar la labor de los defensores de los derechos humanos de los indígenas en pro del acceso a la justicia de los pueblos indígenas, conforme a lo dispuesto en la resolución 22/6 del Consejo de Derechos Humanos.
7. Los Estados deben adoptar un enfoque holístico respecto del acceso a la justicia de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, y adoptar medidas para combatir las causas profundas de discriminación múltiple con que se enfrentan estos grupos, como la utilización sistemáticamente tendenciosa de las facultades discrecionales, la pobreza, la marginación o los actos de violencia cometidos contra las mujeres indígenas.
8. Los Estados deben esforzarse más por desglosar los datos relativos a sus sistemas de justicia penal, a fin de hacerse una idea más clara de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas que se encuentran privados de libertad. Estos datos permitirían mejorar el desarrollo y la aplicación de políticas para abordar mejor la situación de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas privados de libertad.
9. Los Estados deben procurar que las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas tengan acceso a un intérprete, cuando sea necesario, en todos los procedimientos judiciales y administrativos. En el caso de las personas indígenas con discapacidad, los Estados deben adoptar medidas para garantizar todas las formas de accesibilidad.
10. Los Estados deben colaborar con los pueblos indígenas a fin de ofrecer alternativas a los niños indígenas en conflicto con la ley, organizando por ejemplo servicios de justicia juvenil culturalmente adecuados y adoptando enfoques de justicia restaurativa. La detención, la reclusión y el encarcelamiento solo deben utilizarse como último recurso.
11. Los Estados deben promover, junto con los pueblos indígenas, la educación y la capacitación en materia de derechos humanos de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, con objeto de empoderarlos. Asimismo, los vínculos entre las instituciones jurídicas indígenas y estatales pueden beneficiarse de un diálogo sobre conceptos de igualdad basados en los derechos, con miras a dar a conocer los derechos de las mujeres y las personas con discapacidad indígenas. Esto puede mejorar el equilibrio entre los géneros y la participación de las personas indígenas con discapacidad en los sistemas jurídicos indígenas y no indígenas.
12. Debe prestarse especial atención a la protección adecuada de los pueblos indígenas contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas, en particular para grupos vulnerables como las mujeres indígenas.

### **C. Consejos a los pueblos indígenas**

13. Los pueblos indígenas deben insistir más en el reconocimiento de sus sistemas jurídicos. Un mayor desarrollo de estos sistemas puede mejorar el acceso a la justicia. En particular, los pueblos indígenas deben concienciar, junto con los Estados, a los encargados de formular las políticas, el personal judicial y las fuerzas del orden sobre su derecho a administrar su propia justicia.
14. Los pueblos indígenas también deben velar por que estos sistemas respondan a las necesidades de la comunidad, y en particular de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas.



15. Las reformas y estrategias son fundamentales para garantizar la eficacia y la independencia de los sistemas jurídicos y de liderazgo tradicionales de los pueblos indígenas. Con esta finalidad hay que proporcionar mayores recursos a los dirigentes de los pueblos indígenas, apoyar los sistemas jurídicos indígenas y asegurarse de que estos cumplen sus funciones con independencia e integridad. Se debe facilitar la participación de las mujeres indígenas en los sistemas jurídicos indígenas tradicionales en calidad de dirigentes mediante medidas específicas basadas en enfoques holísticos y orientados a la reparación.

16. Los sistemas jurídicos indígenas deben velar por que las mujeres, los niños, los jóvenes o las personas con discapacidad indígenas no sean objeto de discriminación. Se debe respetar y promover la participación de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas en las instituciones de la justicia indígena, garantizando el acceso de las personas indígenas con discapacidad.

17. Los pueblos indígenas deben hacer de modo que los conocimientos sobre sus sistemas jurídicos y su derecho consuetudinario se transmitan de generación en generación, con lo que todos los miembros de la comunidad podrán comprender los conceptos indígenas de justicia.

#### **D. Consejos para las organizaciones internacionales**

18. La Declaración debe guiar los esfuerzos de las entidades del sistema de las Naciones Unidas para promover el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus sistemas jurídicos, y la labor de dichas entidades en relación con los derechos de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas.

19. Las Naciones Unidas deben dedicar recursos a desarrollar e impartir formación, en colaboración con los pueblos indígenas, sobre los derechos de estos pueblos y en particular de las mujeres, los niños, los jóvenes y las personas con discapacidad indígenas, con destino a los funcionarios del orden público y al personal del poder judicial. Además de los derechos de los pueblos indígenas, la formación debe abordar traumas y cuestiones de sensibilidad cultural.

#### **E. Consejos para las instituciones nacionales de derechos humanos**

20. Las instituciones nacionales de derechos humanos pueden desempeñar una función catalizadora en la promoción del acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Junto con los pueblos indígenas, estas instituciones pueden promover el reconocimiento de los sistemas jurídicos indígenas y prestarles apoyo, así como impartir formación en materia de derechos humanos a las autoridades judiciales, tanto estatales como indígenas. Las instituciones nacionales de derechos humanos pueden aproximar a los pueblos indígenas de los Estados, actuando como facilitadores en procesos de justicia restaurativa.

---