

Dr. Fco. Javier Jiménez Fortea

Profesor Titular de Derecho Procesal
 Universidad de Valencia (España)

jiminezf@uv.es

El proceso penal de los Pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa



In this article, the author argues that there are two major questions posed by the existence of rules for dispute resolution that are specific to indigenous communities from the procedural perspective. The first is the recognition and compatibility of indigenous and government “judicial orderings.” The second is the study of the mechanisms that indigenous communities use to resolve disputes, and whether or not one can speak of a true process in those cases. This issue involves addressing not only the disputes that are heard but also the officials who resolve them and the procedure that is followed.

1.1 Justificación del tema

Debo reconocer que la primera vez que oí hablar del “derecho indígena”, proponiéndome trabajar sobre el mismo, pensé que estaban refiriéndose a una parte de la historia del derecho, aunque la condición de penalista de mi interlocutor y su trayectoria profesional no encajaban en una investigación meramente histórica¹. Una vez pasado el desconcierto inicial, y cuando me explicó con más detalle de qué se trataba, intuí que estábamos ante una cuestión jurídica de primer orden por los problemas que su reconocimiento y desarrollo plantean, pero sobre todo por su trascendencia futura, dada la fuerza y el auge del movimiento indígena en el mundo.

Soy consciente, sin embargo, de que para un investigador, sobre todo europeo, puede parecer a primera vista extraño el dedicar su tiempo y esfuerzo a algo como el “derecho indígena”, dado el —sólo aparentemente, como veremos— escaso o nulo reflejo

que en nuestra —o cercana— realidad jurídica tiene. Ahora bien, cuando uno se aproxima a esta materia y descubre que el número de indígenas en el planeta puede alcanzar los trescientos millones, repartidos en más de setenta países de los cinco continentes —incluyendo, por lo tanto, Europa²—, posiblemente el juicio inicial sobre la oportunidad de un estudio de esta naturaleza cambie.

Prueba del interés que este tema suscita en el mundo son la cantidad de instrumentos e iniciativas internacionales que se han llevado adelante. Destaca por su importancia, la atención que le han prestado instituciones como la OIT y la ONU³. La primera, a través de dos importantes tratados internacionales: El Convenio núm. 107, sobre Poblaciones indígenas y tribales en países independientes,

¹ La persona de quien hablo es el profesor de Derecho Penal de la Universidad de Valencia Emiliano Borja Jiménez.

² Hacer una enumeración de todos los pueblos indígenas sería muy largo. Pero sí que conviene dejar constancia de los que tenemos en nuestro continente, como los *inuits* en Groenlandia (Dinamarca) y los *samis* (laponos) en Noruega, Suecia, Finlandia y Rusia.

³ Por supuesto, la OEA también está interviniendo en este proceso de reconocimiento de la realidad indígena y, en concreto, lo ha hecho a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptando en 1997 un proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, actualmente en examen por los gobiernos de la Asamblea de esa organización.

aprobado en 1957 y ratificado por veintisiete países⁴ y el Convenio núm. 169, sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado en 1989 y ratificado por catorce países, el cual constituye el paradigma normativo en esta materia. La segunda, por medio de la creación de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, así como de un Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el nombramiento de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, la declaración del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo 1995-2004, la aprobación de la Declaración y Programa de Acción de Durban en 2001 y, especialmente, la elaboración de un Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos indígenas, por desgracia todavía sin aprobar.

Pero sobre todo, como veremos, lo que subyace en el fondo de este fenómeno es la diversidad cultural y los problemas que ésta provoca, entre los que se encuentra la necesidad o no de reconocer el pluralismo jurídico. Europa no es —no puede serlo— ajena al mismo, si tenemos en cuenta que, desde la década de los ochenta y noventa, se está produciendo una inmigración masiva de personas, cuyo sistema de valores, religión y costumbres son muy diferentes a las nuestras y con las que todos hemos de convivir. Países como Alemania, Francia, Suiza, Bélgica, Reino Unido, Holanda, Italia y España, entre otros, están sufriendo una transformación social muy rápida, no exenta de conflictos y problemas muy diversos, entre los que los jurídicos no son los menos importantes⁵.

Es cierto que se han producido situaciones de asimilación de la cultura dominante sobre las recién llegadas, pero este proceso empieza a cambiar, en la medida que el número de los que vienen es cada vez mayor y ya no vienen solos, sino que lo hacen

con sus familias, lo que les garantiza una renovación generacional. Un hecho, que va a ser patente a la vuelta de unos años en países como España, que sigue teniendo la tasa de natalidad más baja de Europa. También es cierto, sin embargo, que otros colectivos de inmigrantes han sido menos permeables y han preservado fuertemente sus costumbres —caso de los de origen chino y musulmán—. Asimismo, existe en Europa un pueblo, el gitano o romaní, que se extiende por varios países y que tiene también su cultura y sus propias reglas de vida, las cuales chocan en ocasiones con las de la mayoría⁶. Así las cosas, el multiculturalismo es hoy por hoy una realidad que debemos asumir, queramos o no⁷. Analizar, por consiguiente, cómo han afrontado y afrontan este fenómeno otros países puede ayudarnos a resolver algunos de nuestros problemas actuales y futuros⁸.

...
lo que subyace en el fondo de este fenómeno es la diversidad cultural y los problemas que ésta provoca, entre los que se encuentra la necesidad o no de reconocer el pluralismo jurídico. Europa no es (...) ajena al mismo, si tenemos en cuenta que, desde la década de los ochenta y noventa, se está produciendo una inmigración masiva de personas, cuyo sistema de valores, religión y costumbres son muy diferentes a las nuestras y con las que todos hemos de convivir.

1.2 Delimitación del objeto de estudio

Las cuestiones que el “derecho indígena” plantea constituyen un auténtico reto para cualquier jurista que quiera acercarse con un mínimo de rigor. En primer lugar, porque exige un tratamiento interdisciplinar, y no sólo entre distintas ramas del derecho, sino también con otras ciencias como la antropología, la filosofía, la sociología o la política. En este sentido, es cierto que la mayoría de los fenómenos sociales, sino to-

⁴ Como complemento de dicho Convenio, la OIT aprobó en la misma sesión la Recomendación 104, sobre Poblaciones indígenas y tribales.

⁵ Una muestra de esos conflictos culturales son, por ejemplo, la ablación practicada por algunos musulmanes, la llamada “ley del velo” francesa, el carácter monogámico que el matrimonio tiene en nuestra cultura frente a la poligamia que permite la musulmana, o la excepción que en las normas de circulación ha tenido que aprobar el Reino Unido para garantizar que los indios puedan viajar en moto sin ponerse el casco, porque ello les obligaba a quitarse el turbante que cubre sus cabezas.

⁶ Sólo en España, su número alcanza el medio millón y en Europa se calcula que ronda los 10 millones, de los cuales 3 millones estarían en Rumania; un país, por cierto, que en breve formará parte de la UE. En el resto del mundo, se estima que hay reparados 2 millones más.

⁷ Ahora bien, asumir no significa hacerlo acríticamente, como si de una moda se tratara; todo lo contrario. Considero absolutamente imprescindible una reflexión seria y continuada en el tiempo sobre este fenómeno, que creo que es —y será— uno de los más importantes de este siglo. La globalización, las migraciones, el valor de los derechos humanos y su concreción, el concepto de ciudadanía, el respeto a las minorías, o la supuesta igualdad de todas las culturas son algunos de los elementos íntimamente unidos a la multiculturalidad y no cabe duda de que cada uno de ellos nos plantea importantes retos y exige respuestas.

⁸ No es de extrañar, por consiguiente, que el Ministerio de Ciencia y Tecnología español concediera hace casi tres años un proyecto de investigación I+D con el título “Diversidad cultural: conflicto y derecho”, cuyo investigador principal es el profesor Borja arriba citado y en el que yo participo junto con otros profesores de diferentes disciplinas jurídicas: penal, laboral, constitucional, y filosofía del Derecho. Este trabajo, de hecho, se realiza en el marco de dicho proyecto.

dos, es conveniente abordarlos desde la multidisciplinariedad para su mejor comprensión, pero sólo en unos pocos se hace imprescindible, y éste es uno de ellos. Para entender esta afirmación, bastaría con leer algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana donde se ve claramente la interrelación existente en esta materia. Por ejemplo, que este tribunal llegue a la conclusión de que la pena de flagelación a una persona con “perrero de arriar ganado” en la parte inferior de la pierna es “un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía” y que considere “que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura”⁹, sólo es posible si el bagaje intelectual que los jueces utilizan para dictar esas sentencias va más allá del derecho positivo.

En segundo lugar, supone también un reto debido a la escasez de trabajos estrictamente jurídicos, así como de una información exhaustiva y sistematizada de la vida y experiencias de las comunidades indígenas, por el hecho de que históricamente se les ha dado la espalda, al pensar erróneamente que únicamente constituían un vestigio de épocas pasadas condenadas a la desaparición y al olvido. Pero también, y más grave, porque durante siglos se les ha explotado, marginado, engañado e incluso exterminado en nombre de una cultura y/o una economía únicas y excluyentes. Una situación, hay que decirlo, que ha empezado a cambiar por el auge y la fuerza con que, desde los años setenta y ochenta del siglo pasado, está actuando el movimiento indígena, en particular en América Latina¹⁰.

En tercer lugar, y aunque luego se verá con más detalle esta cuestión, no estamos ante un cuerpo legal uniforme, en la medida en que cada comunidad indígena tiene sus propias reglas –normas–. Unas reglas, además, que no son inmutables, sino que han variado y continúan haciéndolo como cualquier ordenamiento jurídico, bien por evolución propia o por influencia de otros, a lo largo de la historia de cada una de esas comunidades.

Precisamente, todas estas consideraciones nos llevan al problema de la delimitación del trabajo.

En este sentido, pensamos que son dos las grandes cuestiones que, desde una perspectiva procesal, plantea la existencia de unas reglas indígenas propias, diferentes de las del Estado, para la solución de sus conflictos: La primera, la del reconocimiento y, en su caso, compatibilidad de los “ordenamientos jurídicos” indígena y estatal, y la segunda, el estudio de los mecanismos que las comunidades indígenas utilizan para la solución de sus conflictos, y si entre éstos es posible hablar de la existencia de un verdadero proceso. Esta última cuestión, supone abordar además las clases de conflictos de los que conocen, las autoridades que los resuelven y el procedimiento que siguen para solucionarlos.

Como el título del trabajo indica, nosotros vamos a centrarnos en la segunda cuestión, sin perjuicio de que diremos algunas cosas de la primera, para tenerlas como ideas de fondo y conocer mejor este fenómeno. Además, los conflictos a los que nos vamos a referir únicamente son los que se producen entre sus miembros en el interior de la comunidad y sólo los que suponen la infracción de los bienes que cada Pueblo indígena considera esenciales. Es decir, aquéllos que en el derecho occidental denominaríamos “penales”. Teniendo en cuenta, que la justicia que aplican estos pueblos no se hace al margen del mundo ritual y religioso que recorre toda su vida¹¹, así como que las categorías “civil” o “penal” que utilizamos y, en general, las instituciones jurídicas occidentales y sus presupuestos, no son aplicables estrictamente al “derecho indígena”. Pero si lo hacemos, es porque a nosotros y a quien va dirigido este trabajo puede ayudarnos a comprender mejor de qué estamos hablando¹².

...
durante siglos se les ha explotado, marginado, engañado e incluso exterminado en nombre de una cultura y/o una economía únicas y excluyentes. Una situación, hay que decirlo, que ha empezado a cambiar por el auge y la fuerza con que, desde los años setenta y ochenta del siglo pasado, está actuando el movimiento indígena, en particular en América Latina.

¹¹ Este aspecto es importante no perderlo de vista, por cuanto lo mágico tiene una gran influencia en la vida indígena, más fuerte cuanto menos contacto con otras culturas. Así, por ejemplo, es común comenzar cualquier acto social, familiar, político o jurídico “tomando” coca o fumando un cigarro. Existen muchos ritos cuya finalidad es hacer tangible en la vida real, cotidiana, otras realidades o esferas, como la de los difuntos, los santos, las deidades o la naturaleza. De hecho, no es extraño que el “chamán” –el cual adopta diversos nombres en los diferentes pueblos e, incluso, según la función que desempeñe (cantor, sacerdote, curandero o enterrador)– ejerza funciones mediadoras o juzgadoras en las comunidades.

¹² En este sentido, pero aplicándolo al Derecho Procesal, compartimos plenamente la posición de BORJA JIMÉNEZ (*Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, inédito, págs. 3-5), que afirma que “sí en ocasiones, no obstante, utilizo conceptos y principios clásicos del Derecho Penal, no es por desconocimiento de esta realidad, sino por varias razones que justifican sobradamente esta forma de proceder, y que ahora voy a concretar tan sólo en dos de ellas.

⁹ Sentencia 523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

¹⁰ Piénsese, entre otros acontecimientos, en Chiapas (Méjico), en la influencia indígena en el proceso constituyente de Ecuador o, más recientemente, en las revueltas indígenas de este mismo país y en Bolivia que han forzado importantes cambios políticos, incluso en la presidencia de la república.

En concreto, nuestra labor se ha circunscrito a América latina y a una selección de comunidades originarias, que ha venido impuesta por el trabajo de campo realizado por algunos de los miembros del equipo del proyecto de investigación del que formo parte¹³, añadiendo a ello la información obtenida por la bibliografía a nuestra alcance y cuya referencia se hace al final. Los países analizados en ese trabajo de campo son: Ecuador, Guatemala, Costa Rica, Colombia, Bolivia y Brasil. Y en cuanto a los Pueblos indígenas visitados en esos países han sido los záparo, maya, bribri, kogis, muiscas, quechua, aymara, pankararú, fulni-ó, xucurú y potiguara¹⁴. Hay que advertir, no obstante, que el objetivo principal de este estudio no es hacer una descripción de cada uno de los procedimientos que aplican –lo que podría ser objeto de otros trabajos–, sino demostrar que estamos ante un auténtico “derecho procesal” y establecer el “proceso indígena” tipo, lo que podríamos denominar su “morfología”, partiendo de las

similitudes que se pueden observar en los distintos procedimientos¹⁵.

Para terminar esta delimitación, es importante aclarar que, a pesar de que no existe una definición en el derecho internacional de “pueblo, comunidad o nación indígena”¹⁶, siguiendo a la Comisión de

La primera razón obedece a la utilización del estilo literario en la expresión de las ideas, sean éstas orales o escritas. Cuando examino un caso en el que se ha perpetrado una violación, podré referirme a este grave atentado como “infracción”, como “agresión”, pero si me faltan sinónimos, como “delito”. Aquí el término delito no necesariamente será contemplado como acción típica, antijurídica, culpable y eventualmente punible. Hará referencia a ese grave atentado producido en los bienes más elementales de una persona (su libertad sexual), y en la fuerte conmoción de la convivencia social que ello representa. Por eso no evadiré utilizar los términos delito, pena, proceso, etc. Tan negativo y artificial sería hacer sólo referencia a ellos (incurriendo en reiteraciones absurdas que rompería toda proyección de estilo, además del error de la equiparación ya mencionado), como utilizar todos los sinónimos posibles, evitando toda manifestación de estos términos (...). Desde una segunda consideración, cuando el jurista examina los mecanismos de resolución de conflictos que se utilizan en los pueblos originarios, puede utilizar su esquema conceptual para explicar la realidad que analiza. Especialmente cuando estudia el fenómeno desde la óptica de su ciencia, siendo consciente de que los presupuestos son distintos, como es aquí el caso, puede describir y explicar a la comunidad científica a la que dirige sus observaciones utilizando el aparato terminológico propio de su disciplina (...). Esto es lo que hacen, entre otros, antropólogos, psicólogos y politólogos cuando analizan diferentes aspectos del indigenismo, y nadie critica entonces que se recurra a conceptos e instituciones propias de su saber. No ha de preocuparnos entonces que el jurista actúe del mismo modo, siempre que conozca que la realidad y la forma de establecer la responsabilidad es bien distinta de la que acontece en el sistema del que él procede”.

13 Como ya se ha dicho, el Proyecto lleva por título “Diversidad cultural: conflicto y derecho”, y su referencia es: BJU 2001-2939.

14 Parte de este trabajo de campo realizado por el profesor Emiliano Borja ha sido recogido en unas cuarenta horas de grabación recogidas en cintas magnetofónicas, que posteriormente han sido digitalizadas en un Cdrom. Por otro lado, se han realizado los trámites oportunos para su inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual, para posteriormente ponerlo a disposición de la Biblioteca de la Universidad de Valencia y que pueda ser consultado por todos aquellos investigadores que lo precisen. Más adelante, está previsto que el restante material grabado y en el que han contribuido, además del ya mencionado, los profesores Fernando Flores y Max Maureira, se ponga también a disposición de la comunidad científica.

15 Con todas las salvedades y matices que se quiera, esta extrapolación es posible si se tiene en cuenta que las experiencias y los problemas de los pueblos indígenas en este punto de la “administración de justicia” son comunes, incluso entre los que pertenecen a continentes distintos. Algo, que pude constatar personalmente cuando acudí, en calidad de observador, al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en cooperación con la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España y celebrado en Madrid los días 12 a 14 de noviembre de 2003.

Se trataba del primer seminario de estas características que se organizaba sobre derecho indígena y obedeció al interés del “Relator Especial sobre la situación de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas” nombrado por la ONU, Rodolfo Stavenhagen. Según sus palabras, cuando en 2001 le fue encomendada “la tarea de sensibilizar la conciencia internacional sobre la situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas” se dio cuenta de que, aparte de las visitas a los países con comunidades indígenas y de la información que recibe por distintos cauces, para abarcar todas las cuestiones era necesario la realización de un “seminario de expertos que permitiese discutir la temática con representantes indígenas de todo el mundo”. Los objetivos de esta reunión, en la que estuvieron más de ochenta personas de todo el mundo entre expertos y observadores, eran, partiendo de la experiencias en los distintos países, analizar, por un lado, la discriminación en el acceso a la justicia y las medidas adoptadas para asegurar la igualdad, el respeto de las garantías individuales y la diferencia cultural y, por otro, la convivencia de los sistemas de justicia indígena y los sistemas de justicia y el derecho positivo tradicionales. Todo ello orientado a extraer conclusiones que pudieran ayudar a elaborar el “Proyecto de declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, todavía en discusión.

16 Somos conscientes de que las expresiones “pueblo” o “nación” son problemáticas en la medida que su afirmación como tales podría llevar a un supuesto derecho a la autodeterminación de los mismos. Precisamente esta cuestión es una de las que está impidiendo el que se haya llegado a un consenso en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas. La razón es obvia, la inquietud de los gobiernos cuyos Estados están integrados por importantes poblaciones indígenas, que ven peligrar su soberanía política e integridad territorial, pero también por las implicaciones que suponen de cara al reconocimiento de derechos colectivos, propiedad de las tierras y de los recursos naturales. Algo, desde luego, a lo que no es ajeno el movimiento indigenista, si bien en algunos casos se plantea más que como autodeterminación, como una autonomía.

Nosotros, en cualquier caso, las vamos a utilizar en el sentido expresado en el texto sin extraer consecuencias políticas ulteriores. Asimismo, somos también conscientes de que los términos *pueblo* o *comunidad* no son equiparables, siendo el primero más amplio, en la medida que puede abarcar organizaciones supra-comunales, grupos étnicos extensos, federaciones o pueblos no contactados. Pero ello no ha de significar una diferencia en la consideración jurídica, negándole derechos a las *comunidades* por no constituir en la actualidad *pueblos*, ya que “la historia colonial y republicana ha impactado negativamente en muchos pueblos pulverizándolos en comunidades, y diluyendo y transformando sus elementos identitarios (...) la pérdida de los idiomas indígenas, la propiedad común de la tierra (...), las

Derechos Humanos de Naciones Unidas y a sus órganos subsidiarios, así como al Foro Permanente para las cuestiones indígenas también de Naciones Unidas, entendemos por tales “los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se considerarán distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales”¹⁷.

...
sólo en América Latina, el veinticinco por ciento de la población que vive en una situación de extrema pobreza pertenece a Pueblos indígenas. Y esta proporción es mayor en países con un alto porcentaje de población originaria como Bolivia, Guatemala, México o Perú, pero también en países muy desarrollados como Canadá.

estructuras de poder supracomunal, y el hecho mismo de auto-denominarse indígenas” (YRIGOYEN FAJARDO, R., *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, Ponencia presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita, págs. 6-7).

Nosotros, por nuestra parte, vamos a utilizar indistintamente uno y otro término.

- 17 Insistimos en que ésta no es una definición oficial de Naciones Unidas, aunque es la que propuso uno de sus Relatores Especiales, José Martínez Cobo. La razón de esta falta de conceptualización se encuentra en que, a pesar de que los pueblos indígenas están interesados en que se les reconozca un estatuto propio que dé satisfacción a su problemática específica, y se les diferencie de las “minorías nacionales, étnicas, religiosas, o lingüísticas”, las cuales tampoco están definidas, a ambos les beneficia “caminar” juntos, ya que ello les otorga mayor peso en el debate político internacional. Excluir a las minorías o mantener la posición actual, que sí las incluye, significa reducir o no el número de indígenas en el mundo en alrededor 150 millones de personas. En este sentido, el artículo 1 del Convenio número 169 de la OIT, arriba mencionado, los diferencia conceptualmente pero establece su aplicación a los dos colectivos. Para más sobre este asunto, ver GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, págs. 13-30. Concretamente, el Convenio habla de: “a)... los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b)... los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas”.

La situación de los indígenas en el sistema de justicia penal estatal es consecuencia de su situación social y política. Socialmente¹⁸, hay que partir del dato de que, sólo en América Latina, el veinticinco por ciento de la población que vive en una situación de extrema pobreza pertenece a Pueblos indígenas. Y esta proporción es mayor en países con un alto porcentaje de población originaria como Bolivia, Guatemala, México o Perú, pero también en países muy desarrollados como Canadá. Todos los indicadores de desarrollo humano, como la mortalidad infantil, la esperanza de vida, el acceso a la sanidad¹⁹ o la educación²⁰ ponen de manifiesto un nivel de vida en muchos casos de auténtica necesidad²¹. Y como suele ocurrir siempre que existe pobreza, son dos los colectivos especialmente vulnerables: los niños y las mujeres²². No se trata, además, de una situación coyuntural, sino que su carácter crónico apunta a que es estructural. En cuanto a las causas de esa pobreza, es importante señalar que son de tipo cultural, económico y político, directamente relacionadas con la

18 Seguimos aquí a KEMPE, I., *Pobreza y pueblos indígenas: Más allá de las necesidades*, ed. Centro de Investigación para la Paz (Madrid), noviembre de 2003.

19 A lo que contribuye la dispersión, aislamiento o inaccesibilidad de los asentamientos de las comunidades indígenas, pero también son reales la escasez de médicos y personal preparado, su concentración en las zonas urbanas y la falta de incentivos para atender a los indígenas en sus lugares de origen, los problemas de coordinación institucional y las barreras culturales y lingüísticas.

20 En educación los problemas son ingentes: insuficiencia de centros, prevalencia de las escuelas unidocentes y multigrado, baja cualificación de los docentes, el trabajo infantil y juvenil que impide una asistencia regular, desvalorización de las lenguas indígenas, falta de participación de los progenitores y las comunidades en el diseño de la política educativa y, sobre todo, una educación orientada a la asimilación.

21 A ello hay que añadir un elevado índice de suicidios, en especial entre adolescentes y jóvenes menores de veinticinco años, una alta tasa de violencia doméstica, migración, desplazamientos forzados, o problemas de vivienda.

22 Sobre la situación de los niños indígenas, puede consultarse la Memoria del “Encuentro subregional sobre niñez y juventud indígenas”, organizado por UNICEF-Fundación Rigoberta Menchú-FLACSO Ecuador, los días 12 y 13 de junio de 2001 en Quito (Ecuador). Y para la de las mujeres, entre otros, puede acudir a los siguientes libros: VARIOS, *Mujeres contra corriente: voces de líderes indígenas*, Ecuador, 1998; DEERE, C.D. y LEÓN, M., *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*, ed. FLACSO/PUEG, México, 2000; TENE, C., “Ruptura de la exclusión de mujeres indígenas”, en VARIOS, *Mujer: participación y desarrollo*, ed. CORDES, Quito (Ecuador), 2000.

negación de sus derechos, en particular del derecho a la tierra y el control de los recursos naturales²³.

Políticamente, la realidad de los Pueblos indígenas es extraordinariamente compleja, fruto de una historia difícil y complicada. En el caso de Latinoamérica, desde el primer contacto con los conquistadores hasta nuestros días, su *status* respecto a la población dominante ha ido variando con los años, pasando por etapas de segregación, otras de asimilación, más tarde de integración y finalmente, y sólo respecto de algunos pueblos y en algunos países, de reconocimiento y respeto pleno de su identidad²⁴. La pugna entre una concepción del Estado como Estado-nación, monocultural, y otra como Estado-pluralista, multicultural, marca la diferencia en el momento actual. En el epígrafe siguiente ahondaremos en esta idea.

Mientras tanto, a lo largo de este tiempo, ha habido pueblos que han desaparecido y otros que están a punto de hacerlo²⁵. Las luchas fraticidas, los conflictos armados, la colonización de sus territorios sin respeto a los derechos ancestrales, la explotación de los recursos naturales sin tener en cuenta el medioambiente²⁶ —la mayoría de las veces por empresas multinacionales extranjeras con la aquiescencia de los gobiernos—, ha provocado la deforestación, la contaminación de las aguas y la destrucción de los sistemas tradicionales de subsistencia de los pueblos indígenas, y consiguientemente su desplazamiento —o desaparición—, resintiéndose o incluso llegando a perder su identidad (cultura, costumbres, religión, lengua, etc.), sobre todo cuando se han visto obligados a ir a vivir a los centros económicos urbanos²⁷. A todo

... hay que añadir el desprecio que la cultura "oficial" ha hecho de la "indígena", calificándola de "inferior" y poco pragmática, lo cual ha llevado a que muchos indígenas hayan rechazado su condición de tales y sentido la necesidad de asimilarse, a lo que ha contribuido sin duda la falta de empleo y de recursos económicos.

esto, hay que añadir el desprecio que la cultura "oficial" ha hecho de la "indígena", calificándola de "inferior" y poco pragmática, lo cual ha llevado a que muchos indígenas hayan rechazado su condición de tales y sentido la necesidad de asimilarse, a lo que ha contribuido sin duda la falta de empleo y de recursos económicos. A pesar de ello, el proceso, como ya dijimos, está invirtiéndose y desde hace unos años existe un movimiento muy importante de revalorización de la vida y cultura indígenas, así como una reivindicación de sus derechos políticos, sociales y económicos²⁸.

Partiendo de esa situación social y política, no debe extrañar que exista una "sobre representación" de indígenas en los sistemas de justicia penal estatal y que sean las mujeres y los niños los que con mayor frecuencia se conviertan en las víctimas de los crímenes y la violencia²⁹. En los países con población originaria sus cárceles tienen entre un setenta y cinco y un noventa y cinco por ciento de indígenas encerrados³⁰, según la proporción de que a mayor población indígena mayor población reclusa de ese origen. Las cárceles, además, están lejos de sus comunidades, lo que acrecienta el desarraigo pero, sobre todo, es una sanción que no se comprende en la cosmovisión indígena, que sólo utiliza la privación de libertad como medida cautelar y por muy poco tiempo. En este sentido,

serva para las generaciones venideras, constituye para los pueblos indígenas un artículo de fe. Por ello la tierra desempeña un papel irremplazable en sus creencias y en su prácticas religiosas".

Y ha sido precisamente en este punto, el de la tierra —y el de la explotación de sus recursos—, donde políticamente peor han sido tratados estos pueblos. En todo el mundo, los gobiernos unas veces "simplemente" han ignorado su existencia, otras los han tolerado pero sin reconocerles la propiedad de la tierra y, si lo han hecho, la han anulado cuando intereses "nacionales" así lo han exigido, llegando incluso a realizar desplazamientos forzados de poblaciones enteras. Junto con lo anterior, muchos gobiernos ha aprobado normas que regulan su actividad —ancestral, limitándoles la explotación de los recursos agrícolas, forestales o animales, lo que les ha llevado al "estrangulamiento" económico y muchas veces a la cárcel, por el incumplimiento de las restricciones (*Op. cit.*, págs. 67-68).

28 GÓMEZ DEL PRADO, *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, cit., págs. 63-64.

29 Lo que vamos a comentar a continuación se ha obtenido de la documentación entregada y de los testimonios recogidos en el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, organizado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, celebrado en noviembre de 2003 en Madrid, y que ya hemos mencionado.

30 En Nepal, por ejemplo, los indígenas constituyen el 75 % de la población reclusa, el 80% en Australia, y en Canadá en las cárceles de mujeres el 94 % son indígenas.

23 Para el desarrollo y concreción de estas causas, así como de algunas propuestas de solución, ver KEMPF, I., *Pobreza y pueblos indígenas: Más allá de las necesidades*, cit., págs. 6 y ss.

24 Aunque referido a Guatemala, pueden verse desarrolladas estas etapas en YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, ed. Fundación Myrina Mack, Guatemala, 1999, págs. 46-51.

25 Es el caso de los ayoreo en Paraguay (vid. al respecto Suplemento Aula de El Mundo de 26 de febrero de 2003), o los *pacahuara*, *los araña* y los *guarasugue* en Bolivia (vid. especial de El Deber, Santa Cruz de la Sierra, de 28 de agosto de 2004).

26 Hay que tener en cuenta que el setenta por ciento de la biodiversidad mundial se encuentra en territorios indígenas.

27 Afirma GÓMEZ DEL PRADO (*Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, cit., pág. 64), que "la tierra constituye un núcleo de valores espirituales y materiales particularmente importante para los pueblos indígenas. En ella encuentran los elementos esenciales de su cosmología. De la tierra emana la vida y la sabiduría. El disfrute colectivo de lo que la tierra ofrece, un bien inalienable que no se *posee* sino que se *pre-*

son unánimes los testimonios de dirigentes indígenas que consideran que las cárceles no “curan” al que encierran, sino que lo “pervierten”, iniciándolo en toda clase de “vicios”, haciendo más difícil su reintegración en la comunidad después de su paso por esta experiencia³¹. A lo que hay que añadir la situación estremecedora de la mayoría de las cárceles latinoamericanas donde existe hacinamiento, corrupción, tráfico de drogas y violencia³². Algo que en el caso de las de mujeres es especialmente grave, porque muchas son madres y sus hijos pequeños están con ellas en la cárcel³³.

En cuanto al catálogo de delitos por los que son encerrados los indígenas, como se puede imaginar, es muy variado, pero priman los relacionados con las drogas. El alcohol está también muy presente y muchos de los delitos de homicidios, lesiones, violencia doméstica, o agresiones sexuales se producen bajo los efectos de la embriaguez. Por otro lado, existe en los centros urbanos un importante número de menores indígenas integrados en bandas de delincuentes juveniles con todo lo que eso supone³⁴. Como puede observarse, un panorama ciertamente desolador, propio de las clases más desfavorecidas.

A los anteriores, hay que añadir otra clase de delitos en los cuales los indígenas no tienen conciencia de haber cometido ilícito alguno y que obligan al Estado a posicionarse sobre el hecho de la interculturalidad. Por ejemplo, la tala de un árbol o el cazar una especie animal, que el Estado ha declarado protegidos, pero que una comunidad indígena siempre ha utilizado para su subsistencia; el procesamiento de un consejo de ancianos por usurpación de fun-

ciones jurisdiccionales que, según el ordenamiento jurídico estatal, sólo le competen a éste; los casos en los que, en aplicación de sus normas ancestrales, han castigado a alguien, ajeno o no a la comunidad; o aquéllos en los que los han acusado de abuso sexual, porque las normas estatales establecen una edad mayor para casarse, etc. En todos estos supuestos, las soluciones que se han aplicado varían de unos países a otros, dependiendo de su sensibilidad y reconocimiento de la realidad indígena. En concreto, han ido desde juzgarlos y condenarlos a la cárcel sin tener en cuenta su condición de indígenas con las consecuencias antes apuntadas, a considerarlos, desde el punto de vista jurídico-penal, inimputables por un supuesto error de comprensión culturalmente condicionado o por diversidad sociocultural y cuya consecuencia es la reintegración a su medio cultural propio.

En cuanto a los procesos penales seguidos contra indígenas, su situación es claramente discriminatoria en el sistema de justicia estatal. En primer lugar, por la ubicación física de los tribunales, los cuales normalmente están lejos de las comunidades indígenas y, como se sabe, las dificultades de transporte son importantes y generalizadas en toda Latinoamérica. En segundo lugar, porque muchos indígenas sólo conocen su lengua y en los órganos judiciales no existen traductores suficientes y/o bien preparados³⁵. En tercer lugar, porque los jueces no conocen ni están sensibilizados con el mundo indígena y los órganos de gobierno de los mismos no se preocupan de formarlos en esta realidad³⁶. Lo mismo que ocurre con el personal auxiliar y colaborador de la justicia: funcionarios, fiscales, policía y abogados, en especial los de oficio. Por último, por una serie de razones que, aunque son aplicables a todos los ciudadanos, adquieren proporciones más preocupantes en el caso de los indígenas, como el alto coste de los procesos, el hecho de que la gratuidad no esté garantizada, la extensión de la corrupción —como el pago de “coimas”—, así como la existencia de frecuentes dilaciones indebidas en la administración de la justicia.

Para afrontar estos problemas, se han propuesto diversas medidas de mejora del sistema estatal como la aplicación de programas sociales específicos para los indígenas; la creación de “traductores” culturales y/o programas de formación, que ayuden a los indígenas a comprender el sistema de justicia estatal; la capacitación de jueces, fiscales y policía en la realidad indígena y especialmente en su lengua; la in-

31 Por ejemplo, en la pena de cepo que aplican algunas comunidades, llama la atención que su aplicación lo sea por unas horas, con la idea de que el condenado sea visto por todos, pero sobre todo que él mismo vea a su familia, pueda hablar con ellos e incluso llegue a trabajar ciertas horas para su mantenimiento. De esta manera, se evita el desarraigo y se favorece la reintegración.

32 Por supuesto, la condición de indígena no es, en absoluto, tenida en cuenta en el régimen interior del centro penitenciario, dándose casos en los que se les prohíbe incluso realizar sus ritos religiosos.

33 Además, a diferencia de los hombres, a los cuales sus familias y comunidades los apoyan cuando ingresan en prisión, cuando una mujer es encarcelada, simplemente todos la abandonan. Por otro lado, en México se ha constatado que en el noventa y cinco por ciento de los centros penitenciarios no existe separación entre hombres y mujeres, llegándose a dar casos incluso de redes de prostitución en el interior de las cárceles. Vid. al respecto, ESPARZA, M., *Between a Rock and a Hard Place: Indigenous Women Incarcerated in Oaxaca, México*, Comunicación presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita.

34 Por ejemplo, en Australia el cuarenta y dos por ciento de los delincuentes juveniles son indígenas (JONAS, B., *An overview of the current status in addressing Indigenous peoples contact with criminal justice processes in Australia*, Comunicación presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita).

35 Por ejemplo, en Marruecos, los *amazigh* hablan un dialecto marroquí, sin embargo la administración de justicia estatal se imparte en árabe clásico.

36 Eso sin mencionar la necesidad de reformar y actualizar el ordenamiento jurídico a la realidad multicultural.

tervención de “peritos culturales”, que les asistan en sus funciones³⁷; el acercamiento de las sedes de los órganos judiciales a los territorios indígenas; la realización de reuniones entre jueces estatales y autoridades indígenas, que promueva el intercambio de ideas y la comprensión mutuas; la incorporación de defensores de oficio indígenas, así como de policías y funcionarios –judiciales y de prisiones– también indígenas; la búsqueda de alternativas a la prisión, en particular en el caso de los niños y las mujeres; y que no se aplique la prisión como medida cautelar, salvo como último recurso. Asimismo, hay países que están potenciando las ADR³⁸ e, incluso, algunos han creado tribunales mixtos, formados por indígenas y jueces nacionales³⁹.

Sin embargo, con ser estas medidas convenientes, salvo las dos últimas⁴⁰, no es esto lo que quieren los Pueblos indígenas. En realidad, a lo que aspiran es a un nuevo concepto de “acceso a la justicia”, articulándolo a partir de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de

... a lo que aspiran es a un nuevo concepto de “acceso a la justicia”, articulándolo a partir de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y de los derechos indígenas. Y entendiendo por tal, el “acceso a mecanismos eficaces de resolución de conflictos y protección de derechos, adecuados lingüística y culturalmente”.

los derechos indígenas. Y entendiendo por tal, el “acceso a mecanismos eficaces de resolución de conflictos y protección de derechos, adecuados lingüística y culturalmente”⁴¹. Es decir, desean un sistema de “justicia plural”, que implica, en primer lugar, el acceso al propio derecho y justicia indígenas, que es el que les corresponde según su identidad cultural. En segundo lugar, la potenciación de las ADR, pero sólo para los bienes disponibles y respetando en todo caso el ámbito del derecho indígena. Y, finalmente, que la justicia ordinaria estatal intervenga de acuerdo con el principio de subsidiariedad, esto es, para proteger los derechos de los indígenas ante el propio Estado y frente a terceros, no como ocurre en muchos lugares donde la jurisdicción indígena conoce de los delitos menores y la estatal de los más graves. Por último, como complemento de lo anterior, a la afirmación de los sistemas jurídicos indígenas debiera acompañarle la de su capacidad normativa, tanto desde el punto de vista material como procesal, lo que incluiría en este último caso la autonomía para dotarse de autoridades y procedimientos para la solución de los ilícitos penales, así como el reconocimiento de sus resoluciones.

³⁷ Por ejemplo, el artículo 391 del Código de Procedimiento Penal de Bolivia dispone que: “Cuando un miembro de un pueblo indígena o comunidad indígena o campesina, sea imputado por la comisión de un delito y se lo deba procesar en la jurisdicción ordinaria, se observarán las normas ordinarias de este código y las siguientes reglas especiales: 1º) El fiscal durante la etapa preparatoria y el juez o tribunal durante el juicio serán asistidos por un **perito especializado en cuestiones indígenas**; el mismo que podrá participar en el debate, y 2º) Antes de dictarse sentencia, el perito elaborará un dictamen que permita conocer con mayor profundidad los patrones de comportamiento referenciales del imputado a los efectos de fundamentar, atenuar o extinguir su responsabilidad penal: este dictamen deberá ser sustentado oralmente en el debate” (la negrilla es nuestra).

³⁸ *Alternative disputes resolutions* o mecanismos alternativos de resolución de los conflictos, como la mediación, la conciliación o el arbitraje. También se les denomina MARCs (Medios alternativos de resolución de conflictos).

³⁹ Es el caso de Guatemala con los Juzgados de Paz Comunitarios, los cuales han sido muy criticados por su falta de financiación, por su composición, que incluye a jueces nacionales y la parte indígena no ha sido consensuada con las comunidades, así como porque ha supuesto una criminalización de los indígenas.

La instalación de esos juzgados fue aprobada por el Congreso guatemalteco en agosto de 1997, y se fijó el 23 de enero de 1998 como fecha para su entrada en funcionamiento. Pero la falta de recursos económicos dificultó su cumplimiento. Finalmente, fueron cinco los juzgados inaugurados en enero de 1998: San Andrés Semetabaj, en Sololá; San Rafael Petzal, en Huehuetenango; San Miguel Ixtahuacán, en San Marcos; Santa María Chiquimula, en Totonicapán; y San Luis, en Petén. Su competencia es juzgar los delitos menores y hacerlo de acuerdo con las costumbres de cada región.

⁴⁰ La razón es que van claramente en detrimento de los sistemas de justicia indígenas y, en el caso de los tribunales mixtos, supone además una “tutela” del Estado inadmisibles desde una óptica multicultural, pluralista.

Sólo este apartado daría para hacer un trabajo en exclusiva, pero no es ésta nuestra intención. Tan solo pretendemos dar algunas nociones al respecto y reflexionar sobre algunos puntos que nos ayuden a comprender porqué podemos llegar a hablar de la existencia de un “derecho indígena” y, consecuentemente y aplicando categorías occidentales, de una “jurisdicción” y de un “proceso penal indígena”.

3.1 El llamado “derecho indígena” constituye un auténtico derecho

El presupuesto del que hay que partir, innegable desde un punto de vista antropológico y sociológico, es el de la existencia de una multiplicidad de pueblos indígenas que viven desde hace siglos de acuerdo con unas culturas, que los diferencian –y los han diferenciado– de otros grupos humanos con los que

⁴¹ Así se establece en el documento final, en el apartado de Recomendaciones a los Estados, aprobado en el Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, celebrado en Madrid en octubre de 2003 (documento inédito).

comparten un mismo espacio. Unas culturas, que incluyen “reglas” que determinan las relaciones entre sus miembros y ordenan sus vidas, que reflejan cuáles son los valores personales y grupales, cuáles los procedimientos de solución de los conflictos que puedan surgir entre ellos, así como quiénes tienen la autoridad y la fuerza para resolverlos.

Sin perjuicio de que podríamos utilizar otras palabras y extendernos en la definición, reconocer ese conjunto de reglas como “derecho”, o no hacerlo, es una decisión política, porque desde el punto de vista jurídico es indiscutible que lo son. El único problema es que usualmente se considera “derecho” al conjunto normativo emanado del Estado⁴², por lo que es *conditio sine qua non* la existencia de éste y cualquier norma emanada por otros entes, que no sean el Estado, tienen otra consideración jurídica. Es cierto que los sistemas de fuentes de los diferentes ordenamientos jurídicos reconocen, aparte de la ley y junto con los principios generales del derecho o la jurisprudencia en su caso, las reglas consuetudinarias existentes en las sociedades bajo su *autoritas*, pero sólo en defecto de norma estatal y, en ningún caso, *contra legem*. Es decir, según esta concepción, la costumbre siempre está supeditada a la ley estatal. Se trata, por consiguiente, de dos normas, pero con diferente valor.

Afirmar, entonces, que el conjunto de reglas indígenas constituyen una “costumbre” es ponerlas a otro nivel, exactamente por debajo de las leyes estatales y con las limitaciones arriba mencionadas. No es ésta, desde luego, la pretensión de los Pueblos indígenas, que aspiran a un reconocimiento político de su “derecho”, como hemos dicho. Una pretensión, que tampoco se ve satisfecha elevando las reglas indígenas a la categoría de “derecho consuetudinario” y añadiendo que éste sólo se diferencia del estatal en la forma oral de creación⁴³. “Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado este término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización o incluso en países independien-

tes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina “*el derecho*” (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama “*derecho consuetudinario*” a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados.”⁴⁴.

Todo este planteamiento se corresponde con una concepción monista del Derecho que, basándose en el principio de seguridad jurídica, supone que dentro de un Estado existe un único sistema jurídico. Frente a esta concepción se alza la del “pluralismo jurídico o legal”, que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico⁴⁵. Y ello, independientemente de que esas normas se califiquen como “consuetudinarias”⁴⁶, de su forma de creación oral o escrita y de su estado evolutivo. Lo que no significa que se pueda considerar “derecho indígena” cualquier cosa; en absoluto⁴⁷.

...
que el conjunto de reglas indígenas constituyen una “costumbre” es ponerlas a otro nivel, exactamente por debajo de las leyes estatales (...). No es ésta, desde luego, la pretensión de los Pueblos indígenas, que aspiran a un reconocimiento político de su “derecho”...

⁴² Sobre todo, desde una posición positivista del Derecho.

⁴³ Al respecto, TRUJILLO, J.C., “Pluralismo jurídico en el Ecuador”, en *Constitución y pluralismo jurídico* (Flores Giménez, coord.), ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pág. 17, entendiendo que no hay fundamento para considerar que el derecho no escrito o consuetudinario sea inferior al escrito. “Olvidan quienes así no lo creen, que las *constitutional conventions*, que integran el Derecho Constitucional inglés, no son leyes escritas, ni siquiera prácticas reconocidas por los jueces, sino Derecho consuetudinario, prácticas observadas y respetadas por todos, tanto o más que las leyes escritas y el *common law*”.

⁴⁴ YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, cit., pág. 16. Como acertadamente pone de manifiesto esta autora, “un ejemplo del uso de este término dentro de tal concepción es el Convenio 107 de la OIT de 1957 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales en Países Independientes, posteriormente reemplazado por el Convenio 169. Como consecuencia de tal concepto, el Convenio 107 sancionaba el modelo de subordinación política al indicar que debía respetarse el derecho consuetudinario sólo mientras no afectase las “*las políticas de integración*” a las que el Estado podía someter a las poblaciones indígenas” (*Op. cit.*, pág. 16).

⁴⁵ *Op. cit.*, págs. 16 y ss.

Al respecto es interesante traer a colación la reflexión de Paolo Grossi, historiador del derecho, que en su obra *Mitología jurídica de la modernidad* (ed. Trotta, 2003, pág. 52), afirma que “existen estratos y dimensiones del universo jurídico por desenterrar y valorar... El derecho, en su autonomía, fuerte en su radicalización en la costumbre social, ha vivido y vive, se ha desarrollado y se desarrolla también fuera de ese cono de sombra, también fuera de los raíles del llamado derecho oficial: consecuencia inevitable de no ser dimensión del poder y del Estado, sino de la sociedad en su conjunto.

No es un discurso anarquista, sino más bien el registro de la realidad efectiva que es la pluralidad de los ordenamientos jurídicos. Es el gran reino de la libertad del derecho, que no coincide en efecto con el solo, majestuoso y autorizado ordenamiento jurídico del Estado...

Como historiador del derecho no dudo en registrar en el mismo territorio del Estado italiano ordenamientos ajenos, que nacen de antropologías diversas (si no opuestas) y son portadoras de diversos (si no opuestos) valores jurídicos, que tienen la sacrosanta pretensión de convivir con la oficialidad dominante porque son el signo de la complejidad de la experiencia jurídica que el derecho del Estado no agota”.

⁴⁶ O expresiones similares, como “costumbre”, “tradiciones ancestrales”, “usos y costumbres”, etc.

⁴⁷ Hay casos en los que lo que se hace son labores de mediación,

Queremos decir, que lo importante es el reconocimiento político de la diversidad cultural y, derivado de ella, el pluralismo jurídico, el cual como veremos se articula de diversos modos a través de los textos constitucionales y los instrumentos internacionales aprobados al respecto. También, que si las normas son más abiertas en muchos casos⁴⁸, esto no desvirtúa su carácter vinculante, sino sólo pone de manifiesto una característica específica de esa clase de normas; igual que su origen oral, en lugar de escrito⁴⁹. Y, finalmente, que hay que asumir el hecho de que la historia política ha supuesto la destrucción, fragmentación y/o el anquilosamiento de muchos de los sistemas jurídicos indígenas, por lo que precisamente ese reconocimiento ha de significar la posibilidad de que los Pueblos indígenas, en el ejercicio de su autonomía, puedan desarrollarlos a partir del punto en el que se encuentren, pero incluso de dárseles, si no los tuvieren o hubieren desaparecido.

Como se ha dicho, el pluralismo jurídico no significa preeminencia de un sistema jurídico sobre otro, sino coexistencia y de ésta se deduce la interrelación mutua y, consiguientemente, los posibles conflictos⁵⁰. Por consiguiente, desde la perspectiva pluralista que proponen los pueblos originarios, no sería admisible un modelo de homologación o revisión en el que el ordenamiento estatal ejerciera funciones supervisoras del indígena. Así como tampoco, un sistema en el que la competencia se repartiera se-

...
desde la perspectiva pluralista que proponen los Pueblos originarios, no sería admisible un modelo de homologación o revisión en el que el ordenamiento estatal ejerciera funciones supervisoras del indígena.

pero no aplicar derecho indígena. Por ejemplo, en Guatemala la Defensoría Maya y la Defensoría Indígena, aparte de su función de recuperar y promocionar el derecho indígena, muchas veces sólo actúan como mediadoras.

48 Se debe tener presente que en el derecho indígena no rige en toda su extensión, por ejemplo, el principio de legalidad en el ámbito penal, tal y como lo conocemos. Puede verse al respecto: BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 29 y ss.

49 Existen comunidades indígenas, no obstante, que tienen parte de su derecho recogido por escrito en reglamentos y que, incluso, utilizan la escritura en su administración de justicia, principalmente en la elaboración de las actas, como los paeces, los aymara, los quechua y los guaraní. Con todo, en algunos países, la exigencia de “codificación” por escrito del derecho indígena es una forma de neocolonialismo, que ha llevado además en algunos casos a una situación paradójica, pues hay comunidades que tienen unas normas por escrito, pero son otras las que aplican.

50 Afirma YRIGOYEN FAJARDO, que “algunos objetan el reconocimiento constitucional de los sistemas jurídicos indígenas bajo el argumento de que se va a generar caos por la creación de muchos sistemas, pero los textos constitucionales, en primer lugar, no están creando sino reconociendo algo que ya existen en la realidad social, lo que sí permite crear es puentes de entendimiento y articulación, y condiciones para su desarrollo” (Nota número 7 de *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pág. 4).

gún criterios de mayor o menor relevancia, dejando obviamente lo de menor trascendencia en manos de las comunidades indígenas. Como, por ejemplo, ocurre en algunos ordenamientos jurídicos que atribuyen el conocimiento de los delitos “menores” a la “jurisdicción” indígena y los delitos “graves” a la estatal. Mucho más, en aquellos casos en los que la llamada “jurisdicción” indígena es, en realidad, un mecanismo de mediación.

En cuanto a la coexistencia, se basa en la idea de grados, según sea el ámbito y las circunstancias, las personas actuarán bajo un derecho u otro. Por ejemplo, el derecho indígena actuará con carácter casi exclusivo “cuando los niveles de cohesión social sean más altos, haya más distancia geográfica respecto de los centros urbanos, la violencia política haya tenido menor efecto y haya menor presencia de sistemas que buscan regular la vida social (sectas, presencia estatal, etc.)”⁵¹.

En segundo lugar, la interrelación significa que no existen “derechos puros”⁵², igual que el occidental se ha nutrido históricamente de otros, al indígena le ha ocurrido lo mismo, por eso no es extraño encontrar multitud de instituciones coloniales que los indígenas aplican con normalidad. Ahora bien, más que a eso, la interrelación apunta a que el derecho estatal y el indígena —o indígenas, pues pensemos que en un país pueden existir varios pueblos regidos por normas diferentes— no caminan paralelamente sin “tocarse”, sino que llegan incluso a influirse mutuamente, aunque cada uno mantenga un eje cultural propio, que es lo que les dota de identidad propia. Aún más, los indígenas tienen una estrategia de utilización de recursos múltiples, acudiendo indistintamente a uno u otro, según sea la necesidad o el interés perseguido⁵³.

Por último, esta coexistencia no puede presumirse pacífica y la realidad demuestra que los conflictos forman parte de la misma. En este sentido, y referidos a cuestiones que podríamos denominar procesales, destacan, como veremos, los relativos a la competencia por razón de la materia, del territorio o de las personas, la falta de reconocimiento de las resoluciones indígenas, el problema del *non bis in idem*, la criminalización de la justicia indígena,

51 YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, cit., pág. 31.

52 *Op. cit.*, pág. 30.

53 Así, por ejemplo, ha habido indígenas que han “huido” de su sistema propio para acudir al estatal y evitar ser castigados o recurrir la sanción que les impuso su comunidad.

como hemos visto, o las presuntas vulneraciones de los derechos humanos por esta jurisdicción⁵⁴. En cuanto al mecanismo para resolver esos conflictos, las constituciones de los países que proclaman la pluriculturalidad han previsto leyes de coordinación entre los dos sistemas jurídicos, el estatal y el indígena⁵⁵, pero por desgracia no ha sido aprobada ninguna, con lo que los problemas persisten⁵⁶. Estas leyes, en todo caso, se han de desarrollar respetando los derechos reconocidos por las constituciones nacionales y el Convenio 169 de la OIT, sin poderlos restringir o recortar, y especialmente estableciendo mecanismos adecuados de coordinación entre la “jurisdicción” indígena y la policía, el ministerio fiscal o los registros públicos⁵⁷.

3.2 El reconocimiento del derecho y la “jurisdicción” indígenas

El reconocimiento político de la pluriculturalidad y, a partir de ahí, del derecho y la “jurisdicción” indígenas ha sido un proceso largo, todavía inconcluso⁵⁸. Puede citarse como antecedente el ya mencionado Convenio de la OIT de 1957 sobre Poblaciones indígenas y tribales, si bien hay que decir que, aunque pretendía la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales, en realidad no reconocía la diversidad cultural y los derechos de estos grupos nacionales. Fue Bolivia el primer país en hacerlo en su constitución de 1967. A éste le siguieron Panamá (1972), Guatemala (1985), Brasil (1985), Nicaragua (1986), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Honduras (1994), Argentina (1994), México (1995), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Como corolario al reconocimiento de la pluralidad

cultural y jurídica, y desde un punto de vista internacional, hay que añadir el del Convenio núm. 169 de la OIT de 1989, también antes citado, y ratificado por la mayoría de esos países⁵⁹.

Ahora bien, esos reconocimientos constitucionales varían en intensidad de un país a otro, sobre todo en lo que al derecho y a la “jurisdicción” indígenas se refiere⁶⁰, y destacando por su amplitud los países andinos⁶¹. Bolivia, por ejemplo, en su constitución de 1993 ha atribuido a las comunidades indígenas derechos sobre sus territorios ancestrales y los recursos naturales, les ha dotado de autonomía política, económica y cultural, así como de personalidad jurídica y ha afirmado la existencia de una “jurisdicción” indígena. Honduras, por el contrario, se ha limitado a establecer el deber del Estado a proteger a las comunidades nativas.

Haciendo un rápido recorrido por los países latinoamericanos, cuyas constituciones han asumido la diversidad cultural, Perú, por su parte, les ha otorgado personalidad jurídica a las comunidades indígenas, el derecho a sus territorios y a los recursos naturales, una cierta autonomía política y una “jurisdicción” propia. Argentina, en su constitución, le ha dado al legislativo la facultad de reconocer las comunidades indígenas preexistentes, dotarles de personalidad jurídica, garantizar sus derechos territoriales y culturales, y el derecho de consulta previa en relación con los recursos naturales. México les ha reconocido a los pueblos originarios derechos culturales, de identidad y de educación, además de personalidad jurídica. Paraguay, por su lado, derechos territoriales, culturales y de educación, autogobierno, así como de consulta y participación. Ecuador y Venezuela, han consagrado los derechos a sus territorios ancestrales y a los recursos naturales, además de reconocerles su identidad cultural, autonomía política, económica y social, y una “jurisdicción” indígena diferente de la estatal. Y por último, Colombia tiene una de las constituciones

54 YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, cit., pág. 90.

55 Son leyes de “coordinación”, por lo tanto la relación entre los ordenamientos es horizontal y no vertical o de “subordinación” (YRIGOYEN FAJARDO, R., *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pág. 15).

56 Específicamente, en relación con las posibles vulneraciones de los derechos humanos, el art. 8.2 del Convenio núm. 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, afirma que “dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio” (la negrilla es nuestra). Procedimientos que, lamentablemente, no se han desarrollado.

57 YRIGOYEN FAJARDO, R., *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pág. 15.

58 Seguimos aquí a BOTERO MARINO, C., “El multiculturalismo en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en *Constitución y pluralismo jurídico* (coord. Flores Giménez, F.), ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, págs. 156 y ss.

59 Hasta el momento, este Convenio ha sido ratificado por diecisiete países, entre los que se encuentran los citados en el texto, salvo Panamá y Nicaragua. En concreto, han sido: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Fidji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, y Venezuela.

60 En lo que sí han coincidido todos ellos ha sido en adoptar el modelo socio-económico “neoliberal”, habiéndose abandonado la idea del Estado del bienestar y facilitado, entre otras cosas, la presencia de empresas transnacionales para la explotación de los recursos naturales (bosques, minas o petróleo) presentes en los territorios indígenas, las cuales disponen de importantes facultades en detrimento de los derechos de los pueblos indígenas que los habitan, por lo que los conflictos no se han hecho de esperar (YRIGOYEN FAJARDO, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pág. 3).

61 Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela.

más avanzadas en esta materia, habiéndoles reconocido a los pueblos indígenas los derechos de participación, consulta, autonomía, territorio, diversidad cultural y una “jurisdicción” específica.

Como hemos dicho, sólo este tema exigiría un estudio en exclusiva, que analizara las diferentes normas constitucionales al respecto, los proyectos de ley de desarrollo de las mismas, los problemas de coordinación entre el derecho estatal y el indígena aplicando para ello una hermenéutica pluralista y a la luz del Convenio núm. 169 de la OIT, y si estamos ante una auténtica jurisdicción o, lo que creo más correcto, ante unos tribunales especiales constitucionales⁶², pero no es éste el objeto de nuestro trabajo. Lo esencial ahora, es dejar constancia del reconocimiento que, desde el punto de vista constitucional, han hecho algunos países de la multiculturalidad y, en particular, de la llamada “jurisdicción” indígena.

...
el conjunto de reglas que rigen la vida de los pueblos y comunidades indígenas constituyen un auténtico derecho, que ha sido reconocido incluso en instrumentos internacionales y en las constituciones de varios países.

62 Desde un punto de vista conceptual, cabe plantearse qué se entiende por “jurisdicción”. Lo cierto es que, teóricamente, las posiciones no son coincidentes y, así, existe doctrina que la equipara a potestad jurisdiccional [MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General* (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), ed Tirant lo blanch, 2004, Valencia, págs. 37 y ss.], que es la que nosotros hemos seguido, existe otra, que lo hace al poder judicial [DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, págs. 20 y ss], e incluso quien la considera expresión de la actividad jurídica del juez (RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, ed. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 156 y ss.), hablando en consecuencia de jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales, incluyendo entre éstas la indígena.

Entendida la jurisdicción como potestad jurisdiccional, si la forma política del Estado no es federal, no podríamos afirmar la existencia de una jurisdicción diferenciada de la estatal. Estaríamos ante el reconocimiento constitucional de una potestad única, atribuida a diferentes órganos jurisdiccionales, entre los que se encontrarían las autoridades indígenas. La competencia de cada uno quedaría delimitada por la constitución y las leyes jurisdiccionales y procesales. Podríamos entonces calificar a los “tribunales” indígenas de “tribunales especiales constitucionales”, pues están previstos en la misma constitución, pero no participan de las notas del resto de los órganos jurisdiccionales que podríamos denominar “ordinarios”, en la medida que éstos con carácter general están servidos por jueces profesionales, de carrera, que comparten un estatuto jurídico similar y están regidos por un mismo órgano de gobierno. Además, estos tribunales especiales se regulan por normas propias, diferentes de las que rigen los ordinarios, aunque, como ya hemos dicho, ningún Estado las ha desarrollado en relación con los indígenas todavía.

No obstante, también desde esta perspectiva, si la forma del Estado de que se tratase fuera federal, tampoco podría hablarse de “jurisdicción” indígena, salvo que el estado federal se correspondiera con el territorio de un concreto pueblo indígena habitado y gobernado por ellos mismos. Algo que, en la realidad, no se ha dado hasta ahora, pues algunos pueblos indígenas están repartidos por varios países y en los demás casos los territorios son compartidos con los blancos, así como con otros pueblos indígenas y etnias.

Con todo, siquiera brevemente y en términos generales, habría que establecer qué significa este último reconocimiento. Según la Corte Constitucional de Colombia⁶³, cuyas conclusiones podríamos extender a otros países por el rigor y profundidad con que ha tratado estas cuestiones, supone: Primero, la posibilidad de la existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas. Segundo, la potestad de que establezcan normas y procedimientos específicos. Tercero, la sujeción de todo lo anterior a la constitución y a la ley. Y cuarto, la competencia del legislador para establecer los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción indígena y la estatal.

Correlativamente, lo anterior implica que las autoridades indígenas puedan conocer y resolver los asuntos que, según las reglas de competencia, les correspondan, utilizando incluso la fuerza pública cuando sea necesario para el cumplimiento de sus decisiones. Asimismo, la validez y el reconocimiento de las resoluciones adoptadas por la

jurisdicción indígena, impidiéndose un segundo proceso –estatal– por los mismos hechos y cupiendo únicamente la revisión de la decisión indígena cuando vulnere derechos humanos –interpretando éstos desde una óptica intercultural– y, en particular, el derecho al proceso debido, entendido como previsibilidad y aplicación de los procedimientos y de las sanciones conforme a los usos y costumbres de la comunidad indígena de que se trate.

En el apartado anterior he concluido que el conjunto de reglas que rigen la vida de los pueblos y comunidades indígenas constituyen un auténtico derecho, que ha sido reconocido incluso en instrumentos internacionales y en las constituciones de varios países. A partir de esa conclusión y si continuamos utilizando las categorías occidentales, es posible afirmar la existencia de un derecho penal indígena y análogamente de un derecho procesal penal también indígena.

No obstante, que existe derecho penal indígena, no es algo evidente. Exige, primero, un conocimiento de esa realidad y, sobre todo, despojarse de ciertos prejuicios doctrinarios. En este sentido, me parece interesante traer las palabras de BORJA JIMÉNEZ, penalista español, el cual, después de haber vivido en las comunidades indígenas de

63 Sentencia de la Corte Constitucional C-139/96 (Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

la Sierra y del Oriente del Ecuador y estudiado su forma de vida, afirmó: “Siempre he creído que existirían principios básicos del Derecho Penal que eran universales e imprescindibles en todo ordenamiento jurídico. He llegado a estar convencido de que un sistema punitivo que no se estructurase con base en estos axiomas fundamentales, no podía contemplarse bajo las siglas del Derecho Penal. Y ahora tengo que decir que estaba equivocado...”⁶⁴.

Para este autor, existe el derecho penal indígena, porque “encontramos un conjunto normativo que reprobamos y considera como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a lo que en el derecho occidental se denominan delitos. Me refiero, de igual forma, a que ese conjunto normativo asocia a esos comportamientos antisociales determinadas consecuencias que normalmente denominamos sanciones o penas (...) este conjunto de instituciones (delitos, penas, reglas jurídicas consuetudinarias, procedimiento, autoridades...) integran un *sistema*. Con ello se quiere señalar que existe una coherencia reglada de las distintas instituciones que obedecen a una lógica conocida por todos. La reacción social ante los delitos más graves no responde, por tanto, a la arbitrariedad o a la venganza de la víctima, sino que se deriva de una ordenación institucional prevista para resolver racionalmente, estableciendo soluciones similares a casos similares, los conflictos más graves de convivencia. Afirmo, en definitiva, que los mecanismos de solución de conflictos en el seno de las poblaciones autóctonas son, en parte, jurídicos, esto es, obligatorios, dependientes de un tercero, previsibles, racionales... Si existe Derecho Penal indígena, existe en primer lugar “Derecho”, lo cual significa que hay convivencia pacífica, también posiblemente conflictiva, pero reglada, y ello se opone a la imagen que tenemos los occidentales de que los indígenas se someten ciegamente a un poder tradicional regido por una total arbitrariedad.”⁶⁵. Las imperfecciones de este sistema, como las de cualquiera, incluido el nuestro, no le restan virtualidad práctica y reconocimiento. Los casos de linchamientos en concreto, tan frecuentes por desgracia en estos países, obedecen a una lógica que está al margen del sistema jurídico al que aquí nos referimos⁶⁶.

64 BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001, pág. 175.

65 *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., págs. 6-7.

66 “Tanto los medios de comunicación de masas como determinados sectores políticos y sociales asociaron, y todavía asocian, el fenómeno de los linchamientos como una forma bárbara que los indígenas tienen de aplicar su ley, identificándose sistema penal comunitario con tomarse la justicia por su mano. Nada más lejos de la realidad.

Si se observan más de cerca estos procesos de crecimiento de

Por otro lado, que existe un “proceso penal” indígena tampoco es evidente. Puede pensarse, con razón, que si hay un derecho penal lo lógico es que tenga su correspondiente proceso, pero esto no es suficiente para afirmar su existencia. Para hacerlo, habría que determinar que los “procedimientos” indígenas utilizados para impartir “justicia” constituyen un auténtico “proceso”, pues, “aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, *procedere*, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional”⁶⁷, esto es, de órganos investidos de potestad –jurisdiccional–, que supone la capacidad de sujetar a los demás a las propias decisiones, pudiendo acudir al uso de la fuerza en caso de incumplimiento.

autojusticia, vemos que se producen en épocas de fuertes crisis, en las que a la difícil situación económica, se le añade una gran inseguridad ciudadana, con incremento notable de la criminalidad, y una creencia generalizada de que la justicia estatal es corrupta e ineficaz. Son entonces masas enardecidas que ven peligrar sus bienes más esenciales las que se rebelan contra esta situación, y, con el sentimiento de que el sistema oficial no va a resolver sus problemas, actúan directamente, en grupo, seguidos por uno o varios cabecillas, de forma pasional, sin reflexión, y con bastante alcohol en muchos casos. Son los más desposeídos, aquellos que no tienen bienes ni formación cultural reglada, los que sufren estas situaciones de ausencia de protección del Estado y de inseguridad... Son campesinos, indígenas y mestizos, que viven en las zonas más deprimidas de las ciudades, en un proceso desenfadado de emigración, o en ámbitos rurales donde los servicios básicos de asistencia a la comunidad proporcionados por la administración o no llegan, o simplemente no existen. En esas circunstancias, es muy fácil manejar a la masa, y eso es lo que ocurre. El dato de que entre ellos se encuentren muchos indígenas no obedece a la idiosincrasia tradicional de resolución de conflictos, sino al hecho de que éstos ocupan siempre el último estrato de la pirámide social: Son los marginados de los marginados. Precisamente estas situaciones se producen en los lugares en donde los amerindios ya han perdido su cultura, ya han dejado sus tradiciones, ya se encuentran en una zona de nadie, fuera de sus ancestros, en un espacio en que tampoco se les admite precisamente por su procedencia y pobreza...” (BORJA JIMÉNEZ, E., *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., págs. 13-14).

Un estudio de casos, diferenciando los que constituyen puramente casos de linchamiento y supuestos de aplicación de derecho indígena, puede encontrarse en la obra de este mismo autor: *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 82 y ss.

67 MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., págs. 294-295.

4.1 El proceso como instrumento de solución de los conflictos sociales

El primer día de clase de la asignatura “Introducción al Derecho Procesal” intento mostrarles a los estudiantes la razón de ser de esta parte de la ciencia jurídica, su necesidad y utilidad en una sociedad democrática. Para ello suelo comenzar preguntándoles ¿qué es el derecho procesal? La respuesta de los alumnos es rápida: la parte del Derecho que estudia el proceso. A continuación, les pregunto: ¿Qué es el proceso?, ¿para qué sirve? La contestación, entonces, tarda más en llegar, normalmente en forma de explicaciones largas y confusas, que a la postre no dicen nada, o mediante afirmaciones que hacen referencia a la “Justicia”. A lo cual, yo replico preguntando: ¿Y qué es la Justicia?... El silencio, fruto del desconcierto o de la falta de reflexión, suele ser al final el resultado conseguido.

Es en ese momento, cuando el alumno está en condiciones recibir una explicación que satisfaga su curiosidad. Siempre me divierte su cara de asombro o incredulidad, cuando afirmo que la finalidad última del proceso, en definitiva del derecho procesal, es la “paz social”, la subsistencia y desarrollo de las sociedades, y que, probablemente, uno de los signos para determinar si existe una sociedad, así como su grado de civilización, es la realidad y perfección de sus mecanismos procesales.

A partir de ahí, y para que comprendan la afirmación anterior, introduzco la idea del “conflicto” a efectos exclusivamente pedagógicos, sabedor de que la misma no puede explicar todo el fenómeno procesal⁶⁸. De todas formas y reconociendo sus limitaciones –piénsese en los casos en los que los Tribunales intervienen en caso de duda o desconocimiento sobre un derecho– la utilidad de la idea de conflicto en este momento me parece indiscutible. Por otra parte, atendiendo a su naturaleza, cabe distinguir entre conflicto “intersubjetivo” y “social”⁶⁹. Los primeros se dan cuando se vulnera algún derecho subjetivo, que pertenece a la esfera del derecho privado y, por consiguiente, tienen naturaleza disponible; por ejemplo, el derecho de propiedad. Los segundos, cuando la vulneración lo es de un bien o interés que la sociedad ha estimado digno de protección; por ejemplo, los delitos o las infracciones administrativas⁷⁰.

La introducción de la idea de conflicto me permite plantear cuáles son los medios posibles para solucionarlo, la autotutela, la autocomposición y la heterotutela o heterocomposición, y exponer la evolución que se ha dado en el tiempo y las razones que han llevado al nacimiento de la jurisdicción. Exposición, que ha de partir del reconocimiento de que son sólo conjeturas en sus estadios más remotos.

De todas formas, de lo que no cabe duda, es que el primer paso de esa evolución lo debió constituir la prohibición de la autotutela, por los riesgos que implica: El hecho de que una parte imponga su solución a la otra sólo puede hacerse desde la persuasión, física o dialéctica, lo que inevitablemente conduce a que sea la parte más fuerte la que la imponga a la más débil. No hay que esforzarse demasiado para imaginarse los medios que debían utilizarse para resolver los conflictos por este sistema en las sociedades incipientes o primitivas y el resultado alcanzado: El triunfo de la violencia sobre la razón. Mucho más, si es el ofensor quien vence o prevalece⁷¹.

Reconociendo como un avance el derecho a vengarse y someter la venganza a un cierto control por parte del grupo o familia, como ocurría con la “Ley del Talión” (“ojo por ojo y diente por diente”), puesto que con ello se impedían “reacciones contra los agravios mucho más nocivos y perjudiciales que éstos mismos”⁷², continuamos en el ámbito de la autotutela, la cual entraña riesgos evidentes: “el de la no proporcionalidad de la reacción y el de conductas antijurídicas basadas en la fuerza, que es elemento clave de la autotutela (lo que supone una situación de partida ya injusta: sólo pueden reaccionar los fuertes o los débiles que gocen de protectores)”⁷³.

En tal estado de cosas es imposible que un grupo evolucione hacia una sociedad, donde existan estructuras estables de interrelación, que permitan que cada persona que la integra se desarrolle sin

controversia, contienda- encuentran en él su base, son materialmente excesivas y formalmente insuficientes para explicar la actividad jurisdiccional” (*Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., pág. 116). Pero reconoce que “a pesar de lo anterior, la base sociológica sobre la que descansa la jurisdicción no puede desconocerse, y esta base es indiscutiblemente el interés jurídico. Este aparece, de un modo u otro, en toda actuación jurisdiccional; puede ser individual o colectivo, pero una actuación jurisdiccional que no afectara a un interés, por lo menos, carecería de razón de ser; un bien de la vida, material o inmaterial, debe estar siempre en juego. Existen, desde luego, supuestos de actuaciones en las que difícilmente puede encontrarse un conflicto de intereses, y ello tanto en el proceso civil como en el penal, pero en todos la presencia de un bien de la vida, sobre el que recae una necesidad de un hombre, es constante” (*Op. cit.*, p. 117).

68 Según MONTERO AROCA (*Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., pág. 117), “la existencia o no del conflicto de intereses no es lo determinante para la actividad de la jurisdicción. Lo determinante es la existencia de una pretensión y de una resistencia”.

69 GIMENO SENDRA, V., *Introducción al Derecho Procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Madrid, 1996, pág. 23.

70 Afirma MONTERO, recogiendo una idea de GUASP, que “la noción de conflicto intersubjetivo de intereses jurídicos y las teorías sociológicas que con esta u otra denominación -litigio,

71 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., pág. 143.

72 DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción*, cit., pág. 19.

73 DE LA OLIVA SANTOS, *Op. cit.*, pág. 19.

miedo, planificando su futuro con un margen de seguridad. Por esta razón, como decía más arriba, el primer paso debió constituirlo la prohibición de la autotutela. De hecho, en la actualidad todos los ordenamientos jurídicos la prohíben con carácter general (por ejemplo, el español lo hace en el artículo 455 del Código Penal, prohibiendo lo que denomina la realización arbitraria del propio derecho), sin perjuicio de permitir algunas manifestaciones de la misma, siempre con carácter de *ultima ratio* y sujetas a requisitos muy estrictos. Así, también en nuestro ordenamiento, la legítima defensa recogida en el artículo 20.4º del Código Penal, los artículos 592 y 612 del Código Civil⁷⁴ y la huelga o el cierre patronal en derecho laboral.

La segunda fórmula de solución de conflictos a la que aludía era la autocomposición, consistente en que son las mismas partes las que ponen fin al conflicto que las separa⁷⁵. Se diferencia de la autotutela “en que dicha solución no se impone por la fuerza, sino a través del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas”⁷⁶. Presupuesto de la misma es la libertad y disposición que han de tener las partes en conflicto de sus derechos o bienes. No podrá, en consecuencia, utilizarse este mecanismo cuando sean indisponibles. Como manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico pueden citarse la renuncia, el desistimiento, la transacción o el allanamiento. Ahora bien, este sistema no está exento de riesgos: el acuerdo alcanzado puede entrañar la claudicación de la parte económicamente más débil o ser la consecuencia de una errónea representación de la posición jurídica de una de las partes, considerándola más endeble de lo que en rigor es⁷⁷.

Una variante de la autocomposición alcanzada por las partes es la inducida por el buen hacer de un conciliador o un mediador, un tercero ajeno al conflicto. La diferencia entre uno y otro se encuentra en que el primero sólo busca el acercamiento y encuentro de las partes para que sean ellas mismas las que lleguen a un acuerdo, mientras que el segundo, además, propone posibles soluciones. Reconociendo la falta de un desarrollo mayor de ambas figuras en el

ordenamiento jurídico español, sobre todo de la segunda, tenemos ejemplos en la mediación familiar o en la realizada en el proceso penal de menores; de la primera, puede citarse la conciliación prevista en el proceso laboral y que se realiza ante unos órganos administrativos creados al efecto.

La tercera forma de solucionar un conflicto es la heterotutela o heterocomposición, que es donde quedaría encuadrada el proceso —aunque no sólo—, y que se caracteriza por que es un tercero ajeno a las partes —las cuales han de encontrarse en un plano de igualdad— el que impone a éstas una solución, que están obligadas a aceptar. A diferencia del sistema anterior, donde el tercero se encuentra en una posición *inter partes*, en ésta está *supra partes*.

Cuestión distinta es la razón por la cual ese tercero se encuentra en una posición de superioridad. Ello puede obedecer a que hayan sido las mismas partes quienes hayan decidido, antes o después de surgida la contienda, someterse a la decisión del tercero, lo cual exige la disposición de los derechos o intereses en conflicto; éste sería el caso del arbitraje. Pero también puede deberse a que los propios integrantes de una sociedad, conscientes de la indisponibilidad de algunos bienes, de las limitaciones de los sistemas anteriores, y fruto del desarrollo de su organización social, se hayan dotado de un sistema integrado por órganos independientes, sometidos exclusivamente a la ley —no entendida en sentido formal—, imparciales y responsables, a los que se les ha encomendado la solución de los conflictos intersubjetivos dotándoles para ello de potestad jurisdiccional. Correlativamente, estos mismos ciudadanos se habrían otorgado el derecho de acceso a dichos órganos, en definitiva al proceso⁷⁸, lo que impediría la autotutela y promovería la igualdad entre ellos, evitándose así algunos de los peligros expuestos⁷⁹.

La paz social a la que arriba me refería, como fin al que se dirige el derecho procesal, exige justicia, entendida ésta en el sentido lato del término de dar a cada uno lo suyo. Es cierto, que el Derecho en su conjunto contribuye a este ideal, que la actuación del mismo en las relaciones jurídicas es mayoritariamente espontánea, pero no puede obviarse el hecho de que, en algún momento, los conflictos van a surgir y que los mecanismos autocompositivos pueden

74 Estos artículos facultan al dueño de una propiedad a cortar las raíces de los árboles plantados en otra, cuando invadan su terreno (art. 592). En cuanto al otro supuesto, se otorga derecho al propietario de un terreno a ocupar o retener en enjambre que haya penetrado en su propiedad, si el dueño del mismo no lo persigue o deja de hacerlo en el plazo de dos días (art. 612).

75 Dice ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (*Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., pág. 143), que la autocomposición viene “aconsejada por el difundido aforismo de que <<más vale una mala transacción que un buen pleito>>, e incluso por la maldición gitana de <<pleitos tengas y los ganes>>”.

76 GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal*, cit., pág. 25.

77 ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., pág. 143.

78 En España lo denominamos derecho a la tutela judicial efectiva y es un derecho fundamental —por lo tanto, con una protección especial— recogido en el artículo 24 de nuestra Constitución.

79 Estamos completamente de acuerdo con DE LA OLIVA (*Derecho Procesal. Introducción*, cit., pág. 20) en que “la progresiva evolución del sustitutivo de la justicia privada (la evolución progresiva de la actividad jurisdiccional, en definitiva) no es escindible, sino, por el contrario, paralela, al perfeccionamiento del Derecho objetivo”. Así como que “nunca se está completamente a salvo de una involución, que genere brotes, más o menos numerosos y violentos, de ilícita autotutela”.

no ser eficaces o, simplemente, por los derechos e intereses en juego, inapropiados. Es entonces cuando, rota la paz social, se hace necesario el proceso para recomponerla. Aquí es donde encuentra su justificación y su razón de ser este mecanismo de solución de los problemas sociales.

Toda persona, en definitiva, ha de disponer de un medio para intentar cambiar aquello que considera “injusto”, esto es, reclamar lo que se merece, cuando considere que no se le ha dado. Del mismo modo, la sociedad ha de poder reaccionar contra aquellos hechos o situaciones que hagan peligrar su estabilidad o desarrollo, porque se hayan atacado bienes considerados esenciales. Para que esto sea así, la sociedad ha de tener, y si no los tiene, ha de crearlos, los mecanismos que permitan hacer realidad esas aspiraciones.

4.2 Existe un proceso penal indígena⁸⁰

A pesar de que el derecho procesal es una disciplina relativamente joven, se ha desarrollado muy rápidamente, alcanzando un alto grado de elaboración, que le ha situado entre las partes del Derecho más importantes, casi al nivel del derecho civil o del penal⁸¹, por eso he querido con el apartado anterior ir al contenido primigenio de nuestra ciencia, a lo más elemental. De lo contrario, todo el armazón doctrinal del que nos hemos dotado podría impedirnos llegar a la afirmación contenida en el título de este epígrafe. Aplicando al derecho procesal lo afirmado por BORJA JIMÉNEZ respecto del derecho penal y que hemos transcrito más arriba⁸², cuando te aproximas a la realidad indígena descubres que el conjunto de axiomas sobre los que descansa la ciencia procesal y, que se consideraba que de no concurrir en un determinado sistema procesal

... no puede obviarse el hecho de que, en algún momento, los conflictos van a surgir y que los mecanismos autocompositivos pueden no ser eficaces o, simplemente, por los derechos e intereses en juego, inapropiados. Es entonces cuando, rota la paz social, se hace necesario el proceso para recomponerla.

penal debía conducir a negarle tal condición, sin embargo, no es universal. En definitiva, que nuestras categorías occidentales, en particular nuestro sistema garantístico, no son útiles para examinar y, mucho menos, juzgar todos los sistemas punitivos existentes, entre ellos los de los pueblos y comunidades indígenas⁸³.

Lo que voy a analizar a continuación es cómo los llamados procedimientos indígenas de resolución de sus conflictos “penales”, en realidad constituyen un auténtico “proceso penal”, en la medida de que disponen de un procedimiento perfectamente diseñado y conocido por todos, de unos órganos que podríamos calificarlos de “jurisdiccionales”, porque están investidos de auténtica potestad jurisdiccional y, finalmente, porque ese proceso reúne unas características y está imbuido de unos principios que son diferentes de los que rigen en uno en el que los intereses en juego no son los esenciales de esa sociedad.

En primer lugar, todas las sociedades, incluidas las indígenas, tienen unos valores y, de entre ellos, unos que estiman esenciales, por lo que su vulneración merece un mayor reproche en forma de sanción o pena. Al respecto, el catálogo de conductas tipificadas como delitos en los ordenamientos indígenas coincide básicamente con el de los sistemas estatales, si bien consideran punibles además otras conductas. Así, por supuesto, el asesinato, el robo, o la violación son castigados por los indígenas, pero también el adulterio, la ociosidad o la brujería, entre otros⁸⁴, constituyen para ellos ilícitos penales. En cuanto a las sanciones o penas⁸⁵, es donde existe la mayor divergencia entre ambos ordenamientos y se plantean los graves problemas de compatibilidad con los derechos fundamentales e incluso humanos, en la medida que aquéllas van desde la simple amonestación, los trabajos en beneficio de la comunidad o la indemnización de la víctima o sus familiares, al corte de pelo, el cepo, los latigazos —acompañados

⁸⁰ Este título me lo ha sugerido un epígrafe de la obra de BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., pág. 6.

⁸¹ Efectivamente, no fue hasta 1932 que el derecho procesal se incluyó en los planes de estudio de las facultades de derecho de España. Durante los siglos anteriores fue recorriendo diversas etapas, pasando de una práctica forense sin pretensión científica alguna en los siglos XV a XVII, a un procedimentalismo —durante el siglo XVIII, fundamentalmente—, con mayores aspiraciones pero sin alcanzar la idea de un sistema, para llegar a mediados del siglo XIX por obra de la doctrina alemana a configurar lo que ya se puede denominar derecho procesal. Un derecho con entidad propia, independiente del derecho material civil, penal, laboral o administrativo.

⁸² BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., pág. 175.

⁸³ Aunque habría que matizarlo, me parece interesante traer a colación una cita de NEUMAN (*Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, 1997, pág. 2): “Los gruesos trazos de esta formulación de justicia penal aborígen... me conducen al interrogante de si en la historia de la humanidad se produjo un progreso —o exactamente lo contrario— cuando el Estado abandona los usos tradicionales de las organizaciones tribales y toma para sí, monopolizándola, la facultad de ejercer el derecho a castigar”.

⁸⁴ Por ejemplo, el chisme, los celos conyugales, las disputas religiosas, y el suicidio.

⁸⁵ Para un estudio pormenorizado de los delitos y las penas indígenas, ver BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 142 y ss.

de consejos—, hasta la muerte o la expulsión de la comunidad. Esta última, aunque nos pueda parecer extraño, es de las más graves que se pueden llegar a imponer, en la medida que supone la muerte civil del sujeto, llegándose incluso a prohibir pronunciar su nombre en la comunidad de origen.

Pues bien, del mismo modo que en los ordenamientos occidentales ante a una conducta tipificada está prohibida la autojusticia —lo que no impide que de vez en cuando se quebrante— y no se puede imponer una pena sino es a través del proceso penal, en los ordenamientos indígenas, el reproche social se articula a través de un procedimiento reglado y preestablecido de naturaleza heterocompositiva, sin excluir bajo ciertas condiciones fórmulas autocompositivas —igual que en los occidentales⁸⁶—. Un procedimiento⁸⁷, que no es fruto de la improvisación ni de la arbitrariedad y, además, conocido por todos los que forman parte de esa comunidad. Asimismo, no es invariable o estático⁸⁸, ni necesariamente escrito —sin perjuicio de que algunas comunidades lo estén haciendo, en los términos que se dijo— o sometido al régimen de publicidad de nuestras leyes, por razones obvias⁸⁹.

...
en Guatemala,
la Defensoría Maya o la
Defensoría Indígena ejercen
funciones de mediación
en los problemas internos
de las comunidades (...) en el seno de éstas no es extraño que, ante determinados problemas penales, como los casos de violencia contra la mujer, las autoridades indígenas actúen como mediadores y no como juzgadores.

En segundo lugar, además de un procedimiento reglado y preestablecido, la existencia de un auténtico proceso exige la de un tercero *supra partes* investido de potestad jurisdiccional por la sociedad en la que se incardina y que reúna unas características que garanticen su ejercicio.

Respecto al modo de resolver los conflictos en las comunidades indígenas, ya se ha dicho, que el que exista un sistema heterocompositivo no excluye, que a la vez se den mecanismos autocompositivos, como la mediación. Por ejemplo, en Guatemala, la Defensoría Maya o la Defensoría Indígena ejercen funciones de mediación en los problemas internos de las comunidades⁹⁰. Asimismo, en el seno de éstas no es extraño que, ante determinados problemas penales, como los casos de violencia contra la mujer, las autoridades indígenas actúen como mediadores y no como juzgadores⁹¹. También es cierto, que en el proceso la pena a imponer se “negocia” entre el infractor y la autoridad correspondiente e, incluso, las condiciones de la ejecución de la misma, habiéndose llegado a afirmar que estamos ante un “derecho de mediación”⁹². Sin embargo, mi opinión no es ésta, no ya sólo porque la mediación exija la presencia de un tercero, ajeno a las partes, pero no *supra*, que la viabilice, y que aquí no se da. La razón de fondo es que la autoridad siempre actúa como tal y su potestad es indiscutible. Es ésta la que decide finalmente qué sanción aplicar, sin perjuicio de que por considerar un valor superior el equilibrio comunitario se module aquélla o incluso se llegue a no imponer sanción alguna, para lo que se tiene en cuenta la opinión del infractor —tratando de que reconozca y asuma la sanción como camino de reinserción social—, la de las familias afectadas y, en definitiva, la de la propia comunidad.

En cuanto a las características que han de tener los órganos que imparten justicia, en los ordenamientos occidentales se concretan en las de independencia y

pensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades”.

⁹⁰ Por supuesto, también entre la comunidad maya y terceros.

⁹¹ No es extraño que el *jilaqata* con la *mama jilaqata* acudan al hogar de la familia en conflicto y tengan conversaciones con ellos, tratando de conciliarlos y evitar futuras agresiones. No obstante, las autoridades pueden adoptar medidas más extremas, castigándolos a estar encerrados juntos en la casa comunal para que recapiten y hablen entre ellos.

⁹² BORJA JIMÉNEZ, *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., págs. 19 y ss.

⁸⁶ Piénsese, si no, en la mediación en el proceso penal de menores español, en la conformidad del proceso penal de adultos también español —con matices—, los *absprache* en el proceso alemán, los *patteggiamenti* en el italiano, o el *plea bargaining* en el americano.

⁸⁷ Como es fácilmente comprensible, no se trata de un único procedimiento. Existen muchos procedimientos, prácticamente uno por cada etnia o pueblo indígena, aunque en realidad son más, porque cada comunidad tiene el suyo propio, sin perjuicio de que tienen elementos comunes que comparten.

⁸⁸ Sobre este aspecto del principio de legalidad, ha afirmado la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-349/96 que el artículo 246 de la Constitución, cuando se refiere a que las autoridades juzgarán conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena “presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas” y que deben “evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte”.

⁸⁹ En la misma sentencia T-349/96, en relación a este aspecto, afirma la Corte: “El conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indis-

sumisión a la ley, responsabilidad, imparcialidad e inamovilidad⁹³. Según este planteamiento, la falta de una de ellas, provocaría que no estuviéramos ante un verdadero órgano jurisdiccional.

En el caso de los sistemas punitivos indígenas, sin embargo, esos órganos son las autoridades indígenas que, como luego se verá, varían de una comunidad a otra, y en ellas concurren todas esas notas, aunque con pequeños matices. En concreto, no existen las proclamaciones formales de las mismas ni tampoco la concreción de mecanismos garantizadores, pero ello no significa que en la práctica no se den. Posiblemente debido a la condición de las personas que desempeñan la función de juzgar, que suelen ser las de mayor edad y experiencia de la comunidad, por lo tanto con una *auctoritas* respetada espontáneamente por todos, así como al intenso control social existente en estas comunidades, lo que hace extraordinariamente difícil cualquier abuso. Pero en el supuesto de que ocurriera, la autoridad en concreto siempre podría ser juzgada por toda la comunidad constituida en asamblea. Y si hubiera sido la comunidad misma la que hubiera juzgado, el único sistema de control admisible desde la óptica pluralista sería el que los propios indígenas diseñaran o el de acudir al tribunal constitucional, puesto que cualquier otro mecanismo “externo” implicaría una injerencia inadmisibles en la “jurisdicción” indígena.

Por otro lado, algunas de estas autoridades ejercen en sus comunidades tanto la función de gobierno como la de juzgar, lo que provocaría una quiebra del principio de exclusividad jurisdiccional e, incluso, de la separación de “poderes”, prácticamente un dogma en cualquier sistema democrático.

Sin embargo, no siempre se produce, porque en muchos casos quien juzga es la propia comunidad, reunida en consejo o asamblea⁹⁴, por lo que en este caso no se produciría. En los demás, considerando que desde una perspectiva occidental podría resultar difícilmente admisible, desde la concepción indígena no lo es, porque como ya se dijo el proceso penal no es, en realidad, “penal”, tal como nosotros lo entendemos. Es decir, en nuestra concepción, cuando alguien comete un hecho delictivo se le castiga, porque es lo

que se merece, y se busca la prevención especial y general, sin perjuicio de cierta atención a la víctima. Sin embargo, en los sistemas de control indígenas lo esencial es el equilibrio o la armonía en el seno de la comunidad, especialmente entre las familias que la conforman, buscando la satisfacción de la víctima y la reintegración del sujeto, evitando su estigmatización. Al punto, por ejemplo, que suele ser común que los pequeños ilícitos, como robos o lesiones, cuando sean cometidos por primera vez no se castiguen. Teniendo como fondo esto, puede entenderse mejor que la función de “gobierno” del cabildo o jefe, incluya, además de “administrar”, la de “juzgar”, puesto que es el que mejor conoce cómo está el equilibrio comunal, el más interesado en que se restaure y en cómo hacerlo.

Por último, en tercer lugar, precisamente por tratarse de los bienes más importantes el reproche o sanción en caso de vulneración también han de ser significativos, lo que exige que el proceso esté rodeado de unas garantías especiales e imbuido de unos principios específicos, diferentes de los que rigen en aquéllos en los que los bienes en juego son menos relevantes. En este sentido, el proceso indígena no es una excepción. Como es fácilmente comprensible, no es lo mismo resolver un problema de lindes entre dos predios o una desavenencia conyugal, que un robo o un asesinato. Es más, dentro de las conductas que podríamos considerar criminales también existen grados, diferenciándose en algunos casos una “justicia mayor” y otra “menor”⁹⁵.

En este sentido, el proceso penal indígena, a pesar de su simplicidad procedimental, guarda una similitud en cuanto a sus fases con el proceso penal occidental: primero se investigan tanto las circunstancias de su realización como la identidad de los participantes y, en su caso, se realiza la detención de éstos, pudiéndose llegar a encerrarlos cautelarmente, después se les enjuicia y finalmente se ejecuta la pena impuesta. Y, si bien, los derechos y garantías recogidos en nuestros ordenamientos —prohibición de indefensión, presunción de inocencia, asistencia letrada, ser informados de la acusación, no confesarse culpables, etc.— no están formalmente proclamados en los suyos, ello no significa que con algunos matices no se apliquen.

...
el proceso penal indígena, a pesar de su simplicidad procedimental, guarda una similitud en cuanto a sus fases con el proceso penal occidental: primero se investigan tanto las circunstancias de su realización como la identidad de los participantes y, en su caso, se realiza la detención de éstos, pudiéndose llegar a encerrarlos cautelarmente, después se les enjuicia y finalmente se ejecuta la pena impuesta.

⁹³ Para el desarrollo de estas notas del estatuto de los jueces y magistrados puede consultarse: MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., págs. 96 y ss.

⁹⁴ De estos órganos, forman parte todos los mayores de edad, que pertenecen formalmente a la comunidad.

⁹⁵ FERNÁNDEZ OSCO, M., *La ley del ayllu*, ed. Fundación PIEB, La Paz, 2000, págs. 189 y ss.

Centrándonos en los dos más sobresalientes, sobre el derecho a la asistencia letrada, en primer término, hay que decir que normalmente la doctrina que ha estudiado este tema lo confunde con el derecho de defensa⁹⁶, cuyo contenido, de una manera sintética puede expresarse con el brocardo de que “nadie puede ser condenado sin ser oído”⁹⁷, aunque habría desde luego más que decir⁹⁸. Una vez aclarada esta cuestión, hay que reconocer que el derecho a la asistencia letrada no se cumple exactamente, en la medida que no intervienen en esta clase de procesos propiamente abogados, aunque a veces sí una figura similar⁹⁹ o la familia del acusado.

Ha afirmado al respecto la Corte Constitucional colombiana, que “no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma(...) Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicado están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales”¹⁰⁰.

... si la razón última de la exigencia de la asistencia letrada se encuentra en la complejidad técnica de los procedimientos y el desconocimiento de los mismos por el ciudadano medio, dado que los procedimientos indígenas carecen de esa complejidad y son perfectamente conocidos por los miembros de las comunidades, por tratarse de usos y costumbres, muchas veces, centenarias, una excepción de este derecho no parece irrazonable.

No obstante, en mi opinión, sin perjuicio de reconocer el valor de la asistencia de los familiares del acusado, por la cosmovisión indígena que supone que cualquier hecho no se queda en los sujetos afectados sino que se extiende a sus familias e, incluso, a toda la comunidad, así como la ayuda y el apoyo que pueden darles, existen razones técnicas que justifican una adecuación de este derecho al proceso indígena. La razón es que siempre ha sido posible la autodefensa, existiendo en todo ordenamiento supuestos que la admiten –asuntos de pequeña cuantía, trámites de inicio poco complejos procedimentalmente, que el demandante tenga la condición de letrado en ejercicio, etc.–, y sólo la progresiva complejidad de los procedimientos ha aconsejado la instauración de su obligatoriedad, que en el proceso penal, dados los derechos en juego, ha terminado siendo obligatoria, hasta el punto de recogerse en las constituciones y los tratados internacionales. Con todo, existen remi-

niscencias de la misma, por ejemplo el derecho a la última palabra del acusado en el juicio, e incluso excepciones a la misma¹⁰¹. Por lo tanto, si la razón última de la exigencia de la asistencia letrada se encuentra en la complejidad técnica de los procedimientos y el desconocimiento de los mismos por el ciudadano medio, dado que los procedimientos indígenas carecen de esa complejidad y son perfectamente conocidos por los miembros de las comunidades, por tratarse de usos y costumbres, muchas veces, centenarias, una excepción de este derecho no parece irrazonable. Por otro lado, pretender exigir la presencia de un abogado en estos procesos iría en contra de la diversidad étnica y cultural, “pues en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza”¹⁰².

Ni qué decir tiene, que comparto plenamente estas afirmaciones y que son compatibles con lo afirmado en el texto, puesto que en lo que he transcrito la Corte sólo dice que la familia “representa” al acusado, y el representante, ya se sabe, actúa en nombre e interés de su representado. Cuestión distinta es que en el caso concreto enjuiciado se hubieran cometido estas vulneraciones y la Corte debía haber concluido de otra forma.

¹⁰¹ Recientemente, el Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, que enjuicia los delitos de genocidio cometidos en ese país durante la guerra, le ha permitido a Milosevic renunciar a la asistencia letrada y autodefenderse.

¹⁰² Sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁹⁶ En este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96, ya citada.

⁹⁷ En algunos ordenamientos indígenas se puede condenar en ausencia del acusado, lo que no es extraño para nosotros, en la medida que la mayoría de ordenamientos occidentales lo permiten para casos no graves, pero que aquí adquiere una dimensión nueva y expresa esa idea, ya repetida, de que los ilícitos cometidos vulneran no sólo los derechos o intereses de la víctima y su familia, sino también el equilibrio de la familia del agresor y de toda la comunidad.

⁹⁸ Para más sobre la contradicción, audiencia o el derecho de defensa, puede verse: MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, cit., págs. 323 y ss.

⁹⁹ En Colombia, por ejemplo, la comunidad indígena páez permite que el acusado sea defendido por un miembro activo de la comunidad, que conozca la lengua y las costumbres.

¹⁰⁰ Hay que hacer notar, empero, que existen dos votos particulares –aclaración de voto, lo denominan allí– a esta sentencia, en el sentido de que la voluntad del sujeto infractor no puede quedar al margen y presuponerse que su familia va a actuar defendiendo los intereses de éste. Así como que no se puede juzgar y condenar a nadie “a sus espaldas”.

El segundo de los derechos proclamados por los ordenamientos jurídicos occidentales y que debe matizarse en los indígenas es el de la presunción de inocencia. Es cierto, que en el proceso indígena se realiza una fase de investigación, a través de la cual se determina quién ha podido cometer el hecho criminal y que, mientras tanto, todos son inocentes. Ahora bien, este derecho no tiene la intensidad que despliega en nuestros ordenamientos, pues muchas veces se detiene a quien, por las características de los hechos, los ha cometido con anterioridad, independientemente de las circunstancias y en comunidades aisladas cuando el delito del que se le imputa es el de brujería, si el que acusa es un chamán, no hay defensa posible¹⁰³. De todos modos, teniendo en cuenta que en las comunidades, como ya se ha dicho, existe un control social muy estricto, es difícil sustraerse a los ojos y los oídos del resto del grupo, por lo que suele ser relativamente fácil descubrir sospechosos a los que se les somete a una importante presión social, a veces incluso mágica¹⁰⁴, en el que el encierro en la casa comunal o en otros lugares, aunque no dura mucho, es de una gran eficacia para que recapaciten y reconozcan los hechos.

... en los ordenamientos indígenas no existen jueces de carrera –tampoco fiscales, secretarios, policías, ni abogados, como se ha visto–, y dependiendo de la gravedad del hecho cometido, actúa una autoridad u otra, que va desde la familia o familias a las que pertenecen los enfrentados, a las autoridades comunales o a la misma comunidad constituida en asamblea.

4.3 Su morfología

Afirmada la existencia de un auténtico proceso penal indígena, en este último epígrafe voy a tratar de hacer una descripción de aquellas características comunes a los procesos indígenas que he estudiado, renunciando a las particularidades en aras a ofrecer una visión global de este fenómeno procesal. Por eso lo he titulado “morfología”, ya que lo que quiero mostrar es su estructura básica.

4.3.1. Los órganos judiciales

En ningún caso, se puede tratar de autoridades o funcionarios impuestos por el Estado, puesto que ello vulneraría su autonomía reconocida en el Convenio 169 de la OIT y en los ordenamientos constitucionales. Cuando estos instrumentos jurídicos hablan de autoridades, añaden “legítimas” o “naturales”, esto es, nombradas por los propios indígenas, de acuerdo con sus reglas. En concreto, en los ordenamientos indígenas no existen jueces de carrera –tampoco fiscales, secretarios, policías, ni abogados, como se ha visto–, y dependiendo de la gravedad del hecho cometido, actúa una autoridad u otra, que va desde la familia o familias¹⁰⁵ a las que pertenecen los enfrentados, a las autoridades comunales¹⁰⁶ o a la misma comunidad constituida en asamblea¹⁰⁷.

¹⁰³ Como afirma BORJA JIMÉNEZ (*Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 130-131), “cuando una comunidad se enfrenta ante un caso de brujería, las reglas lógico-causales de la investigación criminal son sustituidas por otro tipo de relaciones causales, la causalidad mágica. Aquí el individuo acusado no tiene medio de hacer valer la presunción de inocencia, pues la relación entre la actividad realizada que a él se le imputa y el resultado acaecido en el mundo exterior (causación de una enfermedad, muerte, daños, desastre natural, etc.), sólo puede ser comprendida por el auténtico especialista, el brujo o chamán, de tal forma que la comunidad, merced a la autoridad de la que éste viene investido, suele conceder a la acusación la consideración de condena. Es decir, si, por ejemplo, un miembro de la comunidad es acusado de haber matado a otro utilizando magia negra porque el hechicero ha tenido un sueño en el que un espíritu le reveló la identidad del autor de la muerte, ninguna comprobación lógico-racional, ninguna regla de causa-efecto podrá ser alegada. Pues la interpretación del fenómeno se encuentra en un plano de explicación totalmente distinto: la comunidad hará valer su forma mística de pensamiento frente al análisis físico-causal, y el encausado tendrá pocas posibilidades de demostrar su inocencia”.

¹⁰⁴ En este sentido, el encierro en las iglesias durante la noche, acompañados de los “espíritus”, suele ser muy eficaz. Asimismo, el baño en agua fría y el ortigamiento, aunque tienen un componente purificador, es razonable pensar que en los casos dudosos invita a reconocer la culpa.

¹⁰⁵ Aquí juegan un importante papel los padres, los abuelos y los padrinos. Esta última figura proviene, obviamente, del catolicismo pero ha quedado arraigada en algunos pueblos.

¹⁰⁶ Hacer notar que las mujeres no suelen ser dirigentes.

¹⁰⁷ Según BORJA JIMÉNEZ (*Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 163-165), “los ilícitos más graves son enjuiciados siempre por toda la comunidad a través de la Asamblea General (Congreso, Asamblea General, Consejo, etc.). En las sociedades tribales, con grupos humanos poco numerosos, la decisión de los asuntos más relevantes corresponde a todos sus miembros, y el injusto punible, sobre todo si es de entidad, representa siempre un problema que afecta de manera decisiva a todo el colectivo. En todo caso se ha de advertir que este criterio de enjuiciamiento asambleario de los hechos más graves es bastante común en la gran mayoría de los pueblos originarios de Latinoamérica. El Consejo de Ancianos, cuya regulación no es general en todos los ordenamientos amerindios, suele asesorar en los casos más graves a la misma Asamblea, merced a la gran autoridad que ejerce su conocimiento de las normas y procedimientos propios. En los delitos más comunes, es frecuente que establezca el tipo de sanción o que intervenga a solicitud del Cabildo.

El Cabildo tiene en el procedimiento penal indígena una doble tarea. En las infracciones más leves, lleva a cabo la investigación y enjuicia (como acabamos de ver, en ocasiones también delega en el Consejo de Ancianos). En los ilícitos de mayor relevancia, se encarga de la investigación y dirige el procedimiento ante el Consejo (presentando a los testigos, oyendo las versiones de au-

Los cargos no son retribuidos, pues se considera un sacrificio en beneficio de toda la comunidad, sin perjuicio de que en ocasiones, en función de la buena voluntad de las partes, se entreguen dinero o bienes. De todos modos, el pago más importante es el reconocimiento social y la consideración que reciben de la comunidad en la que ejercen sus funciones¹⁰⁸.

Respecto del lugar de realización de las actuaciones judiciales, varía según la clase de delito. Cuando se trata de cuestiones ocurridas en el seno familiar, se constituye en el hogar de los afectados, de los padres, suegros, o padrinos. Cuando se trata de cuestiones más graves, se utilizan los lugares comunes, normalmente la casa comunal, la oficina del cabildo, la iglesia, o la escuela, entre otros. La razón de utilizar estos lugares es para garantizar la publicidad, pero no en el sentido que nosotros la entendemos, como mecanismo de control, sino porque en su cosmovisión —lo hemos dicho varias veces— los hechos delictivos afectan a toda la comunidad, lo que se hace más patente cuando es ésta misma la que enjuicia¹⁰⁹.

4.3.2. La competencia de los órganos judiciales indígenas

Con este apartado pretendemos dar respuesta a la pregunta de qué casos van a conocer los órganos

tor y víctima, otorgando la palabra a los comuneros que desean intervenir, buscando el acuerdo en la sanción a imponer, etc.). En las comunidades de la Amazonía del Ecuador el sistema de organización política y administrativa es más sencillo. Por regla general, los asuntos de interés general también se resuelven por toda la comunidad reunida en consejo. Los pocos delitos que se perpetran, constituyen siempre un asunto que afecta directamente a todos sus miembros. Por eso esta institución decide prácticamente siempre sobre la suerte del infractor. Sin duda alguna, los otros dos poderes de gran peso, el de gobierno representado por el Jefe de la tribu, y el espiritual, que se encuentra en manos del Chamán, tienen una participación notable, pero no decisiva, en el enjuiciamiento indígena. El Jefe promoverá en muchos casos la investigación, interrogará a testigos y acusado, convocará a toda la comunidad, dirigirá los debates entre los indígenas y, en caso de condena, pondrá los medios para que ésta se lleve a cabo. Pero normalmente, la resolución sobre el juicio de culpabilidad o de inocencia corresponde a la comunidad reunida en asamblea. El Chamán actuará como conocedor experto de las tradiciones y leyes del poblado. Determinará la gravedad del hecho desde el punto de vista espiritual y trascendental. Y sus opiniones también serán de gran influencia, pues suele ser la persona más respetada de toda la comunidad por su gran autoridad”.

108 GARCÍA S., F., *Formas indígenas de administrar justicia*, ed. FLACSO, Ecuador, 2002, págs. 51-52.

109 *Op. cit.*, págs. 52-53. En algunas comunidades, sin embargo, también se utiliza la casa de la autoridad, la cual habilita al efecto parte de la misma (FERNÁNDEZ OSCO, *La ley del ayllu*, cit., págs. 173-174).

judiciales indígenas frente a los estatales. Para ello, deberemos atender a los diferentes criterios de atribución de la competencia, en particular, al objetivo, referido a las materias y a las personas, y al criterio territorial.

Si partimos de los ordenamientos constitucionales y del Convenio 169 de la OIT, el panorama es muy diverso y problemático por la falta de normas de coordinación que resuelvan los conflictos de competencia¹¹⁰. Así, por ejemplo, en cuanto a las constituciones hay países como Colombia y Perú, que parten del criterio territorial, otras, como Bolivia, que no dicen nada, el caso de Ecuador que lo hace refiriéndose a los “conflictos internos”, o Venezuela, que se refiere al territorio y a las personas¹¹¹.

Desde el punto de vista de la materia, si se parte del reconocimiento de la diversidad cultural y del pluralismo jurídico, lo primero que hay que afirmar es la autonomía de los ordenamientos indígenas para establecer aquellos asuntos que estimen oportuno de su competencia, de acuerdo con su cosmovisión. Como ya sabemos, hay delitos que coinciden con el ordenamiento estatal y otros no, pero

eso es perfectamente posible y ninguna constitución o el Convenio núm. 169 de la OIT limitan esta posibilidad. La posición contraria¹¹² sólo es explicable desde una concepción “colonialista”, hoy inadmisibles.

En cuanto a las personas, no cabe duda de que la condición de indígena va a influir para determinar la competencia de un asunto. Ahora bien, este criterio deberá combinarse con el material y el territorial, y sólo de su conjunción podremos saber qué “jurisdicción” es la competente. En cualquier caso, cuando hablo de indígena me estoy refiriendo a una persona vinculada a una comunidad, que vive de acuerdo a una cultura y unas costumbres diferentes del resto de personas, porque evidentemente hay personas de origen indígena, pero que viven integrados en la cultura oficial o estatal, y no los tomo en consideración a estos efectos.

... si se parte del reconocimiento de la diversidad cultural y del pluralismo jurídico, lo primero que hay que afirmar es la autonomía de los ordenamientos indígenas para establecer aquellos asuntos que estimen oportuno de su competencia, de acuerdo con su cosmovisión.

110 Sobre el Proyecto de Código de Procedimiento Penal ecuatoriano de 1992, que se refería a esta cuestión, puede verse: BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., págs. 171 y ss.

111 Seguimos aquí a YRIGOYEN FAJARDO, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., págs. 7 y ss.

112 Países como Argentina, Perú o México pretenden en los proyectos de ley de coordinación entre las jurisdicciones estatal e indígena, limitar esta última para los supuestos de menor cuantía y, especialmente, excluir su competencia en asuntos penales.

Respecto al territorio, surge el problema de qué se entiende por el mismo, pues muchas comunidades actúan en territorios que legalmente no les pertenecen, aunque ancestralmente estén desarrollando su actividad en el mismo o, simplemente, existen dudas sobre su delimitación. En este sentido, nos puede ayudar el artículo 13.2 del Convenio núm. 169 de la OIT que considera territorio “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, y el artículo 14.1 que añade las “tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

Teniendo en cuenta lo anterior y que los casos que se pueden plantear son múltiples, voy a ir haciendo un recorrido por cada supuesto, proponiendo la solución que estimo más adecuada. Con todo, tal y como afirma la Corte Constitucional de Colombia¹¹³, “no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, sino que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable”:

En primer lugar, parece claro que cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por la comunidad correspondiente y cometido por un aborígen en su territorio, debe ser la “jurisdicción” indígena quien le enjuicie.

En segundo lugar, cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por el ordenamiento nacional y cometido por un aborígen en su territorio, debe ser la “jurisdicción” nacional la que le enjuicie, si bien “tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el

sistema jurídico nacional”¹¹⁴. En el primer caso, los tribunales estatales para justificar la devolución del indígena a su entorno, tal como recogen algunos códigos penales latinoamericanos, podrían estimar concurrente el error de comprensión culturalmente condicionado, lo que les llevaría a declararlo exento de responsabilidad penal.

En tercer lugar, cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por el ordenamiento nacional y cometido por un aborígen fuera de su territorio, estaremos a la solución anterior.

En cuarto lugar, tratándose de un hecho sancionado por los dos ordenamientos y cometido por un indígena en su territorio, “es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos”¹¹⁵. Lo que no se puede admitir es que, una vez condenado por la “jurisdicción” estatal al haberse comprobado su comprensión del ilícito penal, para eludir la sanción impuesta exija el enjuiciamiento por los órganos indígenas.

En quinto lugar, si se trata de un hecho considerado exclusivamente delictivo por la comunidad correspondiente y cometido por una persona no indígena plantea un grave problema, porque afirmar la incompetencia de los órganos indígenas significa indefectiblemente la elusión de responsabilidades por parte de los infractores, pues normalmente el Estado queda lejos y ya sabemos cuál es la situación del indígena en el proceso estatal. Hay, no obstante, doctrina que es partidaria del fortalecimiento del derecho indígena y que admite que las comunidades protejan sus bienes y sus derechos por sus medios, respetando siempre las normas y procedimientos establecidos, así como el mínimo fundamental de los derechos humanos. Se discute, al respecto, si la pertenencia cultural es un criterio determinante para el enjuiciamiento del sujeto, si bien se afirma que ello no debe utilizarse como pretexto para eludir las responsabilidades por los daños causados¹¹⁶. En mi opinión, siguiendo a BORJA JIMÉNEZ, tendría más sentido desde la perspectiva de la finalidad que cumple el proceso indígena y que es *ad intra* de la

114 Idem anterior.

115 Idem anterior.

116 Sobre el reconocimiento y fortalecimiento de la “jurisdicción” indígena, YRIGOYEN FAJARDO, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., págs. 11-12.

113 Sentencia T-496/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

comunidad, que la decisión sobre quién enjuicie se dejara a la elección del infractor. El problema de esta solución es que no cabría en ningún caso la vía penal, por tratarse de un hecho no tipificado, lo que conduciría a la vía civil resarcitoria, lo que a su vez provocaría, seguramente, la insatisfacción desde el lado indígena. La salida para estos casos, pienso que pasa por la creación de mecanismos que posibiliten el diálogo y el acuerdo intercultural.

En sexto lugar, cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por la comunidad correspondiente y cometido por un aborígen fuera de su territorio, según las normas constitucionales que circunscriben la actuación de la “jurisdicción” indígena a su hábitat, no podrían actuar. Sin embargo, reconociendo que en la práctica es difícil que se dé un caso penal de estas características, porque lo normal será que también esté tipificado por el ordenamiento estatal –piénsese, por ejemplo, en un asesinato en el que la víctima y el agresor son de la misma comunidad indígena, pero lo cometen en la ciudad–, según YRIGOYEN FAJARDO “cabe hacer un paralelo con el derecho internacional (...) (y) bastaría que la persona afectada reclamara la intervención de su sistema y cuestionara la intervención de la jurisdicción ordinaria. Si la jurisdicción especial estuviese dispuesta a intervenir, la jurisdicción ordinaria tendría que inhibirse”¹¹⁷.

En séptimo lugar, por último, cabe plantearse qué ocurre cuando un aborígen se niega a ser juzgado por los órganos indígenas, siendo competencia de éstos el asunto. La solución para estos casos no puede pasar, en mi opinión, por dejar la solución en manos del infractor. Si partimos, como ya se ha dicho, del reconocimiento de la pluralidad jurídica y de la “jurisdicción” indígena no podemos “rebajar” ésta a una opción. Está al mismo nivel que la estatal, dentro de sus competencias, por lo tanto, si de acuerdo con los criterios arriba expuestos es un asunto que entra dentro éstas, ha sido cometido en territorio indígena y el sujeto pertenece fehacientemente a esa comunidad no se le puede excusar de dicha obligación. Es más, el Estado tendría el deber de garantizar dicho enjuiciamiento, si quiere ser consecuente con los postulados constitucionalmente reconocidos¹¹⁸.

¹¹⁷ *Op. cit.*, pág. 12.

¹¹⁸ En este sentido, YRIGOYEN FAJARDO, *Op. cit.*, pág. 12. Por su parte, BORJA JIMÉNEZ (*Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., pág. 50) ha afirmado, que “esta posibilidad de enjuiciar a un miembro del grupo aborígen en contra de su voluntad creo que sólo debería establecerse en comunidades con una muy fuerte tradición de enjuiciamiento con arreglo a sus propias reglas y procesos”.

4.3.3. Procedimiento.

El procedimiento indígena está regido por la oralidad, desde el punto de vista de la forma de sus actos y dividido en dos fases. Una primera de investigación que tiene lugar ante la autoridad comunal, el jefe o cabildo, y una segunda de enjuiciamiento, ante el órgano que vaya a sentenciar.

El modo cómo llega a la autoridad varía de unos casos a otros. Puede ser el afectado directamente el que lo ponga en conocimiento o bien su familia. A partir de ese momento, se inicia la investigación que pasa por citar al acusado y a los testigos y tomarles declaración o visitar el lugar de los hechos. En definitiva, hacer las pesquisas necesarias tratando de averiguar quién ha sido el infractor.

Como medidas cautelares caben la detención del sujeto y su encierro en diferentes lugares: la casa comunal, la iglesia, etc. De todos modos, el encierro no suele durar mucho, porque el procedimiento es rápido, pero también por el rechazo que les producen este tipo de medidas. En esta fase de investigación adquieren especial relevancia dos medidas muy generalizadas en la práctica de los pueblos indígenas, que son el baño en agua fría y el ortigamiento y que no tienen naturaleza penal, por cuanto que en los casos en los que se aplican es después cuando se le impone la verdadera pena¹¹⁹. En realidad, se

¹¹⁹ “El Derecho Penal indígena, especialmente el que se aplica en las comunidades de la Sierra, de los Andes ecuatorianos y bolivianos, es un Derecho Penal que une elementos mágicos y místicos con la idea de reintegrar al sujeto de nuevo a su medio social. Las instituciones del baño en agua fría y el ortigamiento, muy utilizadas en las comunidades quechuas ecuatorianas, pero también en la Amazonía (aquí sólo la aplicación de la ortiga), presentan una naturaleza mixta entre componentes procesales y punitivos, a la que no son ajenas formas rituales procedentes de una institución ancestral.

En estas sociedades amerindias, la ejecución de la sanción se lleva a cabo a través de un procedimiento en el que, como acabo de señalar, se mezcla el rito con ciertas instituciones jurídicas, ya sean adjetivas o sustantivas. Al reo se le desnuda y se le baña en agua fría en el río, riachuelo, lago o fuente más próxima al lugar de enjuiciamiento. Con ello se pretende “limpiar el cuerpo de los malos espíritus que han llevado al individuo a realizar un daño contra los demás”. Tras el baño en agua fría, sobre el cuerpo desnudo del condenado se le aplica la ortiga, hierba urticante que en contacto con la piel produce picores, inflamaciones y eczemas, con irritación generalizada. Tanto el baño en agua fría como el ortigamiento, se han contemplado como medios bárbaros de sanción del delincuente. Pero creo que ni siquiera tienen el carácter de pena íntegramente. El ortigamiento, que ciertamente produce dolor físico, es un medio procesal y ritual que persigue “curar” al reo, que éste se sienta “libre” de las malas influencias que le llevaron a perpetrar el delito y confiese su hecho ante la comunidad para, de esta forma, como reconocimiento de un error cometido, aquella pueda aceptar de nuevo a éste y así reintegrarle a su seno tras la ejecución de la sanción. La ortiga, pues, tiene un carácter ritual y mágico, de tal suerte que su utilización en el cuerpo del condenado se interpreta como una forma de purificar su sangre y su alma, pues se considera que es un espíritu ajeno y maligno quien le incitó a delinquir, y el cual es expulsado, purificando al sujeto, cuando se aplica la hierba urticácea” (BORJA JIMÉNEZ, *Seis tesis sobre la existencia del*

trataría de dos medidas preparatorias del enjuiciamiento ya que “persiguen que el sujeto confiese libremente la injusticia de su hecho para recuperar de esta forma su paz interior y la confianza y aceptación de la misma comunidad”¹²⁰.

Cuando se trata de delitos graves en los que no existen testigos o hay contradicciones y vacíos, que hacen muy difícil llegar a la verdad, en algunas comunidades utilizan los “chicotazos” (azotes) y/o el “juramento susjatorio (juzgatorio)”, una variante de la confesión con tintes mágicos y sagrados, que consiste en pasar desnudo por encima de una tela negra –a semejanza de un ataúd– en la que hay una vara de Yunqui, que representa el cielo, y sal, que significa la verdad, además de cuatro velas en cada esquina, y proclamando el infractor que no es culpable y que si lo es Dios le castigará¹²¹.

Son este tipo de prácticas de los Pueblos indígenas, además de algunas de las penas que imponen, las que provocan la colisión de sus ordenamientos con los derechos fundamentales recogidos en las constituciones y las leyes y, sobre todo, con los derechos humanos. Al respecto y siendo conscientes de que ésta es una de los problemas de los de mayor enjundia que plantea el reconocimiento del derecho y la “jurisdicción” indígenas, vamos a hacer siquiera un breve excursu, que deje constancia de las cuestiones más importantes y de las soluciones que, desde la perspectiva intercultural, se han aportado.

En este sentido, hay que partir del Convenio 169 de la OIT (art. 8.2) que establece como límite de las costumbres e instituciones indígenas propias, “los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional” y “los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. Por lo demás, las constituciones de los países andinos, salvo la de Perú que se refiere al respeto a los “derechos fundamentales de la persona”, el resto de países ponen el límite en la Constitución y las leyes, añadiendo la de Venezuela el orden público. Así las cosas, no cabe duda de que el margen de actuación de los órganos judiciales indígenas es muy pequeño y, como ha dicho la Corte Constitucional colombiana¹²², si tuvieran que respetar exactamente la Constitución y las leyes ello llevaría a un desconocimiento completo de “las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse”, por lo que las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas sólo están justificadas cuando se protejan intereses de

superior jerarquía, que constituirían así los mínimos fundamentales: “el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas”¹²³.

Continuando con el procedimiento, cuando se tiene constancia del infractor y de las circunstancias, bien porque lo ha confesado, bien porque la autoridad investigadora ha llegado al convencimiento sobre su autoría, convocará al órgano enjuiciador. El cual, se constituirá en el lugar antes mencionado y comenzará el “juicio” en el que la palabra del infractor y los testigos juegan un papel esencial, pudiendo hacerse confesiones, declaraciones y careos. Una vez practicadas las pruebas, se proclama la decisión, levantándose en ocasiones un acta de lo acontecido, que contiene aquélla. Actas, que incluso se guardan y se pasan las autoridades unas a otras¹²⁴.

¹²³ Concluía la Corte en la misma sentencia T-349/96, en relación al castigo del “cepo”, que el actor consideraba un trato cruel e inhumano, que: “Sin embargo, se trata de una forma de pena corporal que hace parte de su tradición y que la misma comunidad considera valiosa por su alto grado intimidatorio y su corta duración. Además, a pesar de los rigores físicos que implica, la pena se aplica de manera que no se produce ningún daño en la integridad del condenado. Estas características de la sanción desvirtúan el que sea calificada de cruel o inhumana, ya que ni se trata de un castigo desproporcionado e inútil, ni se producen con él daños físicos o mentales de alguna gravedad”.

Asimismo, aunque es extensa, quisiera transcribir la argumentación de la Corte en la interesante sentencia T-523/97, en relación con el “fuate” (flagelación con “perrero de arriar ganado” en la parte inferior de la pierna): “La sanción del fuate, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado. Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria? La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Esta última es la que se entrará a analizar en relación con la práctica del fuate, dado que, según los jueces de tutela, es un comportamiento que encuadra dentro de la restricción mencionada.

La Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, aprobada por Colombia por la ley 78 del 15 de diciembre de 1986, define la tortura como: “(...) todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya omitido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquies-

Derecho Penal Indígena en Latinoamérica, cit., págs. 23-24).

¹²⁰ BORJA JIMÉNEZ, *Op. cit.*, pág. 35.

¹²¹ FERNÁNDEZ OSCO, *La ley del ayllu*, cit., págs. 109-110.

¹²² La ya citada sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

En cuanto a los recursos, hemos podido constatar que las resoluciones que se dictan son irrecurribles, salvo que vulneren un derecho fundamental, en cuyo caso se podría acudir a la corte constitucional correspondiente, pero en ningún supuesto ante los órganos estatales, ya que ello vulneraría la autonomía de la “jurisdicción” indígena. De todos modos, la Corte Constitucional de Colombia recoge un supuesto en que se dictó una segunda sentencia por la comunidad reunida en asamblea general, contra la que había dictado el

...
la ejecución de las decisiones indígenas las llevan adelante los propios indígenas a través de sus autoridades comunitarias, pudiendo utilizar la fuerza, si es necesario.

cabildo en “primera instancia”, si bien en realidad lo que ocurrió es que, según la costumbre de esa comunidad indígena, el cabildo no tenía competencia para resolver.¹²⁵ Por último, la ejecución de las decisiones indígenas las llevan adelante los propios indígenas a través de sus autoridades comunitarias, pudiendo utilizar la fuerza, si es necesario. No obstante, ésta no suele serlo, porque el infractor suele asumir la sanción para reincorporarse a la comunidad y ser aceptado por ésta y su familia. Sin embargo, existen

cencia. No se consideran torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”. La misma norma internacional establece, además, que esta noción de tortura debe entenderse sin perjuicio de instrumentos internacionales o legislaciones nacionales que contengan disposiciones de mayor alcance, como en efecto lo ha hecho la Constitución Nacional, que extiende la prohibición a los casos en que el torturador es un particular.

La prohibición de la tortura busca, por lo tanto, proteger el derecho a la integridad personal y la dignidad del individuo, que pueden ser violados por el uso arbitrario de la fuerza. Claro está, entendiendo que no todas las sanciones que producen sufrimientos alcanzan esta categoría. Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante.

Un ejemplo de estas decisiones lo constituye el caso “Tyrer”, en el que el Tribunal europeo estableció que la conducta de las autoridades de la Isla de Man (Inglaterra), al castigar a un joven por haber agredido a un compañero de escuela, a tres golpes “con una vara de abedul”, no constituían una práctica de tortura ni de pena inhumana, “porque los sufrimientos que ella provocaba no alcanzaban los niveles que contemplan esta nociones”: Sin embargo, la Corte consideró que se trataba de una pena degradante que humillaba al joven groseramente delante de otros individuos y ante sus propios ojos. Otro caso es el de “Irlanda contra el Reino Unido”, en el que esa Corte reiteró, que mientras las penas no produzcan “sufrimientos de una intensidad y crueldad particular”, no podrían considerarse como tortura”.

De acuerdo con lo anterior, es importante resaltar nuevamente los criterios de interpretación utilizados por el Tribunal Europeo, esto es, el del umbral de gravedad y el criterio de apreciación relativa, porque según los elementos que brinda el caso, una misma conducta puede ser tortura o pena inhumana y degradante en una situación, y no serlo en otra. Estos criterios, serán utilizados por esta Corporación para determinar si la pena corporal impuesta al actor constituye una práctica de tortura.

El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá

para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que «humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno», porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al «escarmiento» público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.

Nótese, además, como las circunstancias particulares del castigo analizado, exigen del intérprete una ponderación diferente a la que realizó el Tribunal europeo en relación con los azotes practicados en el caso “Tyrer” ya mencionado, pues el contexto de la pena y la modalidad de ejecución fueron diferentes: el condenado tenía quince años, mientras Francisco Gembuel es un hombre adulto; el lugar de la sanción, en términos de la Corte Europea “es una sociedad moderna, que goza de condiciones políticas, sociales y culturales altamente desarrolladas”, mientras que la sociedad páez, como comunidad aborígen aún conserva las tradiciones culturales de sus antepasados. Es decir, en el primer evento, los azotes eran vistos como un castigo que degrada al individuo, mientras en este caso, son concebidos como un medio que le ayuda a recobrar su espacio en la comunidad. En el caso estudiado por la Corte Europea, al menor se le obligó a bajarse el pantalón y la ropa interior, y agacharse debajo de una mesa, para recibir los azotes. En este evento, la sanción que se impuso a Francisco Gembuel deberá ser ejecutada en la pantorilla, estando el sujeto de pie y completamente vestido, factor que, incluso, mitiga el dolor”.

¹²⁴ Pueden encontrarse ejemplos de actas en: PEÑA JUMPA, A., *Justicia comunal en los Andes del Perú*, ed. Pontificia Universidad Católica de Perú, Perú, 1998, págs. 352 y ss.

¹²⁵ Según la Corte (sentencia T-349/96), “lo que se intentaba era subsanar las irregularidades que aquejaba el primer veredicto. En efecto, conforme a lo señalado arriba respecto del ordenamiento jurídico embera-chamí, el juzgamiento de las infracciones graves a las normas de la comunidad corresponde a la comunidad misma reunida. En estas reuniones es de vital importancia la presencia de los patrilinajes enfrentados, con el fin de que el fallo sea legítimo y no se desenlace una guerra entre familias. El juzgamiento por parte de las autoridades del cabildo, como lo se anotó, carece de legitimidad dentro de la tradición, por lo que resulta lógico que la comunidad hubiera decidido adelantar nuevamente el proceso de acuerdo con sus costumbres”.

penas cuya ejecución misma la exige, porque llevan insita la fuerza –piénsese, en las penas de latigazos o el cepo¹²⁶-. Al respecto es importante recordar la necesidad que tienen en ocasiones de que las autoridades estatales cooperen con las indígenas. Así, por ejemplo, reconociendo sus sentencias en todo el territorio nacional a efectos de poder modificar las inscripciones de los registros de la propiedad y civil, o recabando el auxilio de la policía nacional para llevar al territorio indígena a alguien condenado por esa “jurisdicción” y que había escapado, tratando de eludir la pena impuesta¹²⁷.

.....
¹²⁶Mucho más, si la pena a imponer es la de la muerte. Algo extraño, pero no totalmente desterrado de las prácticas de algunas comunidades, especialmente de las más aisladas –y cuya existencia está también más amenazada por la civilización-.

¹²⁷Vid. al respecto la sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional colombiana.