

Maestría en Derecho Penal.

Aplicación de la Justicia Penal Indígena en Sudamérica

Autor: **Marcelo Andrés Icaza Díaz.**

Tutor: **Dra. María Sofía Sagues.**

05/06/2013

INDICE

Introducción.....	1
1. Capítulo I (Definición y naturaleza del Derecho Penal Indígena).....	5
1.1 Definición de Derecho Indígena.....	5
1.2 Naturaleza de la Justicia Penal Indígena.....	7
1.3 Fuentes de la Justicia Penal Indígena.....	9
2. Capítulo II (Fenómeno Criminológico Indígena).....	15
2.1 Fenómeno criminológico indígena.....	15
2.2 La pena en la justicia indígena.....	25
3. Capítulo III (Derecho Penal Indígena en los países de América del Sur y en los Convenios Internacionales).....	36
3.1. Justicia Penal Indígena en la Legislación Ecuatoriana.....	36
3.2. Justicia Penal Indígena en la Legislación Comparada.....	38
3.3. Justicia Penal Indígena en los Tratados Internacionales	43
4. Capítulo IV (Problemática constitucional de la aplicación de la justicia penal Indígena)	46
4.1. Caso la Cocha.....	46
4.2. Privación ilegal de la libertad	51
4.3. Presunción de inocencia y derecho a la defensa por medio de un letrado en derecho.....	54
4.4. Juez Natural	55
4.5. No hay juicio sin acusación.....	57
4.6. Derecho a la segunda instancia y casación.....	59
4.7. “Non bis ibídem”	62
4.8. Juicio por jurados	63

4.9. Nullun crimen nulla pena sine lege.....	65
5. Capítulo V (Jurisprudencia caso Salta).....	67
5.1 Caso Comunidad Wichi.....	68
5.2 Voto mayoritario caso comunidad Wichi.....	69
5.3 Voto disidente caso comunidad Wichi.....	71
5.4 Regulación constitucional en Argentina de la Justicia Penal Indígena.....	74
5.5 La justicia indígena desde la óptica de la teoría del delito.....	76
6. Capítulo VI (Pluralidad jurídica y proyecto regional de Corte Penal Indígena.....)	80
6.1 Control constitucional de la justicia penal indígena.....	80
6.2 Pluralidad jurídica indígena y derecho supranacional.....	83
6.3 Proyecto de Corte Supranacional de Justicia Penal Indígena.....	86
7. Capítulo VII (Conclusiones y recomendaciones).....	90
7.1 Conclusiones.....	90
7.2 Recomendaciones.....	98
8. BIBLIOGRAFÍA	102

Aplicación de la Justicia Penal Indígena en Sudamérica.

INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado, donde los países de América del Sur, buscan unificar sus ordenamientos normativos, principalmente en la esfera del derecho penal y derecho procesal penal, con el fin de generar un pensamiento jurídico homogéneo, enfocados a que el factor común de los procesos penales sea el reconocimiento de garantías y derechos de las partes, que constituyen prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, y que lógicamente deben guardar armonía tanto con la Constitución así como los Tratados Internacionales sobre el tema, me resulta interesante encontrar dentro estas naciones ciertos grupos humanos minoritarios que no han respondido a las ideas jurídicas universales de globalización; y, por el contrario han buscado mantener un sistema de justicia penal basado en sus costumbres y sabiduría ancestral, como resulta ser el caso de la justicia penal que es aplicada a los miembros de una comunidad indígena.

Aún cuando constituye uno de los conflictos jurídicos latentes en Sudamérica, el derecho penal indígena es un tema que en las últimas décadas ha sido muy poco tomado en cuenta por los legisladores y por los juristas. A pesar de aquello, por ser considerado y definido como un derecho humano colectivo, ha tomado fuerza en los últimos años; e, incluso se ha vuelto protagonista en las Constituciones de los países de la región.- Para Silvina Ramírez el fenómeno relatado se debe a la siguiente reflexión:

“La diversidad cultural, a pesar de ser un tema que traspasa los Estados latinoamericanos desde su misma conformación, no ha merecido una reflexión teórica ni análisis hasta –prácticamente- las últimas dos décadas. Las razones de esta falta de interés o abandono deben buscarse en la suma de diferentes factores. En Argentina, los pueblos originarios son numéricamente inferiores, lo que contribuyó a que se negara sistemáticamente su existencia, y con ella lo que representa su reconocimiento para los diferentes pueblos. A ello pueden agregarse los procesos de exterminio a los que fueron sometidos”¹.

Actualmente, el derecho penal indígena toma importancia dentro del mundo jurídico, debido a la evolución de los derechos de cuarta generación o también llamados derechos colectivos; situación que ha provocado que las naciones sudamericanas que se encuentran conformadas por poblaciones indígenas, tomen en cuenta en sus debates legislativos, nuevas reformas constitucionales que normen la administración de justicia penal de los grupos indígenas.

Uno de los ejemplos de lo expuesto en el párrafo anterior es el caso de la República del Ecuador, país que a pesar de contar geográficamente con un territorio no muy extenso, se caracteriza por ser un Estado plurinacional y multiétnico, donde la variedad de culturas, costumbres y razas son una característica permanente de su día a día, hecho que ha conllevado a consecuencias singulares dentro del ámbito económico, político y particularmente el jurídico; aspecto que necesariamente fue considerado por el

¹ RAMIREZ, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>, tomado en la fecha 25/08/2012.

constituyente ecuatoriano al momento de redactar la última Constitución del Ecuador en el 2008, de tal forma que el primer artículo de la misma señala:

“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico(...)” (el subrayado me pertenece).

Bajo esta declaración constitucional, se reconoce que el Ecuador se encuentra conformado por una diversidad de nacionalidades y culturas, principalmente indígenas, cuyas costumbres son distintas a las de la sociedad blanca mestiza; y, por tanto es lógico deducir que los conflictos jurídicos penales no pueden ser reglados por el derecho ordinario, generando una necesidad jurídica y legislativa; cuya solución a la vista es la de crear una justicia paralela a la justicia ordinaria, situación que aún cuando es viable atentaría en contra del principio constitucional de unidad jurisdiccional², sin que eso signifique que el Estado deje de velar por los derechos y garantías de las partes de un proceso de justicia penal indígena.

En este trabajo en específico quiero referirme al trato de la justicia penal indígena - particularmente en los tratados internacionales sobre el tema, y el derecho comparado en los países de Sudamérica- que aún cuando ha sido olvidado por quienes están a la

² El Art.168 de la Constitución Ecuatoriana con relación al principio de unidad jurisdiccional establece lo siguiente: “La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 1. Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley. 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa económica y financiera. 3. En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución. 4. El acceso a la administración de justicia será gratuito. La ley establecerá el régimen de costas procesales. 5. En todas sus etapas los juicios y decisiones serán públicos salvo en los casos expresamente señalados en la Ley. 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo a los principios de concentración, contradicción y dispositivo”.

cabeza de las distintas reformas legislativas de los códigos procesales y penales, no deja de ser un fenómeno jurídico vigente en los países de América del Sur, convirtiéndose en un tema de debate en las mesas académicas y parlamentarias, en la búsqueda de encontrar un equilibrio que permita interactuar conjuntamente el derecho ordinario con la justicia penal indígena.

CAPITULO 1.

Definición de derecho indígena y naturaleza jurídica de la justicia penal indígena:

1.1 Definición de Derecho Indígena:

Antes de adentrarse al tema sobre el tratamiento y procedimiento legal que debería aplicarse ante la presencia de casos de justicia penal indígena, considero oportuno el encontrar una definición de derecho indígena que comprenda sus principales características; y, por tanto englobe la esencia de este derecho, que sin duda abarca lineamientos que lo diferencian del derecho ordinario o común.- La doctrina, principalmente el autor Herinaldy Gómez Valencia ha definido al derecho indígena de la siguiente forma:

“Derecho indígena es una denominación académica generalizada en la literatura antropológica latinoamericana desde la década de 1970 que se distancia de la acepción derecho primitivo, acuñada en la década de 1930 por la antropología clásica eurocentrista; mientras esta última concibió el derecho de sociedades no occidentales contemporáneas como un derecho distante del occidental, constituido al margen de las relaciones que dieron origen a los Estados nacionales, al derecho positivo y a la ley escrita, la acepción derecho indígena se ha ido modificando hasta concebirlo como un derecho ancestral transformado y dinámico producido en

el contexto histórico de las relaciones con la sociedad occidental y la formación de los Estados nacionales, como un derecho tridimensional constituido, conflictivamente, por el derecho propio, el nacional y el internacional”³.

Bajo esta exposición conceptual, se puede afirmar que la justicia penal indígena es una forma de administración de justicia independiente, y paralela a la del derecho ordinario, que se forja sin necesidad de derecho escrito o de un Estado que lo reconozca. Nace del seno de las comunidades indígenas, respetando la sabiduría ancestral, cuyos procedimientos y sanciones buscan restaurar la armonía o la paz de la comunidad.

La definición otorgada al derecho indígena abarca criterios no solo jurídicos, a su vez se conforma de aspectos antropológicos, sociológicos y criminológicos que lo convierten en un derecho concebido conforme a las necesidades que enfrenta la comunidad. Reflexión que permite concluir que el derecho indígena no es un derecho estático, está en constante renovación y transformación, es evolutivo, crea nuevas soluciones, asume experiencias e inclusive genera normas a través de su derecho consuetudinario, siempre que sean válidas para resolver sus conflictos.

Una vez que se ha dado una definición de derecho indígena, es válido recalcar que debido a su esencia jurídica, la esfera de aplicación debe ser limitada; es decir, por fundamentarse en el derecho consuetudinario solo puede ser aplicada a los conflictos que se derivan de las comunidades indígenas, y lógicamente que las partes involucradas sean miembros de dicha comunidad. En definitiva no se podría aplicar normas de

³ GOMEZ, Herinaldy, “Representaciones legales de la alteridad indígena”, Ed. Universidad del Cauca, Colombia, 2008, ps.208

justicia penal indígena a conflictos ajenos a la comunidad que lo invoca, a miembros de una comunidad ajena, o a personas que se rijan bajo el derecho ordinario.

1.2. Naturaleza jurídica de la justicia penal indígena.

A más de la definición de derecho indígena, es necesario encontrar la naturaleza jurídica de la justicia penal indígena; es decir, la esencia y fundamento jurídico de este derecho especial. LLasag Fernández de manera acertada y muy crítica señala:

“Los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, incluido el de administración de justicia indígena son derechos humanos, primero, porque les son reconocidos a las agrupaciones no en cuanto seres abstractos, sino por estar integrados por seres humanos, segundo, porque satisfacen su vocación a la vida social y son condición para que desarrollen sus capacidades y realicen su destino”⁴.

Por tanto, tomando en cuenta esta afirmación, la justicia penal indígena es una prerrogativa inherente a estos grupos de personas, a quienes se les garantiza una justicia acorde a su entorno y su forma de vida, no solo por la comunidad per se, sino porque una comunidad indígena está conformada por individuos, que son personas que gozan de derechos especiales por tratarse de un grupo vulnerable, y que deben ser considerados como derechos fundamentales a la hora de su tratamiento y aplicación; y, que como se verá a continuación de la presente investigación este derecho humano de los pueblos indígenas se encuentra desarrollado en una norma positiva en Tratados

⁴ LLASAG FERNANDEZ, Raúl, “Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar ,<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/530/1/RAA-02-Llasag-Derechos%20colectivos%20y%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia.pdf>, en la fecha 13/09/2012.

Internacionales ratificados por los países de Sudamérica, así como en las Constituciones Políticas de algunos países del sur del continente americano.

Al ser el derecho penal indígena considerado como un derecho humano, que gozan todos y cada uno de los miembros de una comunidad o pueblo indígena, significa que son de inmediata y directa aplicación para los operadores de justicia, entiéndase fiscales, jueces penales, tribunales penales, entre otros; quienes bajo ningún concepto o argumento pueden violentar este derecho propio de las colectividades indígenas, las cuales por su cosmovisión no han renunciado a sus costumbres ancestrales, y por tanto no se rigen por el derecho ordinario.

Otra corriente sostiene que la justicia penal indígena por su naturaleza jurídica más que un derecho humano se constituye en un derecho colectivo. Silvina Ramírez, considera que la justicia penal indígena nace como consecuencia de un derecho colectivo, donde la titularidad recae en las comunidades indígenas, las cuales conforman un grupo vulnerable, cuyo único objetivo es mantener su identidad y su derecho a la autodeterminación.

“las minorías -entendidas como aquellas cuyos miembros se ven como portadores de una identidad cultural distintiva, valiosa para ellos- entienden su cultura como un bien primario. Desde este punto de partida, el principio de no discriminación o de igualdad es insuficiente para amparar sus prácticas culturales. Se requiere del ejercicio de derechos

colectivos -que protegen la diversidad de valores- para desarrollar la autonomía individual, pilar que sostiene las concepciones liberales”⁵.

Derechos colectivos que dentro de su esencia jurídica buscan una discriminación positiva de las minorías indígenas, a fin de mantener un autogobierno, que bajo ningún concepto se debe confundir con una anarquía, por el contrario debe considerarse como una administración de justicia penal, basada en derecho consuetudinario ancestral. Por lo tanto, del nacimiento del derecho colectivo de administración de justicia penal indígena se deriva hacia los miembros de la misma para que estos de manera individualizada lo puedan ejercer.

Planteadas estas dos posturas concuerdo con el criterio de la autora Silvina Ramírez, ya que el derecho indígena nace en el seno de las comunidades, como un derecho común para los miembros de las mismas. Se forja por la vulnerabilidad del conjunto de los miembros de la comunidad; y, principalmente busca proteger la autodeterminación de los pueblos indígenas, siendo el ejercicio del derecho a la justicia penal indígena por parte de los comuneros una consecuencia del derecho colectivo.

1.3. Fuentes de la justicia penal indígena.

La justicia penal indígena emerge de las costumbres y la sabiduría ancestral; y, al igual que el derecho ordinario, ha ido evolucionando acorde a las necesidades de las comunidades indígenas, en busca de la paz y la armonía social.

⁵ RAMIREZ, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>, tomado en la fecha 12/06/2012.

Al nacer de la sabiduría de los grupos indígenas, la principal fuente del derecho penal indígena, tanto para el derecho sustantivo como para el derecho adjetivo es la costumbre, es decir aquellas prácticas que han sido aceptadas como derecho consuetudinario dentro de las comunidades indígenas.

El que la justicia penal indígena provenga de un derecho consuetudinario no escrito, ha generado conflicto en la convivencia entre la justicia penal ordinaria y la justicia penal indígena, debido a que estamos sujetos a un derecho penal y procesal penal ordinario donde prima la norma positiva; y, por tanto todos los derechos, garantías y mandatos debe provenir de una norma escrita.

Aún cuando se polemice el aspecto de que el derecho penal indígena encuentra su fundamento en la costumbre de los pueblos, es válido recalcar que a diferencia del derecho escrito la costumbre es más dinámica y se moldea acorde a las necesidades colectivas. Para el jurista ecuatoriano Julio César Trujillo

“un prejuicio muy extendido es el tener al Derecho consuetudinario como un Derecho anquilosado ya sea porque se tiene por Derecho consuetudinario al que rigió en el pasado y que para que tenga vigencia en el presente es necesario restablecer prácticas y comportamientos arcaicos, o ya sea porque se le niega la posibilidad de actualizarse con los cambios que ocurren en la comunidad tanto por su dinámica interna cuanto por la influencia de factores externos que le proporciona nuevas formas de

actuar ante cuestiones ancestrales o ante situaciones actuales no vividas en el pasado”⁶.

Planteada esta postura el derecho consuetudinario se constituye en un derecho actual y dinámico, donde no necesariamente se requiere de una norma escrita para que un derecho sea eficaz dentro de una colectividad. Postura que comparto ya que al contrario de la costumbre, muchas veces la norma escrita se torna ineficiente en la sociedad, debido a que por las formas de promulgación, reforma o derogación, previstas en la Constitución y en la Ley, provocan que la eficacia de la norma escrita se convierta en pugnas políticas, sin que se resuelvan los conflictos sociales urgentes como son el caso del derecho penal.

Sin embargo, de la reflexión expuesta en el párrafo anterior, no deja de ser una realidad que el derecho consuetudinario ha perdido su valor como fuente del derecho ordinario – aspecto que no pasa en el Derecho Penal Internacional, donde la costumbre es una de sus principales fuentes-, a manera ejemplificativa el Código Civil ecuatoriano establece que *“la costumbre no constituye derecho sino en los casos que la ley se remita a ella”⁷*; a pesar de aquello dentro de la justicia penal indígena la costumbre jurídica es la única fuente reconocida, la misma que a se ha venido revalorizando con el pasar del tiempo, ya que a más de no tener el procedimiento de la Ley escrita, evoluciona con cada conflicto generado en la comunidad indígena.

⁶ TRUJILLO, Julio César, *“Administración de Justicia Indígena”*, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/540/1/RAA-02-TrujilloAdministraci%C3%B3n%20de%20justicia%20ind%C3%ADgena.pdf>, p. 4, tomado en la fecha 27/03/2012.

⁷ CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO, artículo 2.

El dinamismo de la justicia penal indígena, se fundamenta principalmente en la experiencia que la comunidad adquiere con relación a los conflictos resueltos, el devenir de las prácticas consuetudinarias se enfocan en eliminar todo aquello que no es un aporte positivo para la comunidad, tomando como punto de medición la armonía y paz social que es el fin último de la justicia penal indígena. Trujillo agrega:

“todas las comunidades de ahora y de siempre viven el devenir de Heráclito en el que la unidad brota de la diversidad, es decir la comunidad es la misma y quiere preservarse como tal, diferente de las otras comunidades y para ello se renueva constantemente mediante la eliminación de lo que no le sirve o le perjudica, sea porque le impide avanzar o sea porque le degrada, y/o mediante la adopción de nuevos elementos que nacen de su propia experiencia o de la experiencia de los otros con los que mantiene contactos, no forzosamente pacíficos; elementos todos que le permiten sobrevivir y avanzar sin dejar de ser ella misma”⁸.

El derecho consuetudinario constituye una fuente del derecho indígena debido a que nace de la comunidad y se destina hacia un control social. Fernando García argumenta *“los miembros de los pueblos indígenas no distinguen un ámbito específico de lo legal distinto al del conjunto de costumbres y normas de comportamiento de control social y cultural”⁹*; por tanto, por su cosmovisión no se rigen ante el positivismo de la norma como sucede en el derecho ordinario, por el contrario bastan aquellas costumbres que ayudan a restablecer la paz social de la comunidad, siendo de esta manera un derecho que no reconoce formalismos, y que busca la practicidad de sus mandatos.

⁸ TRUJILLO, Julio César, op cit.

⁹ GARCIA, Fernando, *“Formas indígenas de administrar justicia”*, Ed. FLACSO, Ecuador 2002, ps.13.

Es importante resaltar que el derecho penal indígena tiene su lenguaje propio, es una ciencia que regula la conducta del indígena dentro de su comunidad, por tanto es dinámica, evoluciona de acuerdo a las circunstancias colectivas, sin que requiera de norma escrita. El conflicto jurídico penal y constitucional que se genera dentro del derecho consuetudinario, que por su parte no lo tiene la norma es escrita, consiste en la tipificación del delito; el ilícito debe estar tipificado en una ley previa, escrita, estricta y cierta de acuerdo a la Constitución de los países de América del Sur y a los Tratados Internacionales vigentes. Desde el punto de vista jurídico resulta difícil aplicar dentro de un proceso penal, aquellas normas que emanan de la comunidad sin que se encuentren constitucional y legalmente instauradas; es decir, ocupando los métodos establecidos por la Constitución y la Ley. A pesar de aquello, dentro de la justicia penal indígena, este particular no constituye una regla sin la cual no se puede administrar justicia al momento que se consuma el ilícito, configurándose un conflicto que se le atribuye a una cuestión de cosmovisión cultural y pluralidad jurídica. Para Fernando García:

“la costumbre jurídica en los pueblos indígenas no constituye una esfera diferente o autónoma de la sociedad.- Por el contrario, lo jurídico se encuentra inmerso en la estructura social.- No existe un aparato administrativo específico no existen especialistas profesionales encargados de elaborar y aplicar el derecho”¹⁰.

Además para explicar este fenómeno jurídico de una manera más clara añade:

¹⁰ GARCIA, Fernando, op.cit. ps. 13.

“estas distinciones conducen a una cuestión central, que es la discusión de la que constituye lo legal o jurídico en una sociedad determinada.- Para el derecho positivo la respuesta es sencilla: es jurídico todo aquello que cae bajo el amparo de la ley.- En los estados modernos no hay prácticamente ningún ámbito de la actividad humana que no esté reglamentado – de alguna manera- por una ley, decreto o reglamento, y existen instancias de la administración pública, como son los tribunales de justicia, para determinar cuáles son los alcances y los límites de las leyes y sancionar sus violaciones”¹¹.

Claramente se puede evidenciar que se trata de una cultura jurídica distinta al derecho ordinario o común, la forma de normarse o fuente del derecho penal indígena no guarda relación con los principios normativos que norman un proceso penal; por tanto resulta evidente que es una forma paralela de justicia.

Dentro del planteamiento de este problema jurídico intrínsecamente de este título que consiste en la fuente del derecho penal indígena, y los principales conflictos que se puede encontrar con relación al derecho penal ordinario; como ya se ha mencionado anteriormente, más allá de ser una disputa entre los dos sistemas, es una cuestión de pluralidad jurídica, donde es necesario advertir que el derecho penal indígena al ser reconocido por las Constituciones de los Estados de la región y Tratados Internacionales debe ser aceptado como un derecho paralelo al derecho penal ordinario, y a su vez se debe otorgar un marco de garantías y derechos alrededor de los cuales se debe desarrollar con el fin de que la justicia penal indígena funcione de manera paralela e

¹¹ GARCIA, Fernando, op.Cit.ps. 13.

independiente a la justicia común, alimentándose mutuamente de aquellos aspectos que permitan enriquecer la cultura penal jurídica de estos dos sistemas.

CAPITULO 2.

El fenómeno criminológico y la teoría de la pena indígena.

2.1 Fenómeno criminológico indígena.

La cuestión criminológica indígena o fenómeno criminológico indígena como lo he catalogado, ha sido objeto de discusión por algunas décadas debido a que nos encontramos ante dos posturas divididas: por un lado están las teorías criminológicas que consideran que el indígena debe ser inimputable por ser inmaduro psicológicamente e inferior al resto de la sociedad; y, por otro lado las posturas que enfocan el factor criminológico indígena desde el punto de vista de la pluralidad y diversidad cultural. Este último criterio más evolucionado nos lleva obligatoriamente a definir una cosmovisión completamente distinta del derecho penal.

En una primera postura el autor Baraona Becerra en su obra sobre la cuestión criminal indígena explica que: *“la solución se inclinaba a declarar al indígena como*

inimputable”¹², situación que a mi criterio iba a generar una serie de conflictos debido a que podía provocar la impunidad de los delitos cometidos por los indígenas. Voy a tomar el ejemplo de Colombia, donde el legislador desde principios de 1980 vio la necesidad de regular de manera especial las conductas delictivas de los indígenas, quienes por ser considerados diferentes debían ser juzgados de manera distinta que el resto de la población:

*“el anteproyecto de 1974 sostenía la inimputabilidad del indígena en una norma penal especial, independientemente de las categorías de trastorno mental e inmadurez psicológica, pero limitando esta calificación del sujeto a las circunstancias particulares del caso.- El proyecto de 1976, en cambio, estableció una presunción general: todos los indígenas no integrados a la colectividad debían ser considerados como inimputables”*¹³.

Reflexiones que a pesar de ser bien intencionadas, a mi criterio no encontraban una solución concreta, debido a que el Estado no puede promover la inimputabilidad de un ciudadano basado exclusivamente en la inmadurez psicológica por el entorno social en el cual se desarrolló, sin que exista un estudio antropológico sobre los factores culturales que lo asechan.

La inimputabilidad de una persona está desarrollada por la culpabilidad dentro de la teoría del delito; y, recae sobre aquellas personas que no han podido comprender la criminalidad de su acto. Beatriz Kalinsky advierte *“Las causas de inimputabilidad están*

¹² BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, *“Teratologización y Penalización: los fundamentos ideológicos de respresnetación del indígena en la sociedad y justicia colombiana”*, editado y copilado por Herinaldy Gómez Cristobal Gnecco, (representaciones legales de la alteridad indígena), , Ed. Universidad del Cauca, Colombia 2008, ps.107

¹³ BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, Op. cit. Ps. 108

previstas en caso de que, entre cosas, la persona no sea “normal” pues, como se nos dijera en más de una oportunidad, se legisla para gente en sus cabales”¹⁴. El indígena por el solo hecho de ser indígena no deja de ser una persona normal y en sus cabales, simplemente tiene una cosmovisión distinta, la misma que al momento de ser juzgado necesariamente tiene que ser tomada en cuenta como parte de su criminología, la cual va más allá de una imputabilidad mal concebida, y que rasga en factores culturales, antropológicos y sociales.

En el tema que compete al presente título es necesario exponer los criterios de la escuela positivista de la criminología, ya que las teorías sobre la inimputabilidad dentro del fenómeno criminológico indígena a mi forma de entender son un rezago de ésta corriente de pensamiento. En la escuela positivista en oposición a la escuela clásica, que se preocupó de estudiar y analizar principalmente las causas y los efectos del delito; se enfocaron en analizar al autor de los ilícitos, es decir en otras palabras desarrollaron un derecho penal de autor y no de acto. Por medio de un estudio de la persona “delincuente” buscaron encontrar las posibles causas que justifiquen su accionar injusto. Adicionalmente, esta escuela negó completamente el libre albedrío de los individuos para escoger conductas lícitas o ilícitas, basándose en que el delincuente ya estaba sentenciado como tal por factores sociológicos antropológicos y psicológicos.

Esta postura comparada con la inimputabilidad del indígena guarda similitudes. Históricamente desde el tiempo de la colonización de América, se le catalogó al indígena de manera arbitraria hasta absurda como un ser inferior al europeo o blanco; e incluso acorde a lo expuesto, se lo debía considerar inimputable por causa de su

¹⁴ KALINSKY, Beatriz, “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, BAIGÚN David (Dir), “Pena y Estado, Justicia Criminal en las comunidades indígenas”, Editores del puerto, Buenos Aires 1999, pág. 33.

inmadurez psicológica. Para poder realizar una breve analogía entre lo sostenido por la escuela positivista y el factor criminológico mal concebido del indígena procedo a citar al autor Cesare Lombroso, quien sobre la naturaleza del delincuente previo haber analizado su cráneo, lo describió en las siguientes palabras:

“... un ser atávico que reproduce en su persona los instintos feroces de la humanidad primitiva y los animales inferiores. Las manifestaciones eran las mandíbulas enormes, los pómulos altos, los arcos superciliares prominentes, las líneas aisladas de la palma de la mano, el tamaño excesivo de las órbitas, las orejas en forma de asa que se encuentran en criminales, salvajes y monos, la insensibilidad al dolor, la visión extremadamente aguda, tatuajes, indolencia excesiva, afición a las orgías, y la búsqueda irresistible del mal por el mal mismo, el deseo de no solo quitar la vida a la víctima, sino también de mutilar el cadáver, rasgar la carne y beber la sangre”¹⁵;

Definición que de acuerdo a la teoría de la inimputabilidad indígena reflejaba aspectos similares a lo que se vive dentro de las comunidades indígenas. Se confunde las costumbres ancestrales con una forma primitiva de vivir; además de ello se suma los cordones de pobreza e incluso miseria en las que se ven inmersas estas poblaciones. Todos estos factores provocan una falta de educación que más allá de ser un problema social, es una forma aceptada de sobrevivencia por parte de los indígenas; donde las costumbres que emanan del derecho consuetudinario de los pueblos tienen un concepto distinto sobre la familia, educación, dinero, trabajo, entre otros aspectos. Se han rescatado otros valores que alimentan a la propia población generando una cosmovisión

¹⁵ TAYLOR, Ian – WALTON, Paul – YOUNG, Jock: “La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada”, Amorrortu, Buenos Aires, 1977, p. 59.

distinta de vida, sin que los actos ilícitos que son costumbres aceptadas en los pueblos indígenas sean producto de la inmadurez psicológica.

Continuando con la similitud de la inimputabilidad del indígena invocando su inmadurez psicológica con relación a la escuela positivista, es oportuno citar a Garófalo quien va un poco más allá porque estudia al delincuente dentro de su plano psicológico, ahondó sobre la teoría de que el delito es una infracción hacia los sentimientos colectivos de una sociedad, y que los mismos debían ser reivindicados con la pena. En lo concerniente a su estudio sobre las características del delincuente existe mucha similitud con la postura de inferioridad del indígena con relación al resto, debido a que el delincuente no era un enfermo mental como lo veía Lombroso sino que su falencia era psíquica y moral, la misma que consistía en variaciones psíquicas a causa de las transmisiones hereditarias por parte de padres a hijos de razas inferiores con relación a las civilizaciones modernas; a estas colectividades las llamaba tribus degenerativas ya que consideraba que se iba en contra de la razón moderna que era el pilar de las sociedades modernas, infundiendo el temor hacía el resto por la peligrosidad que representaban estos individuos por ser de razas inferiores, poniendo en peligro la integridad de los valores colectivos¹⁶.

A simple vista es una teoría que se adapta a la corriente de inimputabilidad del indígena por inmadurez psicológica. Lamentablemente en la región el indígena siempre fue tratado como un ser inferior, la principal razón se debe al sometimiento que fue objeto desde que los europeos llegaron al continente, sus pueblos han sido considerados como tribus incivilizadas ajenas a la modernidad, que incluso representaban un peligro para la

¹⁶ TERAN LOMAS, Roberto A.: “Derecho penal ”, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1980, T1, p. 84.

sociedad por lo que se fomentó la eliminación de la raza indígena principalmente en el sur del continente, sin considerar o respetar la diversidad cultural existente.

Por otro lado como antítesis a la teoría de la inimputabilidad indígena, existe la postura que defiende el tratamiento criminal del indígena acorde a la cosmovisión de sus pueblos y comunidades, las cuales negándose a la colonización –situación admirable desde todo punto de vista- han optado por continuar sus prácticas ancestrales, no como una forma de generar anarquía, por el contrario identificándose como poblaciones originarias regidas por el derecho natural. Ya lo dice Sánchez Botero:

“la aplicación de la justicia propia implica una lucha, una disputa por un equilibrio de poder, por la posibilidad de fortalecer y legitimar sus principios y procedimientos haciéndolos creíbles porque son eficaces. La legitimidad de las formas institucionales y los modos de racionalidad se reconocen y se valoran, en ese contexto, en el entendimiento de que promueven y fortalecen la etnicidad y la cultura, es decir, de que tienen capacidad interna de dar salida a sus problemas y de que constituyen el capital simbólico que puede hacerlo bajo su propio sistema de derecho”¹⁷.

La idiosincrasia indígena no necesita de norma escrita o de derecho positivo que regule sus relaciones jurídicas y extrajurídicas incluso las que competen al derecho penal, porque su derecho es un derecho natural que abarca cuestiones religiosas étnicas y culturales que hace eficaz su derecho de autodeterminación, y que le constituye como

¹⁷ SANCHEZ BOTERO, Esther, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y los Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares”, HUBER, Rudolf (Dir), “Hacia sistemas jurídicos plurales”, editorial Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá 2008, pág. 147.

una justicia paralela a la justicia común debido a que es una cosmovisión distinta a los demás.

Las poblaciones indígenas que han mantenido su *modus vivendi*, no han renunciado a sus prácticas ancestrales, se rigen bajo el derecho propio e incluso no han necesitado de un Estado que les reconozca. Silvina Ramírez considera que la redacción del artículo 75 de la Constitución de la República Argentina¹⁸ sobre los pueblos indígenas, es una manera de reconocer poblaciones preexistentes, y simplemente se define una pluriculturalidad y pluralismo jurídico que obligatoriamente debe ser considerado en el actuar penal del indígena,

*“Este artículo al reconocer la preexistencia de los pueblos indígenas con nuestro territorio, se convierte en el punto de partida para la protección del resto de los derechos. Los derechos de los pueblos indígenas no constituyen una “concesión” otorgada por el Estado, sino que se conforman con antelación a la construcción de los Estados modernos, tal como los conocemos, lo que permite también reconsiderar el perfil que debe asumir un Estado intercultural, que “tome en serio” los derechos de los pueblos originarios”*¹⁹.

¹⁸ El art. 75 de la Constitución Argentina en lo que compete a los pueblos indígenas establece el siguiente texto: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intelectual; reconocer la personería jurídica de sus comunidades; y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

¹⁹ RAMÍREZ, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, GARGARELA Roberto, “Teoría y crítica del Derecho Constitucional”, editorial Abeledo Perrot, tomo II, Buenos Aires, 2009, Pág. 914.

Esta afirmación apunta hacia una arista sobre la cual se ratifica lo previsto en los Tratados Internacionales y en las Constituciones que aceptan el derecho indígena en la región, la misma que consiste en que un pluralismo jurídico donde la justicia penal indígena existe sin la necesidad del reconocimiento por parte de un Estado, o de una norma positiva dentro de un ordenamiento jurídico vigente, y por tanto debe ser respetada y aplicada por la justicia ordinaria en los casos que ameriten.

El problema criminológico indígena ha evolucionado con relación a las corrientes que catalogan al indígena como inferior al resto; las respuestas a las inquietudes que permitan entender la criminalidad del indígena se basa en una aceptación de la pluralidad jurídica y pluriculturalidad que gozan los países de América Latina.

A pesar de aquello, el derecho penal de manera equivocada junta a todas las civilizaciones en una sola norma sin importar su etnia o cultura; para Beatriz Kalinsky:

“El derecho penal resume las creencias del “hombre medio”. Pero ¿quién es él? Cualquiera de nosotros que encarna los valores que hacen posible la vida en sociedad. El contenido de esos valores es contingente. Es el “molde” lo que interesa para evaluar el por qué se aviene o no a lo que se espera de él. Al “hombre medio” solo le interesa conocer si hubo o no delito, y en caso de que hubiera, si pudo comprender o no la criminalidad del hecho”²⁰.

Bajo esta reflexión se presupone que el derecho penal no consideraría la existencia de diversidad ni pluralidad cultural de las comunidades indígenas por el contrario, erróneamente se da por hecho de que la cosmovisión de los pueblos indígenas es similar

²⁰ KALINSKY, Beatriz, “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, op. Cit. , pág. 33.

o semejante con relación a la del resto de la sociedad. Tampoco se consideran factores sociológicos, culturales y antropológicos que puedan incidir criminológicamente en los pueblos originarios. Adicionalmente la autora citada realiza la siguiente crítica:

“Pero, ¿es acaso la “creencia del hombre medio” una metáfora que expresa sólo los intereses de quienes han podido efectivamente formar parte de un ficticio “contrato social”? ¿Una universalización de lo que es crudamente sectorial? ¿una ficción que da por descontado que las diferencias nunca se transforman en desigualdades? ¿Son acaso los bienes jurídicos protegidos por la ley sólo aquellos que están en el podio de un sistema social que usa la regla de exclusión para los que no se conjugan con él?”²¹.

Planteando interrogantes acertadas a mí criterio ya que las respuestas a las mismas están enfocadas hacia una concepción de aceptar la diversidad existente en los pueblos indígenas. No se puede universalizar el derecho penal a todos los individuos sin que cuenten las diferencias marcadas que son latentes al momento de adentrarse a una cultura indígena. Asimismo, no podemos aludir cuestiones de inferioridad del indígena con relación al resto porque esto sería simplemente involucionar en los estudios criminológicos a las culturas indígenas, e incurrir en un error conceptual basado en las no similitudes del sistema con relación a las poblaciones originarias.

Silvina Ramírez por su parte puntualiza un poco más el conflicto de la criminología indígena, la tratadista considera que en el derecho penal se puede observar con mayor exactitud el problema de la diversidad cultural con relación al derecho común, situación

²¹ KALINSKY, Beatriz, “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, op. Cit., pág. 34.

que emerge debido a que el Estado ejerce su mayor poder punitivo en contra de sus soberanos en el derecho penal, y lo explica de la siguiente forma:

“Tal vez sea dentro del ámbito del sistema penal, las diferencias y los conflictos se presentan más nítidamente. No sólo porque el derecho penal se encuentra fuertemente influenciado por determinadas valoraciones sociales (que al tratarse de cosmovisiones diferentes, son estas valoraciones las que agudizan dichas diferencias), sino porque es uno de los ámbitos más sensibles del ordenamiento jurídico, en donde la verdadera fuerza del Estado se hace ostensible, al considerarse que existe legitimidad para que infrinja una pena como consecuencia de una norma que lo disponga”²².

El derecho penal concebido como un derecho *erga omnes*, donde todos son iguales, no tendría objeto en poblaciones indígenas ya que muchos de sus miembros podrían ser juzgados y penados por un acto que constituye una costumbre aceptada dentro de la población indígena. Adicionalmente, si la pena busca reivindicar a la sociedad frente a una agresión a los sentimientos colectivos tenemos que realizarnos la siguiente pregunta ¿ante qué sentimientos colectivos agredidos nos encontramos?, principalmente porque el indígena responde a otro tipo de cosmovisión completamente distinta a la de la sociedad común; por tanto, bajo el derecho penal puede verse como que hay sentimientos ofendidos por el injusto perpetrado por un indígena, sin que en realidad el indígena haya resquebrajado algún sentimiento de la sociedad y la pena no tenga sentido.

²² RAMIREZ, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>, tomado en la fecha 20/11/2012.

Concluyo esta problemática aduciendo que la salida al tratamiento criminológico indígena radica en el aceptar una pluralidad jurídica y una diversidad cultural distinta de las poblaciones indígenas con relación al resto de las sociedades modernas. Además de aquello, resulta necesario el instaurar una discriminación positiva que acepte que penalmente hablando, por los factores ya mencionados anteriormente, los pueblos indígenas no son homogéneos con relación a la sociedad común. Finalizó citando a la autora Esther Sánchez Botero quien respecto a esta postura sostiene lo siguiente:

“las personas distintas y como tales, requieren un trato discriminatorio positivo, puesto que el reconocimiento de la igualdad formal debe trascender al de la igualdad real.- Uno de los derechos reconocidos por su calidad de distintos es el derecho a la “autodisposición”.- Implica que el grupo, pueda organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y deseos.- Este incluye por lo tanto, el derecho del pueblo indígena a regirse por sus propias normas, a lo que a su vez incluye la posibilidad de crear y aplicarlas”²³.

La solución criminológica no está en la inimputabilidad de los indígenas por aspectos de inmadurez psicológica o de inferioridad, sino por el contrario una salida viable al conflicto consiste en que el Estado cree una justicia paralela donde los indígenas sean juzgados por sus pares, aplicando las normas emanadas por su derecho propio; que se reducen a las normas consuetudinarias de sus poblaciones, siempre y cuando estén enmarcadas en el respeto a la Constitución, la Ley y los derechos de los indígenas entre los cuales predomine el derecho a la autodeterminación. Esto, con el objeto de que

²³ SANCHEZ BOTERO, Esther, “Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI”, Ed. Argudo Hermanos, Quito-Ecuador 2000, ps.62

dentro del campo criminológico se pueda diferenciar lo que constituye un ilícito de una costumbre practicada por la comunidad indígena, aceptando una diversidad cultural y una diversidad jurídica.

2.2 La pena en la justicia penal indígena.

Por otro lado me parece importante analizar un tema trascendental que le compete a la criminología, principalmente porque consiste en el fundamento de la pena que los pueblos indígenas han desarrollado para los casos en que existan resoluciones condenatorias dictadas por los miembros de su comunidad. Se han criticado a las sanciones de no ser típicas, y a más de ello de ser crueles, inhumanas, e incluso atentatorias a la dignidad de la persona por tratarse de sanciones consistentes en flagelaciones, latigazos, limpiar el cuerpo con ortiga, caminar descalzo sobre las piedras, entre otros, prácticas criticadas y repudiadas por el Derecho Penal. Para Carlos Poveda Moreno:

“Los castigos comunitarios, como la flagelación, el uso del azote, el baño en agua fría, la ortiga, la caminata entre piedras dentro de una plaza pública, a veces el uso de insectos o plantas en el cuerpo humano, el fuste, genera en la mayor parte de la población mestiza un rechazo a la sanción comunitaria. El argumento más común es que estos castigos, prima facie, son incompatibles con algunos Derechos Humanos. Se puede considerar, por ejemplo, que la flagelación es un acto cruel e inhumano y que el azote es una forma de tortura. De este modo, incluso se ha calificado a los castigos

indígenas como la manifestación de una justicia incivilizada, cruel y deshumanizante”²⁴;

Problemática importante ya que si las penas son catalogadas como inhumanas, y hasta incivilizadas, entonces constituyen un conflicto que debe ser solucionado dentro del sistema criminal. Partamos de que los medios utilizados podrían constituir figuras delictivas que encontramos tipificadas en el código penal; y, que por tanto serían castigos ilícitos basados en el injusto de la pena. Sin embargo a su vez, hay que considerar que esta forma de penas responde a la cosmovisión indígena, fundada en teorías que involucran una diversidad cultural diferente a la del derecho común como se lo analizó en el numeral anterior.

La pena indígena no busca un objetivo diferente a la teoría de la pena del derecho penal ordinario, ya que las comunidades indígenas al aplicar estas sanciones tienen el propósito de reinsertar al condenado a la población por medio de la purificación de su alma y su cuerpo, además de la armonización y la revalorización de los sentimientos colectivos de los pueblos indígenas que se pudieron ver afectados con la perpetración del ilícito. Aspecto que tiene incluso una connotación mayor, ya que el indígena no considera que las penas privativas de la libertad sean la mejor forma de sanear el ilícito frente a la sociedad, y tampoco constituye una manera aceptada de reinsertarle a la comunidad.

²⁴ POVEDA MORENO, Carlos, “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar ,<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1425>, en la fecha 28/11/2012.

El castigo o sanción en los pueblos indígenas a primera vista no se ajustaría a la teoría de la pena prevista en el derecho penal, ya que la doctrina aduce que no se busca el castigar por castigar, el infligir algún dolor que revista la venganza del poder punitivo del Estado o del titular de la vendetta pública. En la actualidad, particularmente Emilie Durkheim sobre la pena afirma lo siguiente:

“Pero hoy día, dicen, la pena ha cambiado de naturaleza; la sociedad ya no castiga por vengarse sino para defenderse. El dolor que inflige no es entre sus manos más que un instrumento metódico de protección. Castiga, no porque el castigo le ofrezca por sí mismo alguna satisfacción, sino a fin de que el temor de la pena paralice las malas voluntades No es ya la cólera, sino la previsión reflexiva, la que determina la represión”²⁵.

Bajo esta postura doctrinaria, el tinte de la pena es netamente utilitarista, la misma que está enfocada en la prevención general más que en una prevención especial, debido a que no recae específicamente sobre quien comete el delito sino que por el contrario es útil para la generalidad, para todos los individuos para que se abstengan de cometer ilícitos con esta medida ejemplificativa si cabe el término.

Por otro lado, es válido realizarse la siguiente pregunta ¿en realidad la pena está cumpliendo con los objetivos propuestos o por el contrario la pena dentro de las comunidades indígenas ha sido más eficaz? esta no deja de ser una duda interesante ya que si comparamos los dos sistemas, la pena del derecho penal cada vez goza de menor

²⁵ DURKHEIM, Emilie, “División del Trabajo Social”, Editorial Planeta, Barcelona 1994, pág.66

credibilidad ante el individuo y ante la sociedad; y, por el contrario las penas de las comunidades indígenas, consistentes en limpiar el alma y el cuerpo del infractor, a más de sanear los sentimientos colectivos de la sociedad cada vez se tornan más eficaces en su finalidad. Las poblaciones indígenas día a día manejan una mayor identidad sin que esto signifique la anarquía dentro de las naciones, han logrado encontrar la verdadera utilidad de la pena por medio de sus prácticas ancestrales que emanan del derecho consuetudinario y que son aceptadas por todos los miembros de la población indígena.

A manera de corolario a mi forma de pensar es necesario añadirle un factor adicional que de manera lamentable ocurre al momento de aplicar una pena en el derecho penal común. Hoy en día el delincuente que es privado de la libertad y enviado a una cárcel, además de ser un “ejemplo a no seguir” por parte de los ciudadanos de una sociedad, resulta ser una forma muy fácil del Estado de librarse del delincuente, y que la sociedad tenga la tranquilidad de que el infractor ha sido neutralizado sin que se logre que la pena cumpla una función de rehabilitación o de reinserción del preso a la colectividad, discriminándolo e incluso limitándole el ejercicio de muchos derechos sin razón alguna. Kalinsky reafirma esta reflexión de la siguiente manera:

“La idea de un resarcimiento, de un pago exigido a quien no ha hecho las cosas “correctamente” tiene un profundo arraigo social. El “malviviente”, el peligroso delincuente”, el “asesino”, el ladrón” deben ser objeto de castigos ejemplares para disuadir de cometer actos ofensivos a los valores apreciados por nuestra sociedad. Por el contrario, parece ser la mejor

manera de poner fuera de circulación a quienes no son queridos para vivir dentro de las normas que deberían respetarse”²⁶.

El ponerle fuera de circulación al infractor no es la mejor manera de solucionar el conflicto criminológico de una sociedad, por el contrario genera mayor resentimiento por parte del infractor, y la sociedad obtiene un respiro momentáneo. El individuo, al momento de cumplir la pena a diferencia del derecho indígena no limpia su interior, ni mucho menos se reconcilia con los sentimientos colectivos que pudo haber vulnerado con su actuar injusto; convirtiéndose en un círculo vicioso donde el único perjudicado es la sociedad en general.

Dentro de la teoría de la pena indígena no se contempla el sufrimiento o la denigración de la persona como un método de remediar el daño causado por el cometimiento de un ilícito, sino que por el contrario busca que el miembro de la comunidad comprenda y repruebe su actuar por medio de procedimientos ancestrales, aceptados por toda la comunidad y que son justos para cada delito. Poveda a su vez al respecto agrega;

“No conviene criminalizar a las personas a través del conflicto penal. Quienes hemos ejercido la judicatura conocemos que mientras más contienda generemos a través del uso de la justicia penal, menos armonía en la comunidad logramos. Se debe utilizar medios reparatorios que devuelvan tranquilidad y armonía al interior de una comunidad. Me parece que con estos principios podemos dar respuesta, en términos genéricos, a la comprensión del Derecho indígena, y

²⁶KALINSKY, Beatriz “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”.., op. Cit. Pág. 34.

queda pendiente el aprender de su sistema, que curiosamente se puede vislumbrar en las etnias europeas, asiáticas o latinoamericanas: diálogo, consejo, reparación, educación, resocialización, armonía, equilibrio y paz interna”²⁷.

Tal como se mencionó, las sanciones privativas de libertad no siempre cumplen el objetivo de reinserción social del condenado; y, por el contrario han generado una suerte de resentimiento social porque las cárceles están siendo olvidadas por los gobiernos de turno, convirtiéndolas en lugares de hacinamiento donde el trato a los condenados se aleja a los derechos fundamentales de la persona. Así se debería replantear la utilidad de la pena con sistemas educativos, armónicos que generen paz y no conflicto como acertadamente realiza la justicia indígena.

Al razonamiento expuesto en el párrafo anterior se le debe sumar el hecho de que a diferencia del derecho penal ordinario o común, en donde las penas por la consumación de un delito consisten principalmente en la privación de la libertad de acuerdo a la gravedad del injusto, en la justicia penal indígena la pena de privación de libertad no tiene sentido. En la actualidad existen precedentes donde la justicia común ha utilizado factores antropológicos del derecho indígena. En el mismo sentido, el jurista Ramiro Ávila afirma:

²⁷ POVEDA MORENO, Carlos, “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1425>, en la fecha 26/11/2012.

“La privación de la libertad es una pena sin sentido porque rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso (Padilla 2008: 172). Sin embargo, esta pena existe, es corta (no dura más de siete días) y es realmente excepcional (Brandt y Valdivia 2006: 147). En un caso conocido por la Corte Constitucional de Colombia, en el que la comunidad impuso una pena de privación de libertad de 8 años, y luego la revisó e impuso la pena de 20 años. En base a estudios antropológicos, la Corte constató el hecho de que "en la cárcel... no se ve a la familia y se fuma marihuana, bazuco, se aprende de homosexual, se aprende fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de cárcel no corrige, antes daña..." (Corte Constitucional 1996) y se estableció que la comunidad había impuesto una sanción ajena a sus normas ancestrales, que preveía, para hechos similares, 3 años de trabajos comunitarios y tiempos cortos de cepo”²⁸.

Este, es un caso ejemplificativo ya que la Corte Constitucional de Colombia rectificó un fallo de una comunidad indígena basándose en aspectos propios de la pena de estas poblaciones, donde el trabajo comunitario es más valioso que el encerrar a un miembro de su grupo y que sea influenciado de manera negativa por la maldad que pueda encontrar en la cárcel.

²⁸ AVILA SANTAMARIA, Ramiro, “La Justicia Penal en la democracia constitucional de derechos” Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar ,<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1090/1/CON-003-%C3%81vila%2c%20R-La%20in-justicia%20penal%20en%20la%20democracia.pdf>, tomado en la fecha 14/11/2012.

Finalmente la pena privativa de la libertad que se cumple en las cárceles va en contra de los valores culturales del indígena; a manera de ejemplo, la República del Ecuador ha el elevado a norma constitucional los principios de la sana convivencia indígena resumidos de la siguiente forma: “*Ama Killa, no ser ocioso; Ama shua, no robar; y Ama llulla, no mentir*”²⁹. Por tanto, para el indígena el estar privado de la libertad no ayuda al individuo ni a la sociedad debido a que fomenta la ociosidad o desocupación, lo que genera a su vez perder un miembro de la comunidad. De la misma manera, considera que aquel no se rehabilite sino que por el contrario caiga en prácticas no aceptadas como son el robo, el tráfico de estupefacientes , entre otros; provocando el razonamiento y reflexionar sobre el sentido de la pena en el derecho indígena, convirtiéndose en más eficaces que las penas del derecho común.

La diferencia de las comunidades indígenas con relación al resto de la sociedad radica en la cosmovisión distinta que existe entre ambas, aspecto que necesariamente nos lleva aceptar una diversidad cultural diferente a la nuestra y un pluralismo jurídico que más allá de ser una forma independiente de administración de justicia debe ser un modelo a seguir en aquellas prácticas de aplicación de la pena, donde la utilidad de la pena se la vislumbra tanto desde una prevención especial es decir recae específicamente sobre el infractor, así como una prevención general donde la pena también ayuda a la sociedad para que se abstenga de cometer ilícitos.

Para la concepción indígena, las penas que nacen de dichas comunidades indígenas no son ni representan métodos crueles, inhumanos o atentatorios a los derechos humanos ; pues ellos consideran más cruel el encerrar a una persona por un tiempo largo

²⁹ CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, artículo 86, numeral 2.

olvidándose para siempre de él. Sus penas no buscan el castigar por castigar, buscan reinsertar al infractor a la comunidad por medio de la purificación de su alma y su cuerpo, ya sea por medio de la ortiga, el agua fría, etc. La idea fundamental es no perderlo como miembro activo de la misma, y más bien lograr una reivindicación del sentimiento colectivo mediante una sanción que comprenda el trabajo para una comunidad la cual sea fiscalizada por los propios miembros de la población.

Es notorio que la pena dentro del derecho indígena abarca conflictos directos en lo que se refiere a que su aplicación, ya que no guardaría coherencia con los derechos humanos. Sin embargo, hay que enfatizar y tolerar jurídicamente diversas cosmovisiones donde los objetivos de la pena son los mismos que los del derecho penal común, e incluso tiene un tinte más eficaz en lo que concierne a la utilidad de la misma.

La justicia penal indígena es un método alternativo de solución de conflictos reconocido tanto por las normas del derecho interno de los países de la región, así como por los tratados internacionales sobre el tema. En la práctica no se ha podido armonizar completamente el derecho penal común con el derecho penal indígena; sin embargo, de aquello es importante recalcar que con relación a la pena se ha querido unificar criterios, y con el fin de que un miembro de una comunidad indígena no sea penado dos veces por un mismo hecho. El criterio consiste en que si la pena aplicada por el derecho indígena ha cumplido sus objetivos no se encuentra la razón de castigar nuevamente. Con relación a este particular Zaffaroni afirma:

“En el derecho nacional es necesario tener en cuenta que la Constitución prescribe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas

argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a un educación bilingüe e intercultural (art. 75 inc. 17). En función de esta disposición, cuando éstos hayan aplicado sanciones a ilícitos cometidos por sus miembros, el estado no puede imponer otra pena sin violar el principio de prohibición de la doble punición, por lo menos cuando la pena haya sido grave”³⁰.

Considero que se debería analizar además de la gravedad de la pena, si la misma ha cumplido los objetivos de purificación, arrepentimiento del individuo y armonización de la sociedad, a fin de que el indígena no sea penado por segunda vez por el derecho penal común.

Adicionalmente de lo expuesto, no se puede dejar de aplaudir como las comunidades indígenas con la aplicación de la pena no buscan la tortura o el castigar por castigar, sino que por el contrario logran el revalorizar los sentimientos colectivos por medio de la armonización comunitaria, aspecto que se logra con la purificación interna y externa del infractor más no con el encierro cruel e inhumano en una cárcel.

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pág. 581.

CAPITULO 3.

La Justicia Penal Indígena en las legislaciones de Sudamérica y en los Tratados Internacionales.

3.1 La Justicia Penal Indígena en la Legislación Ecuatoriana:

La Constitución del Ecuador promulgada en el año 2008, reconoce una serie de derechos a las comunidades y nacionalidades indígenas, enfocados principalmente en mantener, desarrollar y fortalecer su identidad, además de reconocer el derecho colectivo a la autodeterminación que tienen las comunidades indígenas, que a la vez obligan a generar un concepto de derecho indígena que es fortalecido por sus costumbres y sabiduría ancestral. El artículo 57 numeral 10 de la Constitución Ecuatoriana establece lo siguiente:

“Art. 57.- Se reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos,

convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: ...10) Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”³¹

El constituyente ecuatoriano al introducir esta norma en la Carta Magna no lo hizo con el fin de discriminar a las comunidades indígenas, sino por el contrario aceptó la no coincidencia en las poblaciones indígenas y el resto de la sociedad, sin diferenciarles por su color de raza, sino por sus costumbres, muchas de las cuales tienen un origen ancestral que se mantuvieron y no pudieron ser eliminadas por el mundo occidental;

“este reconocimiento no solo implica que se apliquen y logren los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de los pueblos indígenas sino la aceptación de sus autonomías relativas dentro de sus propios territorios y el respeto a sus normas y reglas de convivencia, a sus prácticas y concepciones jurídicas y de justicia, ajustadas a sus propios usos y costumbres”³².

El artículo 171 de la Constitución del Ecuador va más allá de una simple declaración política, busca establecer directrices jurisdiccionales aplicables a la realidad jurídica ecuatoriana, su articulado dice lo siguiente:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y

³¹ Constitución de la República del Ecuador, artículo 57, aprobado por la Asamblea Nacional en el año 2008.

³² BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, “Teratologización y Penalización: los fundamentos ideológicos de respresnetación del indígena en la sociedad y justicia colombiana”, editado y copilado por Herinaldy Gómez Cristobal Gnecco, (representaciones legales de la alteridad indígena), Ed. Universidad del Cauca, Colombia 2008, ps.94

su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales”³³.

Texto constitucional que faculta plenamente a las comunidades indígenas a emplear de manera paralela su derecho propio frente a la justicia ordinaria en lo que se refiere a conflictos judiciales principalmente de índole penal, jurisdicción que funciona de manera independiente y autónoma al derecho ordinario, pero que su práctica debe ser acorde al marco constitucional, en pro de precautelar los derechos humanos y demás garantías que goza todo indígena por su calidad propia de persona.

Este avance constitucional demuestra una madurez legislativa que afecta principalmente a la teoría del delito, investigación y posterior juzgamiento de ilícitos, es decir a la esfera regulada por el derecho penal y procesal penal. Constituye sin duda una evolución legislativa que a su vez instaure una discriminación positiva, que acepta el presupuesto de que jurídicamente hablando los pueblos indígenas no son homogéneos con relación a la sociedad común -que a su vez representa la mayoría. Bajo este razonamiento, el derecho indígena ecuatoriano en el ámbito penal y procesal penal se rige por normas propias que emanan de las costumbres de las comunidades, y que por tanto puedan ser aplicadas a los conflictos reales que se puedan suscitar en estas poblaciones. Se trata de un derecho cuya finalidad es la de mantener la armonía de la

³³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 171, aprobado por la Asamblea Nacional en el año 2008.

comunidad sin necesidad de tener una norma positiva, indudablemente goza de legitimidad porque nace del seno de las poblaciones indígenas.

3.2. Justicia Penal Indígena en la Legislación Comparada:

El conflicto de la justicia indígena es un problema que ha estado presente constantemente en los conflictos jurídicos penales en los países de la región, principalmente dentro de las naciones que se encuentran conformados por comunidades indígenas antes y durante de la colonización europea. Por tal razón, se han generado una serie de proyectos y ante proyectos normativos que buscan reconocer y reconciliar las diferencias entre la concepción jurídica del mundo occidental con el pensamiento indígena. Silvina Ramírez al respecto agrega:

“La interacción entre ambos derechos queda así plasmado en las normas penales procedimentales, que reconocen claramente la existencia de una jurisdicción diferenciada”³⁴.

Ramírez de igual forma menciona de manera válida, como un ejemplo de lo señalado, el planteamiento de un ante proyecto de Código Procesal Penal de la Provincia de Neuquén, en donde el artículo 40 contenía el siguiente texto:

“Cuando se trate de delitos que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros, y tanto el imputado como la víctima, o en su caso, sus familiares acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho

³⁴ RAMIREZ, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena” Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar , <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>, en la fecha 25/08/2011

consuetudinario, declarará la extinción de la acción penal. En estos casos, cualquier miembro de la comunidad indígena podrá solicitar que así se declare ante el juez penal o el juez de paz en los casos que éste pueda intervenir. Se excluyen los casos de homicidio doloso y los delitos agravados por el resultado muerte.”³⁵.

Tal como se puede apreciar, el reconocimiento de la justicia indígena en el anteproyecto de la Provincia de Neuquén significaría la extinción de la acción penal si la comunidad ha resuelto el caso conforme a su derecho consuetudinario. Sin embargo, existe una salvedad con relación a los delitos que atenten al bien jurídico vida, donde la justicia ordinaria es quien debía intervenir. Acorde a este criterio se realizaría una ponderación de bienes jurídicos protegidos, dejando que los de menor valía, por así decirlos, como es el bien patrimonial, para que sean juzgados por la justicia indígena; y los de mayor valía, como la vida, recaiga en manos de la justicia ordinaria, reflexión que no deja de ser criticable porque no se encuentra un argumento válido para esta ponderación de bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal y de establecer diferencias de competencias por delitos, lo ideal es otorgar competencia completa en todas las ramas a las comunidades indígenas.

El momento en que un Estado reconoce la existencia de un derecho penal indígena, esta debe ser independiente, autónoma, y paralela a la justicia ordinaria, se debe alimentar de los derechos y garantías que el derecho penal ordinario asiste a los individuos.

³⁵ RAMIREZ, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena” Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar , <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>, en la fecha 25/08/2011.

La preocupación de normar sobre el derecho indígena siempre ha recaído sobre las exigencias de la justicia ordinaria, debido a que los derechos y garantías procesales reconocidos en las Constituciones Políticas de los Estados y en los Tratados Internacionales tienen efecto *erga omnes*, ya que por definición son de aplicación general.

Los derechos y garantías del individuo dentro de un proceso penal son inherentes a la persona y nacen de la dignidad humana, por tanto bajo ningún concepto se puede dejar de aplicarlos por parte de las autoridades jurisdiccionales. Sin embargo, el derecho penal indígena por su naturaleza se basa en normas consuetudinarias, que no necesitan de norma escrita para su aplicación, aspecto que en sistemas positivistas como el nuestro no puede ser aceptado, y genera otro foco de conflicto principalmente para fiscales y juzgadores.

Por su parte, la legislación boliviana ha plasmado una evolución normativa en lo que compete a la justicia indígena, debido a que el legislador ha incorporado una norma en el Código de Procedimiento Penal Boliviano que permite al operador de justicia penal actuar conforme a ciertos lineamientos que logren disminuir la brecha entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Con relación a la diversidad cultural el artículo 391 de la Ley Adjetiva Penal de Bolivia contiene el siguiente texto:

“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: 1) 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, 2) 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 sustentando oralmente en el debate.”³⁶.

De esta manera se aprecia que en el caso boliviano, un tercero ajeno al conflicto pero experto en el tema, es quién podrá dar luces sobre la forma en que un indígena se comportó para que el juzgador se atenga a juzgarlo de acuerdo a la justicia ordinaria o remita lo investigado a la justicia indígena, con el fin de que no se genere la impunidad y se responda a criterios criminológicos de las comunidades indígenas.

De igual forma el artículo 28 de mencionado cuerpo legal, con relación a la extinción de la acción penal establece:

“Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto conforme a su Derecho Consuetudinario Indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas establecidos por la Constitución Política del Estado. La Ley compatibilizará la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena”³⁷.

Limitando una vez más la justicia indígena al respeto de los derechos fundamentales de las personas establecidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales. Me

³⁶ Código de Procedimiento Penal de Bolivia, artículo 391.

³⁷ Código de Procedimiento Penal de Bolivia, artículo 28

parece oportuno citar en este trabajo el caso concreto de Colombia, debido a que legislativamente se han preocupado de normar sobre el Derecho indígena, es así que su Constitución, incorporó el artículo 246, el mismo que establece el siguiente texto normativo:

“El ejercicio de la jurisdicción indígena no está condicionado a la expedición de una ley que la habiliten como podría pensarse a primera vista. La constitución autoriza a las autoridades de los pueblos indígenas el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro del ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la Ley. De otra parte al legislador corresponde la obligación de regular las formas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema de justicia nacional”³⁸.

Texto que tiene plena concordancia con el reconocimiento que da la Constitución de la pluralidad de nacionalidades indígenas y que busca generar una sana convivencia, por decirlo de alguna forma entre la justicia penal indígena con y la justicia penal ordinaria, finalmente quisiera agregar lo que el autor Barona sostiene al respecto lo siguiente:

“El reconocimiento de la diversidad cultural impone que los operadores judiciales sitúen en igualdad de condiciones las leyes penales de Colombia con las formas y procedimientos, que podemos llamar jurídicos de cada pueblo indígena así como de

³⁸ Constitución Colombiana, artículo 246.

cada una de sus culturas; desde esta perspectiva no hay primacía de una cultura sobre otra”³⁹.

3.3 La Justicia Penal Indígena en los Tratados Internacionales

Con relación al tema de la justicia penal indígena, el principal Tratado Internacional ratificado por los Países Sudamericanos es el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Dentro de lo principal este Convenio reconoce derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sobre sus territorios, recursos naturales, la conservación de su lengua y tradiciones ancestrales, así como su derecho a la autodeterminación.

Además de ello, dentro del tema que concierne al presente trabajo, los artículos 8, 9 y 10 del mencionado convenio desarrollan sobre la justicia penal indígena, reconociéndola como una justicia autónoma y paralela al derecho ordinario, cuya fuente principal es el derecho consuetudinario y cuyo límite estricto es el reconocimiento de los derechos fundamentales del individuo⁴⁰; declaración que es la base ideológica de las

³⁹ BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, Op. Cit , ps.110.

⁴⁰ Los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT con relación a la Justicia Penal indígena establecen lo siguiente: “Art. 8: 1. Al aplicar la legislación a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. 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.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes. Art.9: 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

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

Art. 10.- 1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

Constituciones Políticas que reconocen el derecho indígena como una forma de administrar justicia distinta a la del derecho ordinario.- Sin embargo de la evolución constitucional de los países de América del Sur, no se ha podido encontrar una respuesta clara de cómo homologar la cosmovisión de las comunidades indígenas con lo que concierne al respeto a los derechos y garantías fundamentales de los individuos en los conflictos jurídicos de naturaleza penal.

Por su parte la Organización Mundial de las Naciones Unidas (ONU) no podía dejar de pronunciarse sobre un tema tan trascendental como es la Justicia Indígena, es así que sus Estados miembros aprobaron “La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas”, declaración que a más de reconocer la cosmovisión distinta de las comunidades indígenas y aceptar la necesidad de respetar las normas que regulan las relaciones jurídicas y extrajurídicas de los miembros de la comunidad, establece que los sistemas jurídicos indígenas -que abarca la Justicia Penal Indígena- deben ser desarrollados por las mismas comunidades sin la intervención del Estado, salvo en la vigilancia de la efectiva aplicación de los derechos humanos de los comuneros.- Específicamente el art. 34 establece el siguiente texto:

“Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”⁴¹.

2. *Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*”.- Tomado de la página web http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf en fecha 12/09/2011.

⁴¹ Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, artículo 34.

En conclusión, para la comunidad internacional y la esencia jurídico normativa de los convenios internacionales analizados es que los derechos humanos deben ser la fuente de aplicación de los procedimientos judiciales indígenas en materia penal, los mismos que deben subsumirse a las prácticas del derecho constitucional.

CAPITULO 4.

Problemática Constitucional y Procesal Penal de la Justicia Penal Indígena en los países de Sudamérica:

4.1 Caso la Cocha:

Previo a iniciar un breve análisis sobre la problemática constitucional penal que la aplicación de la justicia penal indígena pueda generar a las partes procesales y a los operadores de justicia, a manera ejemplificativa quisiera iniciar citando un caso de justicia penal indígena, suscitado en el año 2010, en la República del Ecuador, Provincia del Cotopaxi, específicamente en la comunidad indígena de la “Cocha”, recogido por la

autora Daniela Flores en su investigación sobre la Justicia Indígena en el Ecuador, que puede dar luces de los problemas a los que está expuesto la aplicación de la Justicia Indígena:

“Caso de la comunidad de la Cocha”

El 9 de mayo del 2010 Marco Olivo fue asesinado en la parroquia de Zumbahua, Provincia de Cotopaxi. Posteriormente se inició un proceso de investigación realizado por parte de los comuneros y autoridades de la comunidad. El 16 de mayo se instaló una Asamblea que contó con la participación de la presidenta del Movimiento Indígena y Campesino, de Cotopaxi Dioselinda Iza, el Fiscal de Asuntos Indígenas Vicente Tibán, y el Jefe Político de la parroquia para sancionar a los 5 acusados de haber perpetrado el hecho. Las resoluciones de la Asamblea fueron que los acusados recibirán las sanciones del baño en agua helada, recibir latigazos, ser ortigados, pagar una indemnización de 5000 dólares a la familia del joven fallecido. Para finalizar tenía lugar la reunión del Cabildo en la que el acusado principal firmaría un acta de compromiso para rehabilitarse y luego pasar al poder de sus padres para que en los próximos cinco años realice servicio comunitario. De esta manera se realizó el procesamiento de los acusados miembros de la comunidad de la Cocha en la aplicación de la justicia indígena reconocida en la legislación nacional como en tratados internacionales. El viernes 28 de mayo del 2010 el juez primero de lo penal Iván Fabara emite orden de prisión preventiva contra los cinco acusados de este delito, a petición del Fiscal Roberto Guzmán, por lo que fueron llevados a la Cárcel No. 4. Recién el 13 de mayo del 2011 salieron

en libertad después de permanecer en prisión un año sin sentencia. Con estos antecedentes los miembros de la comunidad plantearon una Acción Extraordinaria de Protección a la Corte Constitucional, solicitando que esta se pronuncie respecto a la competencia de las autoridades indígenas para conocer el caso, si las autoridades indígenas cometieron el delito de plagio de los acusados de asesinato como alega la justicia ordinaria, que se determine si a justicia ordinaria puede influir en la justicia indígena como lo ha hecho, entre otras cosas. A partir de la muerte de Olivo se han derivado seis juicios. Entre esos están no contra los presuntos asesinos, otro contra los dirigentes de La Cocha por supuesta violación de los derechos humanos de los detenidos; otro contra los dirigentes de la comuna Guantopolo por agredir al juez cuando intentaron que libere a la fuerza a los presuntos asesinos; otro contra el presidente de la corte Provincial de Justicia de Cotopaxi por liberar a los dirigentes de La Cocha, entre otros procesos.”⁴².

Este caso en particular, nos ubica dentro de la consumación de un delito, específicamente de un homicidio agravado, cometido en una comunidad indígena, y que por tanto se subsume en la esfera de aplicación de la justicia penal indígena, en donde incluso se puede evidenciar las diferencias claras entre el derecho penal ordinario y el derecho penal indígena; principalmente se detallan los más trascendentes problemas que en la praxis penal puede tener la administración de justicia penal de este grupo aborigen, y que se desarrollará de manera sucinta en el presente capítulo.

⁴² FLORES, Daniela, “*La Justicia Indígena y sus conflictos con el derecho ordinario*”, tomado de la página de internet http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=422:la-justicia-indigena-y-sus-conflictos-con-el-derecho-ordinario&catid=74:inredh&Itemid=49, en fecha martes 02 de Agosto del 2011.

Con este preámbulo es necesario acotar que tanto el texto constitucional y legal, así como los diferentes Tratados Internacionales ratificados por las naciones de América del Sur analizados en el capítulo anterior, establecen un punto de partida más no de llegada. Esto, debido a que en la práctica jurídica al momento en que se consuma un ilícito tipificado como delito, se debe adaptar el derecho penal consuetudinario indígena de una cultura con principios filosóficos, religiosos, sociológicos y deontológicos, distintos a la occidental, a una forma de administración de justicia penal basada en un sistema procesal penal acusatorio, principalmente enmarcado en el respeto estricto del debido proceso y de los derechos fundamentales de las partes en un proceso penal, así como la igualdad de herramientas procesales, particularmente en lo que se refiere a la acusación propuesta por la víctima a través del representante del Estado; y, de igual forma el derecho a la defensa del procesado, regidos por una normativa positivista, cuyos mandatos son prerrogativas inherentes a la persona que emanan de la Constitución, los Tratados Internacionales y las Leyes que rigen a los países.

Los Estados Sudamericanos que reconocen la justicia penal indígena como una forma alternativa de resolución de conflictos, con el fin de que se aplique de manera paralela con la justicia ordinaria, han puesto un límite a su ejercicio, el mismo que consiste en que las normas y procedimientos penales, consuetudinarios de las comunidades indígenas utilizados, entiéndase en la etapa investigativa así como de procesamiento, no deben ser contrarios a la Constitución y a la Ley. Por tanto, se sobreentiende que estos procedimientos deben estar enmarcados dentro de los derechos de las partes inmersas en un proceso penal, expresados en las garantías constitucionales, principalmente en la garantía del debido proceso.

A mi pensar, el mayor conflicto constitucional que ha generado la justicia penal indígena consiste en que sus procedimientos no son acordes al debido proceso, garantía prevista en la mayoría de constituciones de Derecho Ordinario, ni tampoco aplican de manera directa los derechos fundamentales de las partes, previstos en la ley adjetiva penal que se derivan de esta garantía constitucional. Derechos y garantías procesales, que por su naturaleza jurídica son prerrogativas inherentes a la dignidad de la persona, sin distinción de raza, sexo, creencia religiosa, o cualquier otro tipo de discriminación.

La garantía del debido proceso el ser humano la debe gozar en todo instante al momento de ser procesado o investigado por el presunto cometimiento de un ilícito, para que de alguna forma limite el *Ius Puniendi* que ejerce el Estado sobre sus soberanos; cuya única finalidad es obtener un juicio justo y equiparado entre las partes, en donde los elementos probatorios que se puedan practicar en juicio sean los que permitan esclarecer o reconstruir la verdad de los hechos, y por tanto permitan dirimir el conflicto en específico.

Sin embargo, de la reflexión expuesta en el párrafo anterior, es importante recalcar que la justicia penal indígena no consiste en un procedimiento inquisitivo que limita las garantías del procesado, por su parte también se ha preocupado en desarrollar una serie de procedimientos que buscan el respeto a los derechos de los procesados; y, aún cuando no se encuentran tipificados en una constitución o en ley especial alguna, son garantías que nacen de su Derecho Consuetudinario y que su principal fuente es la sabiduría de sus comunidades. El tratadista Carlos Poveda Moreno detalla las garantías dentro del procedimiento de la Justicia Indígena y que se resumen en las siguientes:

“Los procedimientos consuetudinarios tienen al menos ocho características: a) Willachina. Formulación de la petición; b) Tapuykuna. Investigación del problema; c) Chimbapurana. Denominado careo o entrevista cara a cara; d) Killpichirina. Imposición de la sanción; e) Allichina. Arrepentimiento del agresor; f) Kunana. Consejo al agresor; g) Paktachina. Ejecución de la sanción; y, h) Chisqui Yahsca. Limpia o purificación al agresor; similares con el sistema acusatorio formal vigente en el derecho positivo ecuatoriano como: los principios generales de inmediatez, publicidad, dispositivo, contradicción, oficiosidad para descubrir una verdad histórica, excepcionalidad de la privación de libertad, motivación”⁴³.

A primera vista no se vislumbra una falta de aplicación de los derechos y garantías procesales, debido a que sus lineamientos permiten que el investigado se defienda previo a una investigación del caso realizada por su comunidad. Sin embargo, existen deficiencias que no dejan de ser sustanciales en un proceso penal, principalmente en lo que compete a la aplicación directa del derecho a la defensa del procesado, que como lo he mencionado en ocasiones reiteradas es un derecho procesal que se encuentra reconocido tanto en las Constituciones de los países que reconocen la Justicia indígena en Sudamérica, como es el caso de Ecuador, Colombia y Bolivia, así como en los Tratados Internacionales.

⁴³ POVEDA MORENO, Carlos, “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1425>, en la fecha 25/08/2011

Para continuar con este breve análisis es necesario remitirse a las disposiciones constitucionales del debido proceso, que por su naturaleza garantista guarda similitud en todas las legislaciones de los Estados de América del Sur. Es mi intención detallar algunas de las garantías constitucionales de procedimiento que se encuentran en discusión dentro de un proceso penal indígena ya sea por su no cumplimiento, o porque su cumplimiento es parcial o distorsionado, y que las señalo a continuación:

4.2 Privación ilegal de la libertad.

La privación ilegal de la libertad ha sido repudiada por las naciones que viven bajo el régimen de un Estado de Derechos; la Constitución de países de América del Sur, haciendo eco a lo previsto en el Pacto de San José de Costa Rica, han establecido que:

“la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.- Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas”⁴⁴.

De acuerdo a esta normativa, para que el proceso penal indígena sea acorde a lo reglado en el debido proceso no debe existir detenciones sin orden de juez competente, salvo que sea por delito flagrante –aspecto común en las comunidades indígenas- pero está

⁴⁴ CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, artículo 77, numeral 1.

detención no debe superar las 24 horas, debido a que en el trayecto de este período de tiempo se debe definir la situación jurídica del detenido por parte de las autoridades indígenas competentes; aspecto que en la práctica podría no llegar a suceder debido a que no existe un procedimiento reglado que permita establecer una audiencia de flagrancia donde se formulen cargos y se defina la situación jurídica del detenido tal como lo establece el derecho ordinario.

De acuerdo a lo mencionado en el párrafo anterior, en las comunidades indígenas con relación a esta garantía procesal se pueden visualizar dos posibles conflictos. El primero, consiste en que los indígenas sorprendidos en delito flagrante pueden permanecer detenidos más de veinticuatro horas sin que se defina la situación jurídica de los procesados, debido a que no se contempla esta regla en su derecho consuetudinario; Judith Salgado cita a Nina Pacari –ex asambleísta indígena ecuatoriana- quien respecto al tema afirma:

“en el supuesto caso de que en el seno de una comunidad indígena, un miembro de esa comunidad sea sorprendido infraganti en el cometimiento de un delito, ni los afectados, ni quienes lo sorprendieron, ni aún los comuneros pueden ejecutar sentencia. Su obligación es dar a conocer a la autoridad competente que en este caso es el Cabildo Comunal, para que avoque conocimiento del caso y se inicie el proceso de juzgamiento tomando en cuenta normas y procedimientos que la costumbre establece, hasta llegar a dictar la resolución

condenatoria o absolutoria. De ahí que, de ninguna manera la administración de justicia indígena puede ser concebida como un linchamiento”⁴⁵.

Tal como se puede observar no se establecen reglas claras sobre la flagrancia tal como lo establece la normativa del derecho procesal ordinario.- El segundo foco de conflicto consiste, por su parte, en que cuando un indígena no es sorprendido en delito flagrante, su posterior detención no se la realiza con orden de juez competente motivada en investigaciones previas tal como lo prevé la ley adjetiva penal, sino que por lo contrario es realizada de forma arbitraria por los miembros de la comunidad. Resulta curioso mencionar que aún cuando existan posibles violaciones procesales a la detención de individuos dentro de una comunidad indígena, de acuerdo a las costumbres y cosmovisión de las comunidades indígenas, la privación de la libertad de un miembro de su comunidad, debe ser una herramienta procesal utilizada de manera muy limitada por parte de las autoridades indígenas. Esto último, debido a que no cumple con los presupuestos de sana convivencia que estas comunidades proponen ya que se violentaría el principio de “no ser vago” y el de la reparación a la cual se debe someter el procesado debido a su actuar delictivo.

4.3 Presunción de inocencia y derecho a la defensa por medio de un letrado en derecho.

Por otro lado, si bien es cierto que bajo el procedimiento penal indígena expuesto en párrafos anteriores se permite que el investigado ejerza su legítimo derecho a la defensa,

⁴⁵ SALGADO, Judith, “Justicia Indígena, aportes para un debate”, Ed. Abya Yala, Quito-Ecuador 2002, ps.84.

respondiendo sobre las acusaciones que la comunidad indígena ha formulado en su contra, es vital que como lo determina el pacto de San José de Costa Rica en su artículo ocho, la defensa del procesado se la realice bajo la premisa de que “*toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad*”⁴⁶. La comunidad indígena debe garantizar al procesado, tal como lo prevé el debido proceso, un juicio justo, donde las partes puedan practicar las pruebas tanto de cargo como de descargo que permitan esclarecer la verdad de los hechos, y principalmente clarifiquen la responsabilidad penal del investigado, respetando el principio procesal constitucional de inocencia, donde para que exista la culpabilidad de un miembro de la comunidad debe existir la certeza plena de la existencia de un delito, así como de su responsabilidad sobre el cometimiento del mismo, en caso de que exista duda sobre su responsabilidad deberá ser declarado inocente.

No se puede hablar de un juicio justo, si el procesado no es asistido por un profesional en el derecho que pueda velar por el eficaz cumplimiento de sus derechos y garantías procesales. El Pacto de San José de Costa Rica, de igual forma, establece que la defensa en cualquier proceso penal debe ser realizada por un defensor –que lógicamente debe ser un especialista en derecho- ya que consiste en un derecho del investigado.

“es un derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se

⁴⁶ Convención Interamericana sobre los DDHH, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8, numeral 2.

defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley”⁴⁷.

El indígena procesado por un delito debe estar acompañado y comunicado con un letrado en el Derecho a todo instante del proceso dentro del juzgamiento de su comunidad, para que conforme a lo establecido en las normas jurídicas pueda velar por el cumplimiento de los derechos y garantías de su defendido y evitar violaciones constitucionales a los derechos procesales que han sido el punto de crítica principal de la justicia penal indígena.

4.4 Juez Natural

Otro derecho constitucional, enmarcado en la garantía del debido proceso que dentro de un juicio penal en contra de una persona perteneciente a una comunidad indígena puede ser vulnerado es el que se refiere al Juez Natural. Este derecho en lo principal consiste en que ninguna persona podrá ser juzgada por un juez carente de jurisdicción - por tanto de competencia- facultad emanada por la Constitución y la ley con el fin de que ninguna persona ajena al poder judicial, conozca y resuelva sobre el caso penal en conflicto.- Para la primera sala del Tribunal Constitucional Federal Alemán el principio de juez natural, permite lo siguiente:

“evitar intervenciones de personas no autorizadas para administrar justicia en la garantía de la independencia de los tribunales, y proteger la confianza en

⁴⁷ Convención Interamericana sobre los DDHH, Pacto de San José de Costa Rica, artículo 8, numeral 2, literal e.

la búsqueda de la justicia y de la publicidad en la imparcialidad y objetividad de los tribunales”⁴⁸.

Razonamiento sobre el Juez Natural, que dentro de las esferas de la justicia penal indígena se aplica únicamente si su juzgador es miembro de la comunidad indígena, y que a más de estar facultado para conocer y resolver las causas penales, obviamente conozca sobre las costumbres de la población, y los procedimientos a seguir con relación al caso.

El Juez Natural dentro de la esfera del derecho penal, tal como lo establecen los principios generales del Derecho ejerce jurisdicción, tiene la facultad de juzgar y ejecutar lo juzgado, y esta facultad debe ser emanada de la Constitución y posteriormente de la Ley para establecer el ámbito de competencia en la que dicha jurisdicción dividida; aspecto reglado en el derecho ordinario. Sin embargo, en el derecho procesal penal indígena no se encuentra normado y no existen códigos aún que reglen esta jurisdicción, por tanto la competencia del Juez Natural Indígena en los procesos penales debe emanarse de la voluntad soberana de la comunidad *“puede darse el caso de que el comunero reclame ser juzgado por sus autoridades al sentir que su debido proceso estará más garantizado con la administración de justicia consuetudinaria”⁴⁹*. Es decir, la comunidad es la única facultada para establecer quien o quienes son los que deben dirimir los conflictos penales, normalmente este papel lo

⁴⁸ JURGER SCHWABE, comp .. , traducción de Marcela Anzola Gil Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de fecha 20 de marzo de 1956, Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2003, p.387.

⁴⁹ SALGADO, Judith, op.cit. pág. 86.

cumplen las autoridades indígenas a quienes los comuneros han depositado su confianza.

4.5. No hay juicio penal sin acusación.

A partir de la corriente reformista del proceso penal en Sudamérica, iniciado en la década de los noventa en el siglo veinte, el sistema penal acusatorio ha sido la forma de juzgamiento con mayor eco dentro de las distintas naciones, cuya propuesta consiste en un juicio oral, donde las partes procesales gocen de igualdad de condiciones procesales, y el juzgador sea garantista de los derechos y garantías procesales que les asisten a las partes.

Es indudable que ha resultado ser un sistema exitoso con gran acogida; en donde el titular de la investigación, y por ende de la acción penal, es el Fiscal, quien por la función que cumple es considerado el representante de la sociedad dentro del proceso penal, y además denota objetividad y garantía de las investigaciones con relación a las partes.

Al momento, no se encuentra claramente establecido dentro de los procesos penales de justicia penal indígena la existencia ni las facultades del fiscal. Resulta lógico y evidente que por su naturaleza debería ser participante de las investigaciones, así como de la acusación propuesta en caso de que exista un juicio; no se debe descuidar el principio procesal de que no habrá juicio si no existe acusación. Este último enunciado resulta ser

una garantía para el procesado, que no puede pasar por alto dentro de la justicia penal indígena.

La propuesta debería estar enfocada en que el sistema penal indígena debería acoger los lineamientos del proceso acusatorio, donde se cuente con la presencia tanto del fiscal representado a la víctima, así como de la parte procesada, quien debe estar en presencia de su letrado defensor. Resulta incuestionable que esta propuesta caerá en el mismo conflicto generado por el principio procesal de juez natural, ya que no existe una normativa orgánica que regule el tema de la presencia del fiscal encargado de formular la acusación, ni su forma de elección, tal como consta en el proceso penal ordinario. Acorde a los lineamientos de la justicia penal indígena, el fiscal debería emerger del seno de la comunidad indígena, es decir debería ser miembro de la comunidad, pero más que nada cumplir con los mandatos de una investigación objetiva, apegada al respeto irrestricto de los derechos procesales.

4.6 Derecho a la segunda instancia y casación.

Mucho se ha criticado a la justicia penal indígena de no aplicar el derecho a la segunda instancia. Tanto el investigado o procesado en el caso de una condena, así como la víctima querellante en el caso de que exista una absolución, deben gozar de esta garantía procesal dentro de un proceso penal. Esta situación ha generado un foco de crítica muy debatido, debido a que de acuerdo al derecho consuetudinario indígena no se establece un procedimiento que admita la segunda instancia de una resolución

tomada por la comunidad indígena, y menos aún que se admita el recurso de casación o de última instancia de la misma.

Para Fernando García la Justicia Indígena tiene sus propios procedimientos, conformados por sus propias instancias, las cuales no guardan relación alguna con la justicia ordinaria al momento de hablar de un Tribunal de alzada o de un Tribunal de Casación, sino que se enfocan en el ámbito individual, familiar y comunitario.

*“Del análisis de la información recolectada aparecen tres instancias privilegiadas de administración de justicia: el ámbito familiar, el de las autoridades comunitarias y el de la asamblea comunal.- En el primero, son protagonistas fundamentales: los abuelos, los padres, los parientes consanguíneos cercanos, los parientes afines, los padrinos y los vecinos.- En el segundo y en el tercero, son: las autoridades tradicionales, las autoridades comunales, los mediadores comunitarios y el conjunto de comuneros”*⁵⁰

La problemática planteada lleva a desencadenar una serie de soluciones que su sola aplicación serían el inicio de muchos otros conflictos jurídicos. En primer lugar, en el caso de la mayoría de países que aceptan la justicia penal indígena como Ecuador, Colombia y Bolivia, al no existir dentro de su ordenamiento jurídico una ley especial que regule la jurisdicción indígena, desemboca en la no existencia un tribunal indígena de segunda instancia que pueda revisar por segunda vez sobre los hechos y sobre la

⁵⁰ GARCIA, Fernando, “Formas indígenas de administrar justicia”, Ed. FLACSO, Ecuador, 2002, ps.31

legalidad del proceso.- En los últimos años, de manera subsidiaria, en pro de respetar y aplicar los derechos recursivos de las partes, un tribunal de la justicia ordinaria con jurisdicción de segunda instancia debe conocer el proceso en el caso de que las partes hagan efectivo este recurso, solución que a *prime facie* desemboca en conflictos de competencia; para Judith Salgado: “*esta situación puede generar un conflicto de competencias, por lo que debemos contar con una legislación secundaria en la que se establezca una distribución de funciones a ser ejercidas en el ámbito de su competencia*”⁵¹.

La solución propuesta es hasta cierto punto lógica y viable. Sin embargo, en la práctica se dejaría a los fallos de las comunidades indígenas en manos de la justicia ordinaria, la misma que siguiendo el procedimiento constitucional y legal hará efectivo los derechos y garantías procesales de las partes; situación que puede llevar a que muchos procesos instaurados por la justicia penal indígena carezcan de fundamento jurídico legal en lo que refiere a la aplicación directa de los derechos y garantías procesales, y por tanto sean objetados; razonamiento que se genera debido a la no existencia de un derecho positivo apegado al respeto al debido proceso; y, por el contrario un derecho consuetudinario indígena respetuoso de la conciencia étnica de pertenecer a un grupo cultural específico.

Al permitir que la justicia ordinaria revise los fallos de la justicia penal indígena, se podría caer en contradicciones de sistemas penales de procesamiento, Barona al respecto agrega:

⁵¹ SALGADO, Judith, op.cit. pág. 87.

“el ejercicio concreto de la Jurisdicción Especial Indígena no sólo está supeditado a la ontología inherente a la persona jurídica y a los derechos fundamentales reconocidos a esta ficción, de clara raigambre occidental, sino a los procedimientos legales establecidos en el derecho positivo”⁵².

Tomando como base esta afirmación existiría una especie de subordinación de la justicia penal indígena a la justicia ordinaria, hecho que no ayudaría a una convivencia paralela y autónoma entre sistemas jurídicos distintos, sino que por el contrario fomentaría que la jurisdicción ordinaria sea quien en última instancia dirima los conflictos de las comunidades indígenas.

4.7 No ser juzgado dos veces por la misma causa “Non bis ibidem”

Otro principio constitucional sujeto a debate dentro de la justicia penal indígena es el que ninguna persona podrá ser juzgada por el mismo delito por más de una vez, principio “*non bis ibidem*”. El conflicto ha radicado en que muchos indígenas que han cometido un delito, ya han sido sancionados previamente por la justicia penal de sus comunidades, por lo tanto no podrían ser juzgados nuevamente por la justicia ordinaria, reflexión que respeta un derecho fundamental del procesado más allá de que la resolución tomada por los miembros de la comunidad indígena sea condenatoria o

⁵² BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, Op. cit. ps.124

absolutoria tomada.- Al respecto el artículo 344 literal c de la Ley Orgánica de la Función Judicial de Ecuador establece:

“c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional”⁵³.

Dentro de un sistema constitucional sea este difuso o concentrado, la Corte Constitucional o el juez competente, serían los únicos facultados para revisar un fallo de la autoridad indígena siempre y cuando contravenga algún derecho fundamental del individuo contemplado previamente en la Constitución, razonamiento que guarda una lógica jurídica con el fin de evitar la intromisión de la justicia ordinaria sobre la justicia penal indígena.- Es lamentable que en la práctica ya que como se observó en el caso ejemplificativo, la justicia ordinaria está en constante intromisión en la justicia penal indígena por la no aplicación directa de los derechos fundamentales de las personas por parte de las comunidades indígenas en sus conflictos penales. Con relación a este conflicto suscitado Zaffaroni afirma:

“En el derecho nacional es necesario tener en cuenta que la Constitución prescribe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a un educación bilingüe e intercultural (art. 75 inc. 17). En función de esta disposición, cuando

⁵³ LEY Orgánica de la Función Judicial del Ecuador, artículo 344 literal C

*éstos hayan aplicado sanciones a ilícitos cometidos por sus miembros, el estado no puede imponer otra pena sin violar el principio de prohibición de la doble punición, por lo menos cuando la pena haya sido grave”*⁵⁴

4.8 Juicio por jurados.

Otro aspecto relativo a la Justicia Penal Indígena debatido desde el punto de vista constitucional y legal, particularmente para aquellos países que no han aceptado legislativamente la propuesta de juicio por jurados, es la forma penal de procesar que tienen las comunidades indígenas con relación a los miembros de su comunidad, ya que por su forma cultural de ver al mundo aceptan el ser juzgado por sus pares. Es decir, un proceso equivalente para el derecho ordinario a la figura procesal del “juicio por jurados”, tipo de proceso penal que no ha sido previsto en el ordenamiento jurídico de los países de Sudamérica, salvo en la Constitución Argentina⁵⁵, y que ha sido aplicado únicamente por la Provincia de Córdoba; por lo que este tipo de juzgamiento realizado por las comunidades indígenas carece de todo fundamento constitucional, abriendo la puerta para que sus procesos acarreen nulidades.

Desde mi punto de vista, considero que el juicio de los pares dentro de una comunidad indígena es el más acertado, y debería ser considerado como una garantía para los miembros de una comunidad indígena. A más de ello, el sistema de juicio que se presenta como el más adecuado para un grupo indígena, es el de un jurado escandinavo, formado por jueces y miembros de las comunidades indígenas, en donde

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pág. 581.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN ARGENTINA, artículo 24.

se puede discutir y finalmente arribar a la solución que exige el caso. Sin ignorar que estas alternativas son difíciles de implementar y que su desarrollo puede significar todo un proceso, es sin duda uno de los tantos caminos que se debe transitar para alcanzar un Estado intercultural. Resulta imperante que exista una ley especial que pueda normar el proceso penal relativo a la justicia penal indígena, con el fin de establecer las reglas claras que se conviertan en una verdadera garantía para las partes inmersas en el proceso investigativo, principalmente para que el procesado pueda ejercer su derecho a la defensa sin trabas, dilaciones, y artilugios que puedan perjudicar el principio constitucional de defensa que goza todo ciudadano por dentro de un Estado de Derecho, sin que ningún argumento jurídico sea válido para impedir el ejercicio de su legítima defensa.

4.9 “Nulla pena, nulla crimen sine lege”

Con relación a los principios del debido proceso que pueden ser de alguna manera afectados o desacreditados por así decirlo por la Justicia Penal indígena, uno de los más debatidos por su conflicto en la aplicación es el que no existe delito o ilícito sin ley previa. La mayoría de naciones han recogido en el código penal las infracciones que son catalogadas como delitos, normativa que no se agota únicamente en este código debido a que existen leyes especiales que también tipifican delitos como es el caso de la Ley de Aduanas, Tributaria o la Ley Antinarcóticos, que a su vez alimentan al Código Penal; y,

que al presumirse que la Ley es conocida por todos, ninguna persona podrá invocar su falta de conocimiento para justificar la infracción de la norma.

Sin embargo, en el caso de las comunidades indígenas, sus reglas de convivencia están basados en el armonía con la tierra y con su prójimo, por tanto, se rigen bajo una normativa penal básica, sin que en la mayoría de casos exista una tipificación previa. Para algunas naciones como es el caso de la República del Ecuador el contenido de la sana convivencia indígena ha sido recogida por la Constitución de la nación, cuyos principios consisten en “*Ama Killa, no ser ocioso; Ama shua, no robar; y Ama llulla, no mentir*”⁵⁶. Para el autor Llasag Fernández⁵⁷ los principios mediante los cuales se rigen las comunidades indígenas son los siguientes:

- Ama Llakichina (no agredir, no hacer daño); no se debe agredir al prójimo, a la naturaleza o incluso a sí mismo, esta agresión no se la debe entender únicamente desde el plano físico, sino también psicológico y principalmente espiritual.
- Ama Shua (no robar);
- Ama Llulla (no mentir);
- Ama muku (no avaricia);
- Ama Yalli Charina (no codiciar);
- Ama Killa (no ser ocioso);

⁵⁶ CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, artículo 86, numeral 2.

⁵⁷ LLASAG FERNANDEZ, Raúl, “*Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena*”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/530/1/RAA-02-Llasag-Derechos%20colectivos%20y%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia.pdf>, en la fecha 25/03/2012.

Aún cuando en estos pocos principios han regulado de manera general y amplia la conducta del indígena, sería poco tolerante el que no se respete el precepto constitucional sobre la existencia de una ley previa para que exista un delito, es decir que no se aplica de manera literal los ilícitos tipificados en la normativa penal vigente que rige para los delitos, debido a que se pueden dejar impunes delitos que generan peligro a los bienes jurídicos, como es el caso de la tenencia de armas, el tráfico de drogas, la trata de personas, entre otros. De igual manera, también se aplicaría una interpretación amplia –por tratarse de normas abiertas- sobre los preceptos normativos de los delitos y no restringida como lo manda los principios del derecho penal, los preceptos normativos deben ser lo más claros y precisos para no generar concepciones ambiguas del ilícito.

CAPITULO 5.

Jurisprudencia argentina en el caso Salta, tratamiento constitucional y legal argentino de la justicia penal indígena.

Aún cuando la República Argentina sea un país en Sudamérica con un bajo índice de población indígena, ha considerado importante la protección judicial de los derechos de las comunidades indígenas, y resulta interesante analizar la jurisprudencia existente con relación a la jurisdicción penal indígena, con el fin de tener un termómetro con el cual se pueda medir el grado de protección judicial que tienen las poblaciones indígenas, ya

que las decisiones judiciales profundizan la defensa de los derechos en pugna de las partes.

A continuación procedo a citar un caso penal ocurrido en la provincia de Salta, donde existe un pronunciamiento favorable hacia el “derecho penal indígena”; sin embargo, existe una discusión doctrinaria válida al existir un conflicto de derechos entre las costumbres indígenas y los derechos fundamentales de las personas.

El 29 de Septiembre del 2006, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta resolvió el recurso de casación más trascendente sobre la justicia penal indígena dentro de la nación Argentina, sentando un precedente importante y a su vez polémico sobre el tratamiento de la justicia penal indígena en la Provincia de Salta. El caso es sobre un delito de carácter sexual ocurrido en el pueblo “Wichi” que se desarrolla a través de los siguientes hechos :

5.1.- El caso comunidad Wichi:

La Suprema Corte de Justicia de Salta⁵⁸ por mayoría acogió el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica de José Fabián Ruíz en contra de la resolución de la sala III, de la Cámara de Acusación que no hizo lugar al recurso de apelación deducido oportunamente, impugnando el auto de procesamiento por el delito de abuso sexual con acceso carnal en forma reiterada en perjuicio de la menor Estela Tejerina (de nueve años de edad u once años), quien como consecuencia de ello quedó embarazada. La denuncia

⁵⁸ SCJ Salta, 29/09/06, “C/C.R., J.F.- rec. de casación” tomado de la página de internet www.lexisnexus.com.ar

la efectuó la madre de ésta, Teodora Tejerina – ex concubina de Ruíz –, ante la Fiscalía Penal N° 2.-

La defensa dentro de su argumentación principal sostiene que el fallo de alzada se encuentra violentando normas constitucionales, específicamente el artículo 75 inciso 17 y 22, así como los pactos internacionales ratificados por la Argentina, principalmente el Convenio 169 de la O.I.T., así como los Convenios sobre las poblaciones indígenas de la O.N.U. y de la O.E.A., normativa que defiende los derechos inherentes a las comunidades indígenas; debido a que no se considera que el hecho a juzgar en este proceso penal se trata de una costumbre aceptada e imperante dentro de la comunidad indígena Wichi de la provincia de Salta; pues la situación que se le imputa a Ruiz se encaja dentro de un vínculo matrimonial aceptado voluntariamente por las partes, y reglado por el derecho consuetudinario del pueblo Wichi. Además de ello, la defensa explica que la costumbre de este pueblo indígena consiste en que la mujer después de su primera menstruación, sin importar la edad que tenga, puede a su arbitrio tener relaciones sexuales, y de igual forma elegir quien será su esposo, quien lógicamente deberá pertenecer a esta comunidad indígena; por lo que el imputado del presente caso no pudo comprender la criminalidad de su acto, siendo inimputable de la violación sexual por la cual fue sentenciado en primera instancia. Finalmente, la defensa alega que por tratarse de una inscripción tardía Estela Tejerina –la víctima- tendría más edad de la que consta en su documento emitido por el registro civil argentino.

5.2 - El voto mayoritario.

En el voto mayoritario (Dres. Antonio Omar Silisque, María Rosa I. Ayala y Guillermo A. Posadas) argumentan su postura basados principalmente en el informe del antropológico⁵⁹ del imputado y de la víctima, lo hacen de la siguiente forma:

“estos elementos de juicio no constituyen cuestiones baladíes ni meras presunciones, toda vez que ellas se ven fuertemente avaladas por el informe de fs. 221/222, incorporado con posterioridad al auto de procesamiento que, dicho sea de paso, debió ser abordado oportunamente, toda vez que de él se desprende la existencia del puntual contexto de convivencia del imputado y de la víctima en un marco de costumbre ancestrales que resulta útil para apreciar una posible distorsión de la comprensión de la conducta atribuida como un injusto penal...”

El voto mayoritario añade la necesidad de que los fallos de los jueces no se limiten a la mera recolección de elementos probatorios, sino por el contrario se enfoquen dentro de la sana crítica, es decir, al ejercicio racional entre la prueba recolectada en el proceso y aquella normativa vigente tanto en el derecho vigente, como aquella normativa consuetudinaria que se derive de los elementos étnico-culturales de la población, cuyo razonamiento y argumentación del juzgador se la debe realizar de manera equilibrada, procurando que los aspectos argumentados por la defensa con sea componentes de un encubrimiento basado en las costumbres ancestrales de este pueblo aborigen.

⁵⁹ En la causa, un informe antropológico elaborado por Víctor Márquez, de la Universidad Nacional de Salta, señaló que “la joven madre ya gozaba de plena libertad sexual a partir de su primera menstruación”. “Es la joven quien lleva a su pretendiente a su núcleo de familia y lo presenta ante el jefe del clan, quien es el que consiente la relación”, expresó. “Con esta libertad sexual que se da desde la primera menstruación, la chica elige compañero. Generalmente la elección se da entre chicos de su mismo rango de edad, aunque no es una cuestión condicionante”, indica. El antropólogo señaló que “la atracción en una pareja wichí se da mutuamente, pero ella, al tener libertad sexual, ostenta un poder de decisión en este aspecto que no lo tiene el pretendiente, sobre todo si es menor de edad”. www.iruya.com/content/view/526/148/

Agregan el siguiente razonamiento: “Desde esa óptica no ha sido razonable la evaluación que el juez hiciera de la influencia que tendrían en el supuesto a juzgar, la multiplicidad de datos acerca de una presunta costumbre indígena convalidatoria de las relaciones sexuales tempranas, que no guardaría estricta correspondencia con los parámetros tomados en cuenta para sancionar el abuso sexual con acceso carnal en el Código Penal Argentino, pudiendo suscitar distorsiones en la comprensión que repercutan en la culpabilidad del imputado”. Posteriormente, destacan que el hecho fáctico objeto de recurso se trata de un acto aceptado por el derecho consuetudinario de la población indígena Wichí; aspecto que no permite aceptar que existe culpabilidad por parte del imputado, y se exhorta afirmar que dentro del procesamiento no se debe olvidar de todos los elementos del delito, es decir que no basta con la tipicidad del ilícito, sino que también se necesita de la culpabilidad del imputado, y que por tanto esta conducta pueda ser reprochable al sujeto. A este razonamiento jurídico le suman la normativa de la Constitución Argentina referente a los pueblos indígenas, el mencionado artículo 75 inciso 17 de la Constitución de la República, y el artículo 15 de la Constitución Provincial que garantiza la autodeterminación de los pueblos indígenas, y por tanto resuelven declarar la nulidad del auto de procesamiento, y por tanto de todos efectos jurídicos que ella haya traído consigo.-

5.3.- La disidencia.

En la disidencia existen apreciaciones que reflejan una postura muy importante, que no puede ser descuidada en este análisis, la Dra. María Cristina Garro Martínez, por su parte en lo principal sostiene: “los hechos del presente caso revelan con certidumbre una gran densidad cultural y suscitan una particular línea de reflexión, dado de que

conlleven la necesidad de analizar la tensión que se plantean entre los distintos puntos que entran en conflicto cuando deben resolverse cuestiones acerca de comunidades indígenas o sus miembros, requiriéndose para ello de una perspectiva que, sin dejar de reconocer sus derechos fundamentales, en modo alguno se desconozca o niegue derechos vinculados, de otra naturaleza o alcance, que le asistan al resto de los individuos involucrados, como tampoco se relativicen las obligaciones que es dable exigir a todos los actores del conflicto”.

Fortalece esta apreciación argumentando que la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado en el sentido de que los tratados y convenios internacionales no derogan a los derechos y garantías reconocidos en la parte dogmática de la Constitución Nacional. A su vez agrega que la Corte también se pronunció a favor de que no existen derechos absolutos, y que los mismos deben ser interpretados de acuerdo a la razón de ser y a su protección. “no puede pretender con éxito la inaplicabilidad de la ley penal nacional respecto del ejercicio indiscriminado de los derechos derivados de su condición indígena y de su identidad cultural, a menos que se confiera a estos últimos una condición de derechos constitucionales absolutos que no poseen, y mucho menos cuando una decisión en tal sentido tendría como consecuencia el desconocimiento de otros derechos individuales cuya esencialidad surge de la interpretación integral de las normas que componen el complejo constitucional aplicable al caso”.

Recalca que las disposiciones constantes tanto en la Constitución Nacional y Provincial, así como en los distintos tratados y convenios internacionales sobre comunidades indígenas expuestos previamente en este trabajo, deben guardar armonía con los derechos fundamentales y derechos humanos reconocidos tanto por el sistema jurídico

nacional como a nivel internacional; por tanto sostiene que el ilícito objeto del proceso penal a juzgar que ha sido invocado por parte de la defensa como un acto propio del derecho consuetudinario del pueblo indígena Wichí no solo es contrario al sistema jurídico argentino, sino que también resulta contrario a las normas que garantizan derechos fundamentales internacionales reconocidos previamente. Es así que “... el acceso carnal a menores cuya edad que, aunque fuere de modo impreciso, pueda situarlas en una franja entre los nueve y once años – como ocurre en el caso, sin que la recurrente haya logrado modificar este presupuesto fáctico –, de modo reiterado hasta alcanzar su embarazo, bajo la modalidad de supuesto consentimiento en virtud de relaciones matrimoniales aceptadas en ciertas comunidades indígenas, resulta objetivamente violatorio de los derechos a la integridad personal y a la dignidad del ser humano (arts. 5 y 11 Pacto SJCR, 12 Pacto Derechos Económicos, Sociales y Culturales), que no deben dejar de aplicarse a la menor Estela Tejerina por la circunstancia de que ambos – víctima y procesado – pertenecen a la etnia Wichí, ya que el complejo garantístico de los derechos humanos debe ser aplicado por los Estados Nacional y Provinciales de modo igualitario a todos sus habitantes (arts. 24 Pacto SJCR, 26 Pacto Internacional Derechos Civiles y Políticos, 5 Conv. S/ Discriminación y 16 de la C.N. y Constitución Provincial)”.- Finalmente argumenta la mencionada jueza que la víctima Estela Tejerina se encuentra amparada no solo por los derechos fundamentales y los derechos humanos de la persona, sino que por su edad se encuentra protegida por la “protección del interés superior del niño”, por lo que cabe afirmar que el acto de naturaleza sexual perpetrado por Ruiz, y que se encuentra tipificado en el Código Penal Argentino, al configurarle como una costumbre propia de la comunidad indígena Wichi también se le configura como una conducta violatoria de los derechos fundamentales

que la comunidad internacional y el sistema nacional reconoce a la víctima Estela Tejerina; por tanto las consideraciones culturales tendrán que ceder cuando entren en conflicto con los derechos humanos. Por tanto se rechaza el recurso interpuesto.

Después de resumir este fallo de casación ocurrido argentino, que ha generado un precedente histórico en el país, y que su vez enriquece dentro de su contenido a la presente investigación, se puede deducir que existen dos posturas claras, con argumentos jurídicos muy válidos, y que resumen en definitiva la problemática planteada previamente, ya que aún cuando exista un voto mayoritario donde se crea un precedente en donde se hace prevalecer a las costumbres indígenas sobre los derechos fundamentales de los individuos, resulta conflictivo jurídicamente el hacer prevalecer derechos colectivos en este caso de las poblaciones indígenas, sobre derechos fundamentales de cada individuo, particularmente cuando están involucrados otros grupos vulnerables como es el caso de los niños y adolescentes, donde su interés superior prima sobre cualquier otro, ya que el reconocimiento de la justicia penal indígena se la realiza dentro del marco de los derechos y garantías del individuo reconocidos en el sistema jurídico nacional así como en la comunidad internacional.

5.4 Regulación constitucional en Argentina de la justicia penal indígena.

Con la promulgación de la Constitución Argentina de 1994, se incorpora un articulado en el cual se reconoce el derecho a la autodeterminación que tienen las poblaciones indígenas. Sin embargo, es un articulado muy ambiguo en cuanto se refiere al ejercicio de la jurisdicción penal indígena, a diferencia de las Constituciones de Colombia y

Ecuador las cuales aceptan esta jurisdicción como un sistema paralelo a la justicia ordinaria siempre y cuando no contraponga la Constitución y las Leyes vigentes.

Considero importante y valioso el transcribir el artículo 75, inciso 17, de la Constitución Argentina reformada:

“Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intelectual; reconocer la personería jurídica de sus comunidades; y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”

La constitucionalista Gelli advierte que no se debe hacer una discriminación irracional en razón de una desigualdad en razón de raza, nacionalidad, creencias religiosas u opiniones políticas⁶⁰. Así, considera que este tipo de declaraciones constitucionales buscan la igualdad de derechos en iguales circunstancias, apelando a la integración de los distintos grupos colectivos hacia una sola Nación. Es decir, no considera que se debería generar poblaciones autónomas que rijan bajo sus propias normas y principios,

⁶⁰ GELLI, María Angélica *“Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Segunda Edición Ampliada y Actualizada”* Ed. La Ley. Buenos Aires 2004. Pág. 572

ya que de lo contrario se podría incurrir en la violación a la seguridad jurídica, que es un derecho constitucional que gozan todos y cada uno de los ciudadanos argentinos, y que garantiza la igualdad ante la ley, el pronunciamiento justo por parte de los órganos de administración de justicia, así como la administración pública, respetando la normativa vigente dentro del ordenamiento jurídico instaurado sin que se puedan aceptar naciones paralelas.

Por otro lado Silvina Ramírez considera que este articulado lo que hace es reconocer la preexistencia de los pueblos originarios:

“Este artículo al reconocer la preexistencia de los pueblos indígenas con nuestros territorio, se convierte en el punto de partida para la protección del resto de los derechos. Los derechos de los pueblos indígenas no constituyen una “concesión” otorgada por el Estado, sino que se conforman con antelación a la construcción de los Estados modernos, tal como los conocemos, lo que permite también reconsiderar el perfil que debe asumir un Estado intercultural, que “tome en serio” los derechos de los pueblos originarios”⁶¹.

Este criterio totalmente contrario a la sostenida por Gelli, apunta hacia una arista distinta sobre la cual se reafirma la corriente propuesta en los tratados internacionales y en las constituciones que aceptan el derecho indígena en la región, la misma que

⁶¹RAMÍREZ, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, GARGARELA Roberto, “Teoría y crítica del Derecho Constitucional”, editorial Abeledo Perrot, tomo II, Buenos Aires, 2009, Pág. 914

consiste en que la justicia penal indígena existe sin la necesidad del reconocimiento por parte de un Estado, o de una norma positiva dentro de un ordenamiento jurídico vigente. Apoyados en esta reflexión se puede deducir que la justicia indígena existiría incluso antes de las formaciones de los Estados y por tanto no se podría hablar de que el Estado hace una excepción a su unidad jurisdiccional

5.5 La justicia penal indígena dentro de la óptica de la teoría del delito.

La teoría del delito se ha visto evolucionada por el estudio constante de distintas teorías y corrientes jurídicas que han sido evolucionadas desde el positivismo con Fran von Liszt, continuando por el neokantismo con autores como Kelsen, Baden, Mezger y otros, continuando con el finalismo de Hanz Wezel, para finalizar en el funcionalismo sistémico con sus mayores referentes como son Gunther Jackobs y Claus Roxín, autores que han aportado de manera significativa a la doctrina del derecho a lo largo de los años, y que ha cimentado una estructura del delito acorde a las necesidades del mundo moderno. Zaffaroni, sostiene que a lo largo de la historia han existido un sin número de teorías del delito sin embargo resalta lo siguiente:

*“no obstante, desde hace más de un siglo las categorías manejadas en todas las teorías del no han variado mucho. En general siempre han oscilado sobre la problemática de las cuatro categorías básicas: a) acción (conducta, acto), b) tipicidad, c) antijuridicidad, y d) culpabilidad.”*⁶².

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pág. 296.

Por tanto al delito se lo puede definir como un acto, típico, antijurídico y culpable; definición que se la obtiene a base de sus categorías que deben estar presentes en su conjunto como para que un hecho ilícito sea punible.

En el caso de la justicia penal indígena, el juzgamiento de los delitos no puede estar alejado de la teoría del delito mencionada en el párrafo anterior, principalmente porque el juzgamiento penal indígena, así como cualquier otro sistema paralelo a la justicia ordinaria, no puede ser contrario a la política criminal de un Estado, para Zaffaroni:

“si por política criminal se entiende el sentido corriente de política eficaz contra el delito, eso no es otra cosa que poder punitivo y, en tal caso, su contención es precisamente la función que debe cumplir el derecho penal”⁶³.

Aquellas costumbres indígenas que resultan delitos deben ser juzgados a partir de la teoría del delito. Específicamente en el análisis del juzgamiento de la justicia penal indígena, tal como se lo discutió en el fallo de casación de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Salta, particularmente en el argumento del voto mayoritario, los ilícitos perpetrados dentro de las poblaciones indígenas constituyen actos (ya que responden a conductas o acciones), típicos (que se encuentran tipificadas en una ley previa, y responden a tipos culposos y dolosos), antijurídicos (que no se encuentra permitido por la norma, es decir que no se verifican causas de justificación) y culpables (consiste en el reproche que se le hace al individuo por tener una conducta ajena a derecho teniendo la posibilidad de cumplir el mandato normativo), es decir responden a la estructura de la teoría del delito. Sin embargo, el conflicto del juzgamiento de la justicia penal indígena radica en la categoría de la culpabilidad de la teoría del delito,

⁶³ ZAFFARONI, op. Cit. Pág. 289.

debido a que el sujeto activo no comprende la criminalidad del acto, ya que á para él su accionar constituye una costumbre aceptada por su población indígena a la cual pertenece, y por tanto no se le puede pedir una conducta distinta a aquella; en otras palabras el sujeto activo cometería un acto, típico, antijurídico pero no culpable.

Zaffaroni con relación al error de comprensión agrega:

“El error de comprensión permite eludir la absurda teoría de que los indígenas son inimputables, la apelación a una genérica y supralegal inexigibilidad de otra conducta o la artificiosa construcción de un estado de necesidad”⁶⁴,

El caso de la culpabilidad de los integrantes de comunidades indígenas se subsume dentro de un error de comprensión provocado por su factor cultural; por tanto el sujeto puede conocer el contenido del injusto de la norma penal, sin embargo no la puede internalizar. Es decir, no puede tener conciencia de su criminalidad por una cuestión cultural, existe un error de prohibición directo debido a que no se le puede reprochar esa falta de internalización, claramente se puede observar que Zaffaroni bajo ningún concepto está de acuerdo con la inimputabilidad del indígena solo por el hecho de revestir esta calidad, apela al argumento de la falta de comprensión del injusto, así ejemplifica “ *El matrimonio indígena a temprana edad no es delito simplemente porque los pertenecientes a esta cultura no pueden comprender que lo sea, y no por inexigibilidad ni por estado de necesidad*”⁶⁵. Bajo este ejemplo práctico se puede dilucidar que un sujeto nacido en una comunidad indígena con una cultura particular podrá conocer que está violando leyes penales, pero a pesar de aquello no podrá

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pág. 581.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, op. Cit. Pág. 581.

comprender la antijuricidad de su actuar porque prevalecerá su molde cultural, y no se le podrá exigir una conducta o una comprensión distinta.

El error de comprensión culturalmente condicionado es un argumento válido para no reconocer la teoría de que los indígenas son inimputables. El indígena solo debería ser inimputable por los mismos argumentos que un “no indígena” o persona que no forma parte de su comunidad es considerado inimputable, sostener lo contrario sería retroceder en el tiempo, y remontarnos a la época de la conquista europea en América, donde al indígena se lo consideraba inferior, y no se le reconocía las mismas obligaciones y derechos que los demás ciudadanos por su calidad, aspecto que violenta directamente el principio de igualdad ante la ley.

CAPITULO 6.

Pluralidad jurídica y proyecto regional de corte penal indígena.

6.1 Control Constitucional de la Justicia Penal Indígena.

A lo largo de la presente investigación se ha intentado vislumbrar el conflicto de la coexistencia entre la jurisdicción penal indígena y la jurisdicción penal ordinaria; problema que se visualiza principalmente cuando entran en conflicto derechos humanos de las partes en un proceso penal. Tal como se ha visto, la jurisdicción penal indígena es una forma de resolución de conflictos penales reconocida por los tratados internacionales y por constituciones de algunos países de la región andina. Por su naturaleza jurídica ha sido de difícil comprensión para la justicia ordinaria ya que responde a motivaciones culturales arraigadas en determinadas comunidades indígenas; y, que por tanto han encontrado su fuente en el derecho consuetudinario.

La autora Silvina Ramírez considera que la evolución de la justicia indígena está obligando a los Estados a generar políticas legislativas y jurídicas que puedan tender a ser aplicadas dentro de los tribunales penales como una solución a la problemática planteada. Sin embargo, afirma que a la fecha no se ha logrado solucionar el conflicto entre los derechos del indígena frente a los derechos del individuo principalmente porque el conflicto étnico cultural no se conoce en profundidad⁶⁶.

El conflicto étnico es un problema de los países de la región sudamericana, que se visualiza de forma más clara en aquellos países donde existe una diversidad jurídica más amplia. En el caso de la República Argentina, al ser un país federal tiene un criterio distinto en cada una de sus provincias. Silvina Ramírez considera:

⁶⁶ RAMÍREZ, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, GARGARELA Roberto, “Teoría y crítica del Derecho Constitucional”, editorial Abeledo Perrot, tomo II, Buenos Aires, 2009, Pág. 923

*“En la Argentina, su sistema de organización federal complejiza las decisiones judiciales. Cada provincia cuenta con su propia administración de justicia, en cuya cúspide se encuentran los tribunales superiores de justicia, y a su vez la dimensión nacional o federal encabezada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene la última palabra en las materias que son de su competencia. Es muy discutible actualmente discernir quién debe decidir en cuestiones atinentes a los pueblos indígenas, si la competencia se agota en la esfera provincial o si la Corte tiene competencia originaria para resolver los conflictos que se presenten.”*⁶⁷

Tal como lo he expuesto existen dos formas en la que podemos encontrar conflictos en la aplicación de la jurisdicción penal indígena, la primera es cuando existe un caso que ha sido investigado por la justicia ordinaria bajo el procedimiento prescrito en la Constitución y la Ley; y, el segundo es cuando las propias poblaciones indígenas por medio de las autoridades reconocidas por la comunidad juzgan a los miembros de la población y emiten una sentencia; la misma que en acorde a las disposiciones constitucionales y de los Tratados Internacionales sobre jurisdicción indígena surte los mismos efectos que una sentencia ejecutoriada en autoridad de cosa juzgada.

En los casos ejemplificativos expuestos en la presente investigación se observó problemas tanto en lo que concierne al procedimiento penal y sus sanciones aplicables, así como lo que corresponde a la parte especial del derecho penal, es decir cuando

⁶⁷ RAMÍREZ, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, GARGARELA Roberto, “Teoría y crítica del Derecho Constitucional”, editorial Abeledo Perrot, tomo II, Buenos Aires, 2009, Pág. 924

estamos frente a conductas que se encuentran tipificadas por la Ley Penal y que a su vez constituyen una costumbre aceptada por las poblaciones indígenas.

Para encontrar una solución al conflicto jurídico cultural planteado, es importante remitirse a la forma en que los países de Sudamérica reconocen a la jurisdicción indígena a través de sus ordenamientos jurídicos. De acuerdo a las declaraciones constitucionales y a los convenios internacionales, la justicia penal indígena no podrá ser contraria a la Constitución y a las leyes vigentes, por tanto la justicia ordinaria debería tener el control constitucional y legal de los fallos de la justicia indígena, ya sea bajo una forma de control constitucional difuso o concentrado acorde a la normativa de cada nación.

Una forma de control constitucional concentrado es cuando la ejerce un cuerpo u órgano determinado colegiado, un ejemplo de esta forma de control es el caso de la República del Ecuador, país en donde su Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y administración de justicia en esta materia, por tanto la revisión de los fallos de la jurisdicción penal indígena le corresponde a esta Corte y es la llamada a pronunciarse sobre la constitucionalidad de las decisiones tomadas tanto por las poblaciones indígenas así como las sentencias dictadas por la justicia ordinaria, no intervienen los jueces ni las Cortes de justicia ordinaria. El control difuso la puede ejercer cualquier juez que considere que una norma es contraria a la carta magna, un ejemplo de esta forma jurídica de controlar la constitucionalidad de la ley y las sentencias la tiene la República Argentina.

6.2. Pluralidad Jurídica Indígena y Derecho Supranacional.

Aún cuando el Derecho Penal indígena tenga que aplicarse en función a la Constitución y la Ley y existan formas de control constitucional como las descritas anteriormente, es necesario entender la naturaleza jurídica del derecho penal indígena, en donde los tipos penales, procedimientos, y formas de juzgamiento no serán en muchos casos iguales a la justicia penal ordinaria por tratarse de una cosmovisión completamente distinta a la de los demás individuos.

Al nacer la jurisdicción penal indígena del seno de sus poblaciones, pueblos o comunidades, se subsume dentro de un pluralismo jurídico, que a su vez ha superado el tratamiento de los sistemas jurídicos locales de los países de Sudamérica. De esa manera, la resolución de los conflictos penales de la jurisdicción indígena deben ser enfocados en sistemas jurídicos que rebasen las fronteras locales y se los aborde desde una postura jurídica supranacional.

Considero que la solución a los casos de derecho penal indígena citados en capítulos anteriores se la encuentra en un sistema jurídico supranacional, que pueda juzgar los procesos de la justicia penal indígena tanto con los principios y normativa de la justicia ordinaria, así como con principios del derecho consuetudinario de la justicia indígena. Es así, que los conflictos penales derivados del derecho penal indígena tienen la ventaja de poder ser alimentados tanto por la pluralidad de principios jurídicos étnico-culturales, como por el de un sistema jurídico global que responde al poder punitivo de los Estados,

en donde se engloba un conjunto de derechos y garantías que se encuentran resumidos en la política criminal de las naciones.

Para el autor Boaventura de Sousa Santos es innegable que actualmente se articulan y relacionan tres escalas de Derecho en un mismo Estado: local, nacional y global⁶⁸. Este derecho global los pluralistas jurídicos lo han entendido como sistemas jurídicos paralelos a la jurisdicción ordinaria, donde los Estados se ven en la obligación de interactuar con sistemas jurídicos locales, externos e incluso supranacionales; interacción que busca enriquecerse mutuamente con el fin de encontrar soluciones a los conflictos que el derecho ordinario no ha logrado solucionar, principalmente cuando se encuentra en disputa derechos colectivos frente derechos fundamentales de las personas como es el caso de la jurisdicción penal indígena.

Por su parte Luigi Ferrajoli al tratar sobre el paradigma constitucional y el neo constitucionalismo afirma que el Estado constitucional ha entrado en crisis⁶⁹, principalmente porque la justicia ordinaria de los Estados ha monopolizado la administración de justicia, sin que pueda aceptar la pluralidad de sistemas jurídicos paralelos. Un ejemplo claro de la afirmación de Ferrajoli es lo que ocurre con la justicia penal indígena; en donde la resolución de sus conflictos debe ser elevado a un sistema jurídico supranacional a fin de que en la práctica existan sentencias que se encajen en un pluralismo jurídico que acepta la diversidad cultural de los pueblos indígenas.

⁶⁸ BOAVENTURA de Sousa Santos, “The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique”, en *Law and Society Review*, Vol. 40, No. 1, Mar 2006, p.45

⁶⁹ FERRAJOLI Luigi, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Madrid, Editorial Trotta S.A., 2010, p. 129 – 130.

El derecho penal indígena como se lo analizó en capítulos previos ha sido elevado a norma supranacional por medio de convenios y tratados internacionales. No obstante, esta situación jurídica ha sido enfocada únicamente para su reconocimiento, más los Estados de la región no han planteado el conformar un sistema jurídico supranacional que conozca y resuelva los casos de la justicia penal indígena.

Por los argumentos expuestos, y una vez que se ha desarrollado la naturaleza jurídica, criminológica y legislativa de la justicia penal indígena, considero que la propuesta para la solución a la problemática planteada en la presente tesis consiste en la conformación de una Corte Penal Supranacional de Justicia Indígena, que pueda aplicar los principios étnicos y culturales a los distintos casos de esta manera de administración justicia paralela, sin descuidar los derechos y garantías constitucionales que gozan todos los individuos.

Esta Corte Penal Supranacional de Justicia Indígena, gozaría de jurisdicción voluntaria, debido a que sería aplicable exclusivamente a los países de Sudamérica que hayan aceptado, suscrito, ratificado y facultado a esta Corte para dirimir aquellos casos de derecho penal indígena que la justicia ordinaria no haya encontrado solución.

En el respeto al ordenamiento jurídico normativo y a la jurisdicción local de cada nación es importante darles la preferencia de juzgamiento a los operadores de justicia de cada país, quienes tendrían la obligación de aplicar el derecho penal indígena de acuerdo a las normas de sus ordenamientos jurídicos vigentes. Solo cuando la justicia de cada país no haya juzgado acorde al derecho penal indígena, y se hayan agotado todos los

recursos procesales sin alcanzar que esta forma de justicia penal paralela a la del derecho penal ordinario sea aplicada, entonces las partes inmersas en el conflicto penal deberán recurrir a la Corte Supranacional de Justicia Penal Indígena. Esta Corte Supranacional atendería los requerimientos de las partes, se ejercería jurisdicción sobre las personas, aplicando un proceso acusatorio donde se velen por el cumplimiento efectivo de los derechos y garantías de las partes dentro de un proceso penal.

Es importante que la creación de una Corte Supranacional de Justicia Penal Indígena esté avalada y respaldada por una Organización de Estados de carácter Supranacional como es el caso de la UNASUR (Unión de Naciones Sudamericanas) ya que considero que es una organización que se encuentra en alza dentro de la región, goza de buen prestigio dentro de los Estados de la región, y además de aquello no ha existido amenazas de retirarse o renunciar a esta organización por parte de los Presidentes de los países de Sudamérica.

6.3 Proyecto de Corte Supranacional de Justicia Penal Indígena.

Un Proyecto de Estatuto Normativo para la creación de la Corte Supranacional de Justicia Penal Indígena debería regirse bajo las siguientes directrices normativas:

- 1) Se crea la Corte Supranacional de Justicia Penal Indígena de América del Sur, los países firmantes facultan a la misma ejercer jurisdicción sobre las personas en los casos en que las partes hayan invocado la aplicación de justicia penal indígena, y los elementos fácticos corroboren este requerimiento.

- 2) La Corte está vinculada con la UNASUR, organismo regional que respaldará las decisiones y sentencias que se emitan, y velará por el cumplimiento de las mismas con la colaboración de los Estados firmantes.
- 3) La Corte podrá actuar en los casos de justicia penal indígena ocurridos en los Estados partes, siempre y cuando los ordenamientos jurídicos locales no hayan aplicado esta jurisdicción especial.
- 4) La competencia de la Corte será exclusivamente para los procesos penales en los que involucren la justicia penal indígena; y, se juzgará en base a los delitos que se encuentren tipificados en el ordenamiento jurídico de la nación donde se haya consumado el delito, de igual forma aplicando las garantías y derechos procesales vigentes en esta nación así como los constantes en los Tratados y Convenios Internacionales.
- 5) Las demandas propuestas ante la Corte deberán ser previamente calificadas, se deberán verificar que efectivamente se trata de un caso de justicia penal indígena, así como se debe comprobar que las partes inmersas en el litigio son miembros de una comunidad indígena reconocida; sin que ninguno de ellos se rija por el derecho penal común. Además, se deberá verificar que dentro del proceso penal existe un problema producto del pluralismo jurídico y diversidad cultural que ponen en conflicto la aplicación del derecho penal común y el derecho penal indígena.

- 6) La parte que acuda a la Corte deberá comprobar cómo en derecho se requiere, que ha agotado todas las herramientas procesales dentro del proceso penal que nacen del derecho local, sin que se haya aplicado de debida forma el derecho penal indígena que le asiste.
- 7) El proceso deberá ser acusatorio, en donde exista un litigio en igualdad de condiciones entre las partes. La víctima estará representada por un Fiscal, y la sentencia deberá ser emitida por un Tribunal, órgano jurisdiccional que está obligado a dirimir los conflictos acorde al derecho penal indígena, y velar por el fiel cumplimiento de los derechos y garantías que les asisten a las partes.
- 8) El Fiscal deberá ser nombrado por miembros de los Estados partes, estará a cargo de la investigación del proceso penal; por tanto deberá aportar con los elementos tanto de cargo como de descargo a fin de obtener un juicio justo. El Fiscal, además de ser letrado en derecho deberá ser indígena, miembro de una comunidad indígena de la región.
- 9) El Tribunal que juzgue en la Corte deberá ser conformado por tres miembros, quienes serán nombrados por los Estados partes, y obligatoriamente deberán ser miembros de una comunidad indígena de la región.
- 10) A fin de que se obtengan sentencias acorde a la diversidad cultural y pluralismo jurídico, el Tribunal tendrá el apoyo de peritos indígenas de las distintas

poblaciones originarias de la región, quienes deberán estar debidamente acreditados en la Corte, y serán quienes aporten con los elementos culturales de los hechos a fin de que se falle acorde al informe que estos peritos realicen.

- 11) Las sentencias condenatorias o absolutorias surten efecto de cosa juzgada y con se podrá interponer recurso alguno, los Estados partes se comprometen a prestar todas las facilidades y colaboración a fin de que se logre la efectiva ejecución de las mismas.

CAPITULO 7.

Conclusiones y recomendaciones sobre de Justicia Penal Indígena apegada a un Estado constitucional de derechos.

7.1 Conclusiones:

Una vez que se ha planteado el conflicto jurídico, y la problemática de la existencia paralela de la justicia penal indígena y la justicia penal ordinaria, resulta necesario encontrar posibles soluciones a fin de que permitan plasmar la eficacia de la norma constitucional, que reconoce la justicia penal indígena, como una forma jurisdiccional efectiva para la resolución de conflictos penales dentro de las comunidades indígenas.

La diversidad de la comunidades indígenas en los países de la región, permiten concluir que existen diferencias culturales y jurídicas marcadas entre las comunidades indígenas y el resto de la sociedad blanco-mestiza; diferencia que ha sido plasmado en normas constitucionales, así como en Tratados Internacionales a fin de que se reconozca la pluralidad jurídica existente entre el derecho ordinario y la justicia penal indígena.-

Silvina Ramírez argumenta:

“en el nivel fáctico se reconoce la existencia de diversidad, lo que implica la coexistencia de cosmovisiones distintas, de prácticas diversas, de culturas diferentes y lo que es crucial en el análisis de una justicia diferenciada: la existencia de intereses en conflicto. Es la propia realidad la que impulsa la necesidad de regulación de una convivencia que en muchos aspectos es forzada y no exenta de tensiones. Sólo con un tratamiento despojado de dobleces será factible alcanzar una unidad fundada en el respeto y la tolerancia de

*otros modos de vida. En el nivel normativo es en donde se recepta la pluralidad. No se crea nada nuevo, sólo se reconoce lo ya existente”.*⁷⁰

Además del reconocimiento por parte de las naciones de la región, es necesario que la justicia penal indígena sea eficaz, por tanto es viable la existencia de dos sistemas penales paralelos que coexistan tanto para la aplicación de la justicia penal indígena, así como de la aplicación de la justicia ordinaria. Sistemas que deberán enriquecerse mutuamente con sus principios generales, garantías, y derechos a fin de generar una relativa armonía que no promueva diferencias jurídicas.

Frente a la pluralidad jurídica existente, una posible solución que se ha planteado en la presente investigación consiste en la conformación de una Corte Supranacional de Justicia Penal Indígena, cuya función sea la de aplicar el derecho penal indígena, distinto al derecho penal común. Corte que debería aplicar y efectivizar lo establecido en la mayoría de legislaciones de la región, que implica el reconocer la justicia indígena como una justicia paralela a la ordinaria.

Sin embargo, aún cuando se reconozca esta justicia penal indígena, cualquier forma de expresión procesal, o sustantiva penal de la justicia penal indígena debe ser enmarcada bajo estricto respeto a los derechos humanos. Reflexión a la cual me adhiero y comparto plenamente.

⁷⁰ RAMIREZ, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>, tomado en la fecha 09/04/2012.

Es una realidad la existencia de una justicia penal indígena que debe ser aplicada en las comunidades indígenas; sin embargo la aplicación de los mandatos de esta justicia indígena deben guardar armonía con los derechos y garantías procesales penales que son de carácter universal de la persona, con el fin de evitar procedimientos que afecten a la dignidad humana, que en lugar de encaminar a una coexistencia de dos sistemas penales, provoquen o estimulen la propagación de prácticas que puedan ser consideradas delictivas por parte de los miembros de las comunidades indígenas.

El respeto a los derechos humanos, derechos y garantías procesales, dentro de un proceso penal garantista, que cuide el debido proceso, debe ser en todas las esferas; y, por tanto debe recaer a todas las personas, sin importar su raza, o procedencia. Es válido recordar que el indígena antes de ser indígena es una persona que goza de los mismos derechos que los demás, por tanto la práctica de una justicia penal indígena bajo ningún concepto puede estar alejada a los derechos fundamentales de los individuos, aceptadas por las Constituciones de las naciones de Sudamérica, así como en los Tratados Internacionales, ya que su aplicación debe ser “*erga omnes*”, es decir que la aplicación de los derechos humanos en un proceso penal recae sobre todos sin discriminación alguna.

Silvina Ramírez considera que el respeto irrestricto a los derechos humanos dentro de un procedimiento penal, puede ser observado desde dos ópticas, la primera consiste en la siguiente postura:

“adoptar una postura relativista frente a los derechos humanos, trivializando por consiguiente su contenido y diluyendo el problema dado que cada cultura puede ejercer sus prácticas con total independencia de lo que otras culturas consideren como valioso o correcto”⁷¹.

Postura que a mi criterio busca aceptar la existencia de un sistema garantista paralelo de derechos fundamentales del individuo; y, por tanto relativiza el principio universal de garantías y derechos individuales en un proceso. De acuerdo a esta autora los derechos y garantías de las partes deberían medirse acorde a la cultura, cosmovisión, y costumbres que emanan de la comunidad indígena; evaluar qué es reconocido como válido dentro de los miembros de la comunidad indígena; situación que puede distorsionar en algunos aspectos con los derechos fundamentales de las personas reconocidos en las constituciones de los Estados Latinoamericanos, pero que resultan válidos por un pluralismo jurídico aceptado y que plantea una postura distinta a la del derecho ordinario.

Para Ramírez una segunda óptica por su parte consiste en lo siguiente:

“considerar que los derechos humanos son inviolables y como consecuencia de ello la imposición de determinadas sanciones por parte de los Pueblos indígenas constituyen claras violaciones a los derechos humanos”⁷².

⁷¹ RAMIREZ, Silvina, *“Diversidad y derechos humanos, un desafío para la administración de justicia penal”*, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/677/1/RAA-11-Ram%C3%ADrez-Diversidad%20y%20derechos%20humanos.pdf>, tomado en la fecha 09/04/2012.

⁷² RAMIREZ, Silvina, *“Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”*, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital

Reflexión menos flexible que la primera, por un lado se debe considerar que los derechos humanos, principalmente dentro de un proceso penal son inmutables, responden a las necesidades, y a las expectativas sociales que han creado un marco de prerrogativas individuales que nacen de la dignidad humana, como tales buscan que la persona no sea un fin en sí mismo, y que por tanto no sea sometida a tratos inhumanos, como son las torturas, mutilaciones, entre otros; que distan de ser herramientas de un procedimiento penal garantista. Por otro lado, no se debe dejar de tomar en cuenta que las comunidades indígenas, y en general los pueblos originarios de una nación responden a una cosmovisión distinta a la del derecho común, generando nuevas formas jurídicas penales y penas distintas a las del derecho penal ordinario, que en definitiva no buscan un objetivo distinto a la que busca la teoría de la pena. La comunidad indígena por medio de las sanciones penales pretende la reinserción del individuo a la comunidad, así como la purificación de su alma, a fin de restablecer los sentimientos colectivos que pudieron verse violentados con la consumación del injusto penal.

El debido proceso debe ser el tronco medular del procedimiento penal, tanto en el proceso penal ordinario, así como en el proceso penal indígena, tendiente a respetar y fomentar la efectiva aplicación de derechos y garantías de las partes, principalmente el derecho a la defensa del acusado, así como los derechos de la víctima.- No se puede hablar de un procedimiento penal acorde al debido proceso si es que no se presta las garantías del caso, como es detenciones ilegales, arbitrarias, la defensa del acusado sin

la presencia de un letrado y sin un juicio justo; prerrogativas de las personas que no pueden ser discriminadas bajo ningún aspecto.

En el desarrollo de este trabajo, se puede concluir que el indígena no puede ni debe ser juzgado por la jurisdicción ordinaria, debido a la pluralidad jurídica de sus comunidades y a la cosmovisión distinta con la que el indígena desarrolla su proyecto de vida con relación al común de los demás; no se puede desconocer sus normas de derecho consuetudinario para resolver un conflicto penal, y principalmente la necesidad que tienen de ser juzgados por sus pares, aspecto procesal que se asemeja al juicio por jurados; tal como lo dice el tratadista Fernando García:

“la situación más palpable, dentro del sistema penal indígena, es la oralidad, acompañada o complementada con una voluntad de solucionar los conflictos por medio de la conciliación, que logra evitar que el indígena acuda al sistema estatal; en esencia se busca generar un procedimiento basado en la misma mediación y en el buen sentido de los miembros de la comunidad”⁷³.

Aún cuando el juzgamiento de los indígenas deba ser por sus pares, es necesario que esta forma de procesamiento se encuentre reconocido en la Constitución de los países que acepta la Justicia Indígena en pro de fortalecer la seguridad jurídica, y que lógicamente este tratamiento procesal este acorde a los derechos humanos reconocidos, aceptados y ratificados por los países principalmente en los Tratados Internacionales.

⁷³ GARCIA, Fernando, op. Cit. ps.85

Me parece imperante que la Corte Supranacional de Justicia Penal Indígena aplique el sistema penal acusatorio establecido en las legislaciones de los países de Sudamérica. Es necesario de que exista la figura del Fiscal indígena, quien como tal ejercerá todas las facultades que la Ley Adjetiva Penal otorga a los fiscales, principalmente el de ser el titular de la acción penal, y tener un rol investigativo en el proceso penal; bajo esta figura se garantiza un proceso en igualdad de herramientas procesales de las partes, a más de ello un efectivo derecho a la defensa, donde las garantías y derechos de las partes sean la base para el procesamiento de el o los investigados.

Considero que el verdadero desafío está bajo la responsabilidad de los operadores de justicia, debido a que son los llamados a aplicar las normas referentes a la justicia penal indígena en casos reales, donde se deben hacer efectivas las reglas de competencia para determinar el momento procesal en el que la jurisdicción indígena debe intervenir o por el contrario la justicia ordinaria, situación que generarán el punto de inicio de un proceso, y por tanto la base procesal para no incurrir en inconstitucionalidades o ilegalidades que desemboquen en la nulidad del proceso penal a futuro, e incluso eviten responsabilidades del Estado ante los organismos internacionales.

De ser el caso de que la justicia ordinaria se inhiba por cuestiones de tratarse de un caso de justicia penal indígena, es obligación de los miembros y autoridades de la comunidad indígena aplicar un procedimiento acorde a las reglas del debido proceso, respetando las garantías procesales que gozan las partes, ya que ellos son quienes en tiempo real aplicarán, o realizarán un juicio justo acorde al modelo establecido en cada ley de los

países que acepten la justicia penal indígena como un método alternativo de solución de conflictos penales.

Es criticable que ningún país en Sudamérica, que reconoce en su Constitución Política a la justicia penal indígena como un método alternativo de solución conflictos; y, que por tanto lo acepta como una excepción al principio constitucional de unidad jurisdiccional, no haya incorporado a su ordenamiento jurídico una ley especial que regule la justicia penal indígena, cuyo texto debería establecer las reglas claras de jurisdicción y competencia de las autoridades comunidades indígenas para juzgar casos penales, y a más de ello establezca las reglas claras de procedimiento, con el fin de que todo se encuentre enmarcado bajo la esfera de los derechos y garantías procesales reconocidos por la Constitución y Tratados Internacionales principalmente.

Finalmente, es válido acotar que son notorias las diferencias que existen entre el derecho ordinario y el derecho indígena; es indudable que la cosmovisión occidental es distinta a del indígena, aspecto que lo hace vulnerable, por tanto es inevitable que los países con asentamientos indígenas autóctonos reconozcan constitucionalmente y legislen sobre la justicia penal indígena, se debe procurar que sean dos sistemas que actúen de forma paralela pero independiente el uno de otro, cuyo factor común sea el respeto de los derechos procesales de las partes, donde exista un debido proceso que haga efectivo el derecho a la defensa del imputado, así como las demás garantías constitucionales que gozamos todos los ciudadanos.

7.2 Recomendaciones:

Es indispensable la coexistencia de la jurisdicción penal ordinaria con la jurisdicción penal indígena, principalmente porque responden a dos sistemas jurídicos diferentes que se encuentran enriquecidos y fundamentados por un pluralismo jurídico diverso, el cual acepta la diferencia de la cosmovisión indígena con relación a la ordinaria y propone nuevas tendencias jurídicas enmarcadas en el respeto a los derechos de las personas consagrados en las Constituciones de las Naciones, en la Ley y en los distintos Tratados Internacionales ratificados por los países.

Es necesario que los distintos países de la región tomen cartas en el asunto, y se pronuncien sobre el tratamiento que se debe dar a la Justicia Penal Indígena, a fin de obtener una justicia penal ordinaria que respete los mandatos de la justicia penal indígena, así como también se decida sobre la creación de una Corte Supranacional de derecho penal indígena tomando en consideración el proyecto normativo de creación de mencionada Corte propuesto en este trabajo de investigación.

Por otro lado, es indudable que la justicia penal indígena constituye un método alternativo de resolución de conflictos, aceptado por la Constitución de los países de Sudamérica que reconocen la Justicia Indígena, así como los Tratados Internacionales; sin embargo, resulta imperativo que el Poder Legislativo de estos países expidan una Ley Especial, que bajo previo asesoramiento de las Comunidades Indígenas regule sobre la jurisdicción indígena, sus procedimientos a utilizar, así como los delitos y las sanciones a los mismos.- Ley que de acuerdo a lo desarrollado en el presente trabajo

debe guardar armonía con los derechos fundamentales de las personas y lógicamente con la Constitución y los Tratados Internacionales.

Sería conveniente que los miembros de las comunidades indígenas tengan mayor intervención dentro de lo que es el poder legislativo, a fin de que puedan promover con la creación de normas esta justicia penal alternativa, de igual forma ratifiquen el hecho de que el indígena bajo ningún punto de vista deba ser considerado para el derecho penal como un ser inferior al resto de los individuos que se rigen bajo el derecho penal ordinario.

Resulta importante el que las Cortes Judiciales de los países de la región capaciten y estimulen académicamente a peritos especializados principalmente en las áreas de la antropología, sociología, y psicología para que en su calidad de expertos sean los llamados a esclarecer al juzgador sobre los distintos escenarios que se pueden presentar dentro de un proceso penal de jurisdicción indígena, a fin de que su actuación sea determinante para cumplir con los fines del derecho penal y no criminalizar aquellos actos que constituyen costumbres aceptadas por las comunidades indígenas y que no generan desmedro alguno dentro de las personas.

Los Estados de América del Sur deben capacitar a todos sus ciudadanos sobre la jurisdicción penal indígena mediante seminarios o charlas, que permitan al ciudadano común entender esta justicia especial, con el único objetivo de generar una discriminación positiva donde los miembros de una comunidad indígena responden a una cosmovisión completamente distinta al de la justicia ordinaria.

El derecho penal y procesal penal son dinámicos, por tanto deben evolucionar de acuerdo a las necesidades que las colectividades exijan, en el caso particular de la jurisdicción indígena resulta recomendable el que se promueva la incursión del pluralismo jurídico dentro de los distintos ordenamientos jurídicos, pluralismo que ayudará a enfrentar aquellos conflictos y temáticas jurídicos penales que sobrepasan las fronteras, es decir que el derecho interno no ha podido dar una solución por distintos factores criminológicos, sociales, culturales, entre otros.

Aún cuando las comunidades indígenas representen un grupo reducido dentro del porcentaje de las poblaciones de los países de Sur América, son de vital importancia dentro de la historia de las naciones así como dentro de la historia jurídica de los países, ya que han mantenido sus raíces, sus costumbres, y por tanto se constituyen en pueblos originarios en donde el derecho, y principalmente el derecho penal y procesal penal se ven en la obligación de cuidar por estas poblaciones vulnerables que por causa de distintos factores ajenos a su idiosincrasia están en peligro de extinción.

La jurisdicción penal indígena está dando sus primeros pasos importantes dentro de la cultura jurídica de las naciones de América del Sur, por tanto es recomendable de que exista un aporte continuo de la justicia penal ordinaria en lo que respecta a derechos fundamentales y garantías procesales que asisten a las personas, el indígena no se puede dejar de considerar persona por el simple hecho de pertenecer a una comunidad indígena, por tanto es recomendable que los derechos fundamentales de los indígenas no

se vean vulnerados por responder aquellos derechos colectivos de poblaciones indígenas como es el derecho a la autodeterminación.

Finalmente es recomendable que la problemática de la jurisdicción penal indígena no se la trate únicamente en los debates parlamentarios o en aquellos seminarios y congresos jurídicos; la jurisdicción penal indígena debería ser enseñada desde las aulas, es decir debería ser parte de la formación de los estudiantes de derecho, quienes como futuros profesionales estén en la capacidad de asumir aquellos conflictos jurídicos que la jurisdicción penal indígena pueda traer. La academia es la llamada a formar profesionales íntegros con bases sólidas sobre los nuevos desafíos del derecho.

8. BIBLIOGRAFÍA:

Libros:

- BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, “Teratologización y Penalización: los fundamentos ideológicos de representación del indígena en la sociedad y justicia colombiana”, editado y copilado por Herinaldy Gómez Cristobal Gnecco, (representaciones legales de la alteridad indígena), Ed. Universidad del Cauca, Colombia, 2008.
- BOAVENTURA de Sousa Santos, “The heterogeneous state and legal pluralism in Mozambique”, en *Law and Society Review*, Vol. 40, No. 1, Mar 2006.
- DURKHEIM, Emilie, “División del Trabajo Social”, Editorial Planeta, Barcelona 1994.
- FERRAJOLI Luigi, *Democracia y garantismo*, edición de Miguel Carbonell, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2010.
- GARCIA, Fernando, “Formas indígenas de administrar justicia”, Ed. FLACSO, Ecuador 2002.
- GOMEZ, Herinaldy, “Representaciones legales de la alteridad indígena”, Ed. Universidad del Cauca, Colombia, 2008.
- GELLI, María Angélica “*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada. Segunda Edición Ampliada y Actualizada*” Ed. La Ley. Buenos Aires 2004.
- JURGER SCHWABE, comp .. , traducción de Marcela Anzola Gil Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional Federal Alemán, de fecha 20 de marzo de 1956, Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung.
- KALINSKY, Beatriz, “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, BAIGÚN David (Dir), “Pena y Estado, Justicia Criminal en las comunidades indígenas”, Editores del puerto, Buenos Aires 1999.
- RAMÍREZ, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, GARGARELA Roberto, “Teoría y crítica del Derecho Constitucional”, editorial Abeledo Perrot, tomo II, Buenos Aires, 2009.

- SALGADO, Judith, “Justicia Indígena, aportes para un debate”, Ed. Abya Yala, Quito-Ecuador 2002.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y los Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares”, HUBER, Rudolf (Dir), “Hacia sistemas jurídicos plurales”, editorial Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá 2008.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, “Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI”, , Ed. Argudo Hermanos, Quito-Ecuador 2000.
- TAYLOR, Ian – WALTON, Paul – YOUNG, Jock: “La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada”, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1977.
- TERAN LOMAS, Roberto A.: “Derecho penal ”, Parte General, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.

Libros y artículos publicados en Internet:

- AVILA SANTAMARIA, Ramiro, “La Justicia Penal en la democracia constitucional de derechos” Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar ,<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1090/1/CON-003-%C3%81vila%2c%20R-La%20in%20justicia%20penal%20en%20la%20democracia.pdf> .
- FLORES, Daniela, “La Justicia Indígena y sus conflictos con el derecho ordinario”, tomado de la página de internet http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=422:la-justicia-indigena-y-sus-conflictos-con-el-derecho-ordinario&catid=74:inredh&Itemid=49.
- LLASAG FERNANDEZ, Raúl, “Derechos Colectivos y Administración de Justicia Indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar ,<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/530/1/RAA-02-Llasag-Derechos%20colectivos%20y%20administraci%C3%B3n%20de%20justicia.pdf>.

- POVEDA MORENO, Carlos, “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar ,<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1425>.
- RAMIREZ, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>.
- RAMIREZ, Silvina, “Diversidad y derechos humanos, un desafío para la administración de justicia penal”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar [http:// http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/677/1/RAA-11-Ram%C3%ADrez-Diversidad%20y%20derechos%20humanos.pdf](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/677/1/RAA-11-Ram%C3%ADrez-Diversidad%20y%20derechos%20humanos.pdf).
- SCJ Salta, 29/09/06, “C/C.R., J.F.- rec. de casación” tomado de la página de internet www.lexisnexis.com.ar.
- TRUJILLO, Julio César, “Administración de Justicia Indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar [http:// http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/540/1/RAA-02-Trujillo](http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/540/1/RAA-02-Trujillo)

Legislación:

- - CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador.
- - CONSTITUCIÓN de la República Argentina.
- - CONSITUCIÓN de la República de Colombia.
- -CÓDIGO de Procedimiento Penal de la República de Bolivia.
- -CONVENCIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Pacto San José de Costa Rica.
- -CONVENIO de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).
- - DECLARACIÓN de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas
- -LEY Orgánica de la Función Judicial de la República del Ecuador.
- -CÓDIGO CIVIL ECUATORIANO.

