

EL RECONOCIMIENTO DE LOS SISTEMAS
PROCESALES PENALES INDÍGENAS.
UN RETO A LOS SISTEMAS OFICIALES
RECOGNIZING INDIGENOUS CRIMINAL PROCESS
SYSTEMS: A CHALLENGE FOR THE OFFICIAL SYSTEMS

Rev. boliv. derecho, n° 7, enero 2009, ISSN: 2070-8157, pp. 134-163

Fco. Javier
**JIMÉNEZ
FORTEA**

RESUMEN: Teniendo como fondo la diversidad cultural y la existencia de un pluralismo jurídico, el presente artículo analiza las reglas que existen en algunas de las comunidades indígenas más importantes de América del Sur para resolver los conflictos más graves entre sus miembros, concluyendo su carácter de auténtico Derecho penal y la existencia de lo que podría denominarse un proceso penal indígena.

PALABRAS CLAVE: Proceso penal; Derecho indígena; diversidad cultural; pluralismo jurídico.

ABSTRACT: Working with cultural diversity and legal pluralism as a frame, the present article analyzes the existing rules in some of the most important South American indigenous communities to resolve the most serious conflicts among its members. The article concludes that these rules are authentic criminal law rules and that its application is made through what can be denominated an indigenous criminal process.

KEY WORDS: Criminal process, indigenous law, cultural diversity, legal pluralism.

SUMARIO: 1.- Introducción. 2.- Diversidad cultural y pluralismo jurídico: 2.1.- El llamado "Derecho indígena" constituye un auténtico Derecho. 2.2.- El reconocimiento del Derecho y la "jurisdicción" indígenas. 3.- El proceso "penal" indígena. 3.1.- El proceso como instrumento de solución de los conflictos sociales. 3.2 Existe un proceso penal indígena. 3.3.- Su morfología. 3.3.1.- Los órganos judiciales. 3.3.2.- La competencia de los órganos judiciales indígenas. 3.3.3.- Procedimiento. 4.- Bibliografía.

I.- INTRODUCCIÓN.

Las cuestiones que el "derecho indígena" plantea constituyen un auténtico desafío para cualquier jurista que quiera acercarse con un mínimo de rigor. En primer lugar, porque exige un tratamiento interdisciplinar, y no sólo entre distintas ramas del derecho, sino también con otras ciencias como la antropología, la filosofía, la sociología o la política. En este sentido, es cierto que la mayoría de los fenómenos sociales, sino todos, es conveniente abordarlos desde la multidisciplinariedad para su mejor comprensión, pero sólo en unos pocos se hace imprescindible, y éste es uno de ellos. Para entender esta afirmación, bastaría con leer algunas sentencias de la Corte Constitucional colombiana donde se ve claramente la interrelación existente en esta materia. Por ejemplo, que este tribunal llegue a la conclusión de que la pena de flagelación a una persona con "perrero de arriar ganado" en la parte inferior de la pierna es "un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía" y que considere "que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que pueda considerarse como tortura"¹, sólo es posible si el bagaje intelectual que los jueces utilizan para dictar esas sentencias va más allá del derecho positivo.

En segundo lugar, supone también un reto, debido a la escasez de trabajos estrictamente jurídicos, así como de una información exhaustiva y sistematizada de la vida y experiencias de las comunidades indígenas, por el hecho de que históricamente se les ha dado la espalda, al pensar erróneamente que únicamente constituían un vestigio de épocas pasadas condenadas a la desaparición y al olvido. Pero también, y más grave, porque durante siglos se les ha explotado, marginado, engañado e incluso exterminado en nombre de una cultura y/o una economía oficiales, únicas

¹ Sentencia T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia.

* El reconocimiento de los sistemas procesales penales indígenas. Un reto a los sistemas oficiales. Un estudio más amplio sobre esta cuestión, puede encontrarse en mi contribución a la obra: AA.VV., Diversidad cultural: conflicto y derecho (coord. Borja Jiménez E.), ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 417-471.

* Fco. Javier Jiménez Fortea

Es actualmente Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia (España). Se graduó en esta Universidad y posteriormente, en el año 1998 se doctoró en la misma, obteniendo el Premio Extraordinario de Doctorado. Es autor único del libro El recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral y ha participado en otros cuatro. Además, ha publicado catorce artículos en distintas revistas jurídicas españolas y extranjeras sobre temas varios relacionados con el Derecho Procesal. Asimismo, ha impartido diferentes conferencias sobre el Tribunal Penal Internacional o la protección internacional de los derechos humanos, entre otras, y ha participado en varios proyectos de investigación financiados por instituciones públicas españolas y la Unión Europea.

y excluyentes. Una situación, hay que decirlo, que ha empezado a cambiar por el auge y la fuerza con que, desde los años setenta y ochenta del siglo pasado, está actuando el movimiento indígena, en particular en América Latina, y la atención que le han prestado instituciones como la OIT y la ONU². La primera, a través de dos importantes tratados internacionales: El Convenio núm. 107, sobre Poblaciones indígenas y tribales en países independientes, aprobado en 1957 y ratificado por veintisiete países³ y el Convenio núm. 169, sobre Pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado en 1989 y ratificado por diecisiete países, el cual constituye el paradigma normativo en esta materia. La segunda, por medio de la creación de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas de la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, así como de un Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, el nombramiento de un Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, la declaración del Decenio Internacional de las Poblaciones Indígenas del Mundo 1995-2004, la aprobación de la Declaración y Programa de Acción de Durban en 2001 y, especialmente, la elaboración de un Proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, todavía sin aprobar.

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

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

En concreto, este trabajo se ha circunscrito a América latina y a una selección de comunidades originarias, que ha venido impuesta por la labor de campo realizado por los miembros del equipo del proyecto de investigación en esta materia del que

² Por supuesto, la OEA también está interviniendo en este proceso de reconocimiento de la realidad indígena y, en concreto, lo ha hecho a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, adoptando en 1997 un proyecto de Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, actualmente en examen por los gobiernos de la Asamblea de esa organización.

³ Como complemento de dicho Convenio, la OIT aprobó en la misma sesión la Recomendación 104, sobre Poblaciones indígenas y tribales.

formo parte⁴. Los países analizados son: Ecuador, Guatemala, Costa Rica, Colombia, Bolivia y Brasil. Y en cuanto a los pueblos indígenas visitados han sido los zápara, maya, bribri, kogis, muiscas, quechua, aymara, pankararú, fulni-ó, xucurú y potiguara.

Para terminar esta introducción, es importante aclarar que, a pesar de que no existe una definición en el Derecho internacional de "pueblo, comunidad o nación indígena", siguiendo a la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas y a sus órganos subsidiarios, así como al Foro Permanente para las cuestiones indígenas también de Naciones Unidas, entendemos por tales "los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a las futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales"⁵.

2.- DIVERSIDAD CULTURAL Y PLURALISMO JURÍDICO.

2.1.- EL LLAMADO "DERECHO INDÍGENA" CONSTITUYE UN AUTÉNTICO DERECHO.

El presupuesto del que hay que partir, innegable desde un punto de vista antropológico y sociológico, es el de la existencia de una multiplicidad de pueblos indígenas que viven desde hace siglos de acuerdo con unas culturas, que los diferencian –y los han diferenciado– de otros grupos humanos con los que comparten un mismo espacio. Unas culturas, que incluyen "reglas" que determinan las relaciones entre sus miembros y ordenan sus vidas, que reflejan cuáles son los valores personales y grupales, cuáles los procedimientos de solución de los conflictos que puedan surgir entre ellos, así como quiénes tienen la autoridad y la fuerza para resolverlos.

Sin perjuicio de que podríamos utilizar otras palabras y extendemos en la definición, reconocer ese conjunto de reglas como "derecho", o no hacerlo, es una decisión política, porque desde el punto de vista jurídico es indiscutible que lo son. El único problema es que usualmente se considera "derecho" al conjunto normativo emanado del Estado⁶, por lo que es *conditio sine qua non* la existencia

⁴ El Proyecto de investigación, financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología español, lleva por título "Diversidad cultural: conflicto y derecho", y su referencia es: BJU 2001-2939.

⁵ GÓMEZ DEL PRADO, J.L., *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 13-30.

⁶ Sobre todo, desde una posición positivista del Derecho.

de éste y cualquier norma emanada por otros entes, que no sean el Estado, tienen otra consideración jurídica. Es cierto, que los sistemas de fuentes de los diferentes ordenamientos jurídicos reconocen, aparte de la ley y junto con los principios generales del derecho o la jurisprudencia en su caso, las reglas consuetudinarias existentes en las sociedades bajo su *auctoritas*, pero sólo en defecto de norma estatal y, en ningún caso, *contra legem*. Es decir, según esta concepción, la costumbre siempre está supeditada a la ley estatal. Se trata, por consiguiente, de dos normas, pero con diferente valor:

Afirmar, entonces, que el conjunto de reglas indígenas constituyen una "costumbre" es ponerlas a otro nivel, exactamente por debajo de las leyes estatales y con las limitaciones arriba mencionadas. No es ésta, desde luego, la pretensión de los pueblos indígenas, que aspiran a un reconocimiento político de su "derecho", como hemos dicho. Una pretensión, que tampoco se ve satisfecha elevando las reglas indígenas a la categoría de "derecho consuetudinario" y añadiendo que éste sólo se diferencia del estatal en la forma oral de creación⁷. "Por lo general, la doctrina jurídica clásica ha utilizado este término en situaciones de colonialismo, expansión imperial, modernización o incluso en países independientes con presencia de población indígena donde se encuentra un sistema políticamente dominante y otros subordinados. De una parte, se denomina "el derecho" (sin adjetivos), al derecho central, estatal, imperial, escrito o codificado. Y se llama "derecho consuetudinario" a los sistemas normativos que sobreviven por la práctica de la gente en los pueblos conquistados o políticamente subordinados."⁸

Todo este planteamiento se corresponde con una concepción monista del Derecho, que, basándose en el principio de seguridad jurídica, supone que dentro de un Estado existe un único sistema jurídico. Frente a esta concepción se alza la del "pluralismo jurídico o legal", que reconoce la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico⁹. Y ello, independientemente de

⁷ En este sentido, TRUJILLO, J.C., "Pluralismo jurídico en el Ecuador", en *Constitución y pluralismo jurídico* (Flores Giménez, coord.), ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, p. 17, entiende que no hay fundamento para considerar que el derecho no escrito o consuetudinario sea inferior al escrito. "Olvidan quienes así no lo creen, que las *constitucional conventions*, que integran el Derecho Constitucional inglés, no son leyes escritas, ni siquiera prácticas reconocidas por los jueces, sino Derecho consuetudinario, prácticas observadas y respetadas por todos, tanto o más que las leyes escritas y el *common law*".

⁸ YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, ed. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, p. 16.

⁹ *Op. cit.*, pp. 16 y ss.

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

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

Como historiador del derecho no dudo en registrar en el mismo territorio del Estado italiano ordenamientos ajenos, que nacen de antropologías diversas (si no opuestas) y son portadoras de diversos (si no opuestos)

que esas normas se califiquen como "consuetudinarias"¹⁰, de su forma de creación oral o escrita y de su estado evolutivo. Lo que no significa que se pueda considerar "derecho indígena" cualquier cosa, sino que lo importante es el reconocimiento político de la diversidad cultural y, derivado de ella, el pluralismo jurídico, el cual como veremos se articula de diversos modos a través de los textos constitucionales y los instrumentos internacionales aprobados al respecto. También, que si las normas son más abiertas en muchos casos¹¹, esto no desvirtúa su carácter vinculante, sino sólo pone de manifiesto una característica específica de esa clase de normas; igual que su origen oral, en lugar de escrito¹².

El pluralismo jurídico no significa preeminencia de un sistema jurídico sobre otro, sino coexistencia y de ésta se deduce la interrelación mutua y, consiguientemente, los posibles conflictos. Por consiguiente, desde la perspectiva pluralista, que proponen los pueblos originarios, no sería admisible un modelo de homologación o revisión en el que el ordenamiento estatal ejerciera funciones supervisoras del indígena. Así como tampoco, un sistema en el que la competencia se repartiera según criterios de mayor o menor relevancia, dejando obviamente lo de menor trascendencia en manos de las comunidades indígenas.

En cuanto a la coexistencia, se basa en la idea de grados, según sea el ámbito y las circunstancias, las personas actuarán bajo un derecho u otro. Por ejemplo, el derecho indígena actuará con carácter casi exclusivo "cuando los niveles de cohesión social sean más altos, haya más distancia geográfica respecto de los centros urbanos, la violencia política haya tenido menor efecto y haya menor presencia de sistemas que buscan regular la vida social (sectas, presencia estatal, etc.)"¹³.

En segundo lugar, la interrelación significa que no existen "derechos puros"¹⁴, igual que el occidental se ha nutrido históricamente de otros, al indígena le ha ocurrido lo mismo, por eso no es extraño encontrar multitud de instituciones coloniales que los indígenas aplican con normalidad. Ahora bien, más que a eso, la interrelación apunta a que el derecho estatal y el indígena —o indígenas, pues pensemos que en un país pueden existir varios pueblos regidos por normas diferentes— no caminan

valores jurídicos, que tienen la sacrosanta pretensión de convivir con la oficialidad dominante porque son el signo de la complejidad de la experiencia jurídica que el derecho del Estado no agota".

¹⁰ O expresiones similares, como "costumbre", "tradiciones ancestrales", "usos y costumbres", etc.

¹¹ Se debe tener presente que en el derecho indígena no rige en toda su extensión, por ejemplo, el principio de legalidad en el ámbito penal, tal y como lo conocemos. Puede verse al respecto: BORJA JIMÉNEZ, E., *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 29 y ss.

¹² Existen comunidades indígenas, no obstante, que tienen parte de su derecho recogido por escrito en reglamentos y que, incluso, utilizan la escritura en su administración de justicia, principalmente en la elaboración de las actas, como los paeces, los aymara, los quechua y los guaraní. Con todo, en algunos países, la exigencia de "codificación" por escrito del derecho indígena es una forma de neocolonialismo, que ha llevado además en algunos casos a una situación paradójica, pues hay comunidades que tienen unas normas por escrito, pero son otras las que aplican.

¹³ YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, cit., p. 31.

¹⁴ *Op. cit.*, p. 30.

paralelamente sin "tocarse", sino que llegan incluso a influirse mutuamente, aunque cada uno mantenga un eje cultural propio, que es lo que les dota de identidad propia. Aún más, los indígenas tienen una estrategia de utilización de recursos múltiples, acudiendo indistintamente a uno u otro, según sea la necesidad o el interés perseguido¹⁵.

Por último, esta coexistencia no puede presumirse pacífica y la realidad demuestra que los conflictos forman parte de la misma. En este sentido, y referidos a cuestiones, podríamos denominar, procesales destacan, como veremos, los relativos a la competencia por razón de la materia, del territorio o de las personas, la falta de reconocimiento de las resoluciones indígenas, el problema del *non bis in idem*, la criminalización de la justicia indígena, o las presuntas vulneraciones de los derechos humanos por esta jurisdicción¹⁶. En cuanto al mecanismo para resolver esos conflictos, las constituciones de los países que proclaman la pluriculturalidad han previsto leyes de coordinación entre los dos sistemas jurídicos, el estatal y el indígena, pero por ahora no ha sido aprobada ninguna, por lo que los problemas persisten. Estas leyes, en todo caso, se han de desarrollar respetando los derechos reconocidos por las constituciones nacionales y el Convenio 169 de la OIT, sin poderlos restringir o recortar, y especialmente estableciendo mecanismos adecuados de coordinación entre la "jurisdicción" indígena y la policía, el ministerio fiscal o los registros públicos¹⁷.

2.2.- EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO Y LA "JURISDICCIÓN" INDÍGENAS.

El reconocimiento político de la pluriculturalidad y, a partir de ahí, del derecho y la "jurisdicción" indígenas ha sido un proceso largo, todavía inconcluso¹⁸. Puede citarse como antecedente el Convenio de la OIT de 1957 sobre Poblaciones indígenas y tribales, si bien hay que decir que, aunque pretendía la protección e integración de las poblaciones indígenas y tribales, en realidad no reconocía la diversidad cultural y los derechos de estos grupos nacionales. Fue Bolivia el primer país en hacerlo en su constitución de 1967. A éste le siguieron Panamá (1972), Guatemala (1985), Brasil (1985), Nicaragua (1986), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993),

¹⁵ Así, por ejemplo, ha habido indígenas que han "huido" de su sistema propio para acudir al estatal y evitar ser castigados o recurrir la sanción que les impuso su comunidad.

¹⁶ YRIGOYEN FAJARDO, R., *Pautas de coordinación entre el Derecho indígena y el Derecho estatal*, cit., p. 90.

¹⁷ YRIGOYEN FAJARDO, R., *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, Ponencia presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita, p. 15.

¹⁸ Seguimos aquí a BOTERO MARINO, C., "El multiculturalismo en la jurisprudencia constitucional colombiana", en *Constitución y pluralismo jurídico* (coord. Flores Giménez, F.), ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004, pp. 156 y ss.

Honduras (1994), Argentina (1994), México (1995), Ecuador (1998) y Venezuela (1999). Como corolario al reconocimiento de la pluralidad cultural y jurídica, y desde un punto de vista internacional, hay que añadir el del Convenio núm. 169 de la OIT de 1989, también antes citado, y ratificado por la mayoría de esos países¹⁹.

Ahora bien, esos reconocimientos constitucionales varían en intensidad de un país a otro, sobre todo en lo que al derecho y a la "jurisdicción" indígenas se refiere, y destacando por su amplitud los países andinos²⁰. Bolivia, por ejemplo, en su constitución de 1993 ha atribuido a las comunidades indígenas derechos sobre sus territorios ancestrales y los recursos naturales, les ha dotado de autonomía política, económica y cultural, así como de personalidad jurídica y ha afirmado la existencia de una "jurisdicción" indígena. Honduras, por el contrario, se ha limitado a establecer el deber del Estado a proteger a las comunidades nativas.

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

Según la Corte Constitucional de Colombia²¹, cuyas conclusiones, por su rigor y profundidad, podríamos extender a otros países, el reconocimiento de la "jurisdicción indígena" supone: Primero, la posibilidad de la existencia de autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas. Segundo, la potestad de que establezcan normas y procedimientos específicos. Tercero, la sujeción de todo lo anterior a la constitución

¹⁹ Hasta el momento, este Convenio ha sido ratificado por diecisiete países, entre los que se encuentran los citados en el texto, salvo Panamá y Nicaragua. En concreto, han sido: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Fidji, Guatemala, Honduras, México, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, y Venezuela.

²⁰ Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador y Venezuela.

²¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-139/96 (Ponente: Carlos Gaviria Díaz).

y a la ley. Y cuarto, la competencia del legislador para establecer los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción indígena y la estatal.

Correlativamente, lo anterior implica que las autoridades indígenas puedan conocer y resolver los asuntos que, según las reglas de competencia, les correspondan, utilizando incluso la fuerza pública cuando sea necesario para el cumplimiento de sus decisiones. Asimismo, la validez y el reconocimiento de las resoluciones adoptadas por la jurisdicción indígena, impidiéndose un segundo proceso —estatal— por los mismos hechos y cupiendo únicamente la revisión de la decisión indígena cuando vulnere derechos humanos —interpretando éstos desde una óptica intercultural— y, en particular, el derecho al proceso debido, entendido como previsibilidad y aplicación de los procedimientos y de las sanciones conforme a los usos y costumbres de la comunidad indígena de que se trate.

3.- EL PROCESO "PENAL" INDÍGENA.

Habiendo concluido que el conjunto de reglas que rigen la vida de los pueblos y comunidades indígenas constituyen auténtico Derecho, reconocido incluso en instrumentos internacionales y en las constituciones de varios países, cabría a continuación plantearse si existe un Derecho penal indígena y, análogamente, un Derecho procesal penal también indígena.

No obstante, que existe Derecho penal indígena, no es algo evidente. Exige, primero, un conocimiento de esa realidad y, sobre todo, despojarse de ciertos prejuicios doctrinarios. En este sentido, me parece interesante traer las palabras de BORJA JIMÉNEZ, penalista español, el cual, después de haber vivido en las comunidades indígenas de la Sierra y del Oriente del Ecuador y estudiado su forma de vida, ha afirmado la existencia de un Derecho penal indígena, en la medida que ha constatado "un conjunto normativo que reprueba y considera como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a lo que en el derecho occidental se denominan delitos (...) que ese conjunto normativo asocia a esos comportamientos antisociales determinadas consecuencias que normalmente denominamos sanciones o penas (...) este conjunto de instituciones (delitos, penas, reglas jurídicas consuetudinarias, procedimiento, autoridades...) integran un sistema. (...) La reacción social ante los delitos más graves no responde, por tanto, a la arbitrariedad o a la venganza de la víctima, sino que se deriva de una ordenación institucional prevista para resolver racionalmente, estableciendo soluciones similares a casos similares, los conflictos más graves de convivencia."²² Las imperfecciones de este sistema, como las de cualquiera, incluido el nuestro, no le restan virtualidad

²² *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., pp. 6-7.

práctica y reconocimiento. Los casos de linchamientos en concreto, tan frecuentes por desgracia en estos países, obedecen a una lógica que está al margen del sistema jurídico al que aquí nos referimos.

Por otro lado, que existe un "proceso penal" indígena tampoco es evidente. Puede pensarse, con razón, que si existe Derecho penal lo lógico es que tenga su correspondiente proceso, pero esto no es suficiente para afirmar su existencia. Para hacerlo, habría que concluir que los "procedimientos" indígenas utilizados para impartir "justicia" constituyen un auténtico "proceso".

3.1.- EL PROCESO COMO INSTRUMENTO DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS SOCIALES.

Siendo conscientes de las limitaciones que la idea de conflicto supone para una comprensión global del fenómeno procesal, es indudable su valor como punto de partida para su comprensión. Así, la idea de conflicto permite plantear cuáles son los medios posibles para solucionarlo, la autotutela, la autocomposición y la heterotutela o heterocomposición, y exponer la evolución que se ha dado en el tiempo y las razones que han llevado al nacimiento de la jurisdicción²³.

En este sentido, todo apunta a que el primer paso de esa evolución lo debió constituir la prohibición de la autotutela, por los riesgos que implica: El hecho de que una parte imponga su solución a la otra sólo puede hacerse desde la persuasión, física o dialéctica, lo que inevitablemente conduce a que sea la parte más fuerte la que la imponga a la más débil. No hay que esforzarse demasiado para imaginarse los medios que debían utilizarse para resolver los conflictos por este sistema en las sociedades incipientes o primitivas y el resultado alcanzado: El triunfo de la violencia sobre la razón. Mucho más, si es el ofensor quien vence o prevalece²⁴.

Reconociendo como un avance el derecho a vengarse y someter la venganza a un cierto control por parte del grupo o familia, como ocurría con la "Ley del Talión" ("ojo por ojo y diente por diente"), puesto que con ello se impedían "reacciones

²³ Dice al respecto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO ("Causas y efectos sociales del Derecho Procesal", en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, t. II, México, 1974, p. 142), que "aunque los orígenes remotos del proceso son desconocidos, cabe conjeturar, con diversos autores, que la evolución del mecanismo judicial ha pasado por las siguientes fases: a) una de *autotutela desenfrenada*, en que cada cual se tomaba la justicia por su mano y en la medida que su solo arbitrio le dictaba, sin más tope que la fuerza o resistencia del contrario; b) una segunda, de *autotutela refrenada* por el sentimiento social (como ejemplo muy significativo, la paulatina humanización de la *manus iniecto* en Roma); c) una tercera, de *intervención* de la familia, tribu o *sippe*, primero voluntaria y luego forzosa, para obtener un arreglo de tipo autocompositivo entre las partes; d) una cuarta, en que se instituye el arbitraje, es decir, ya un genuino proceso, sólo que ante jueces privados; y e) finalmente, un *proceso jurisdiccional público*, cuando surge una organización (no siempre estatal: municipios castellanos durante la vigencia del sistema foral, señorios con potestad de administrar justicia, tribunales eclesiásticos de diferentes credos y de distintas épocas, etcétera) con fuerza suficiente para decidir imperativamente *supra partes*".

²⁴ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., p. 143.

contra los agravios mucho más nocivos y perjudiciales que éstos mismos"²⁵, continuamos en el ámbito de la autotutela, la cual entraña riesgos evidentes: "el de la no proporcionalidad de la reacción y el de conductas antijurídicas basadas en la fuerza, que es elemento clave de la autotutela (lo que supone una situación de partida ya injusta: sólo pueden reaccionar los fuertes o los débiles que gocen de protectores)"²⁶.

En tal estado de cosas es imposible que un grupo evolucione hacia una sociedad, donde existan estructuras estables de interrelación, que permitan que cada persona que la integra se desarrolle sin miedo, planificando su futuro con un margen de seguridad. Por esta razón, el primer paso debió constituirlo la prohibición de la autotutela. De hecho, en la actualidad todos los ordenamientos jurídicos la prohíben con carácter general (por ejemplo, el español lo hace en el artículo 455 del Código Penal, prohibiendo lo que denomina la realización arbitraria del propio derecho), sin perjuicio de permitir algunas manifestaciones de la misma, siempre con carácter de *ultima ratio* y sujetas a requisitos muy estrictos.

La segunda fórmula de solución de conflictos, como se ha dicho, es la autocomposición, consistente en que son las mismas partes las que ponen fin al conflicto que las separa²⁷. Se diferencia de la autotutela "en que dicha solución no se impone por la fuerza, sino a través del acuerdo de voluntades o del voluntario sacrificio o resignación de una de ellas"²⁸. Presupuesto de la misma es la libertad y disposición que han de tener las partes en conflicto de sus derechos o bienes. No podrá, en consecuencia, utilizarse este mecanismo cuando sean indisponibles. Como manifestaciones en nuestro ordenamiento jurídico pueden citarse la renuncia, el desistimiento, la transacción o el allanamiento. Ahora bien, este sistema no está exento de riesgos: el acuerdo alcanzado puede entrañar la claudicación de la parte económicamente más débil o ser la consecuencia de una errónea representación de la posición jurídica de una de las partes, considerándola más endeble de lo que en rigor es²⁹.

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

²⁵ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 19.

²⁶ DE LA OLIVA SANTOS, *Op. cit.*, p. 19.

²⁷ Dice ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO (*Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., p. 143), que la autocomposición viene "aconsejada por el difundido aforismo de que <<más vale una mala transacción que un buen pleito>>, e incluso por la maldición gitana de <<pleitos tengas y los ganas>>".

²⁸ GIMENO SENDRA, *Introducción al Derecho Procesal* (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), Madrid, 1996, p. 25.

²⁹ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Causas y efectos sociales del Derecho Procesal*, cit., p. 143.

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

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

La paz social a la que arriba me refería, como fin al que se dirige el Derecho procesal, exige justicia, entendida ésta en el sentido lato del término de dar a cada uno lo suyo. Es cierto, que el Derecho en su conjunto contribuye a este ideal, que la actuación del mismo en las relaciones jurídicas es mayoritariamente espontánea, pero no puede obviarse el hecho de que, en algún momento, los conflictos van a surgir y que los mecanismos autocompositivos pueden no ser eficaces o, simplemente, por los derechos e intereses en juego, inapropiados. Es entonces cuando, rota la paz social, se hace necesario el proceso para recomponerla. Aquí es donde encuentra su justificación y su razón de ser este mecanismo de solución de los problemas sociales.

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

3.2.- EXISTE UN PROCESO PENAL INDÍGENA³⁰.

A pesar de que el Derecho procesal es una disciplina relativamente joven, se ha desarrollado muy rápidamente, alcanzando un alto grado de elaboración, que le ha situado entre las partes del Derecho más importantes, por eso he querido con el apartado anterior ir al contenido primigenio de nuestra ciencia. De lo contrario, todo el armazón doctrinal del que nos hemos dotado podría impedirnos llegar a la afirmación contenida en el título de este epígrafe. Aplicando al Derecho procesal lo afirmado por BORJA JIMÉNEZ respecto al Derecho penal y que hemos transcrito más arriba³¹, cuando te aproximas a la realidad indígena descubres que el conjunto de axiomas sobre los que descansa la ciencia procesal y, que se consideraba que de no concurrir en un determinado sistema procesal penal debía conducir a negarle tal condición, sin embargo, no es universal. En definitiva, que nuestras categorías occidentales, en particular nuestro sistema garantístico, no son útiles para examinar y, mucho menos, juzgar todos los sistemas punitivos existentes, entre ellos los de los pueblos y comunidades indígenas.

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

En primer lugar, todas las sociedades, incluidas las indígenas, tienen unos valores y, de entre ellos, unos que estiman esenciales, por lo que su vulneración merece un mayor reproche en forma de sanción o pena. Al respecto, el catálogo de conductas tipificadas como delitos en los ordenamientos indígenas coincide básicamente con el de los sistemas estatales, si bien consideran punibles además otras conductas. Así, por supuesto, el asesinato, el robo, o la violación son castigados por los indígenas, pero también el adulterio, la ociosidad o la brujería, entre otros³², constituyen para ellos ilícitos penales. En cuanto a las sanciones o penas³³, es donde existe la mayor divergencia entre ambos ordenamientos y se plantean los graves problemas de compatibilidad con los derechos fundamentales e incluso humanos, en la medida que aquéllas van desde la simple amonestación, los trabajos en beneficio de la

³⁰ Este título me lo ha sugerido un epígrafe de la obra de BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., p. 6.

³¹ BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., p. 175.

³² Por ejemplo, el chisme, los celos conyugales, las disputas religiosas, y el suicidio.

³³ Para un estudio pormenorizado de los delitos y las penas indígenas, ver BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., pp. 142 y ss.

comunidad o la indemnización de la víctima o sus familiares, al corte de pelo, el cepo, los latigazos –acompañados de consejos-, hasta la muerte o la expulsión de la comunidad. Esta última, aunque nos pueda parecer extraño, es de las más graves que se pueden llegar a imponer; en la medida que supone la muerte civil del sujeto, llegándose incluso a prohibir pronunciar su nombre en la comunidad de origen.

Pues bien, del mismo modo que en los ordenamientos occidentales ante a una conducta tipificada está prohibida la autojusticia –lo que no impide que de vez en cuando se quebrante- y no se puede imponer una pena sino es a través del proceso penal, en los ordenamientos indígenas, el reproche social se articula a través de un procedimiento reglado y preestablecido de naturaleza heterocompositiva, sin excluir bajo ciertas condiciones fórmulas autocompositivas –igual que en los occidentales³⁴. Un procedimiento, que no es fruto de la improvisación ni de la arbitrariedad y, además, conocido por todos los que forman parte de esa comunidad. Asimismo, no es invariable o estático³⁵, ni necesariamente escrito o sometido al régimen de publicidad de nuestras leyes, por razones obvias³⁶.

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

Respecto al modo de resolver los conflictos en las comunidades indígenas, ya se ha dicho, que el que exista un sistema heterocompositivo no excluye, que a la vez se den mecanismos autocompositivos, como la mediación. Por ejemplo, en Guatemala, la Defensoría Maya o la Defensoría Indígena ejercen funciones de mediación en los problemas internos de las comunidades³⁷. Asimismo, en el seno de éstas no es extraño que, ante determinados problemas penales, como los casos de violencia contra la mujer, las autoridades indígenas actúen como mediadores y

³⁴ Piénsese, si no, en la mediación en el proceso penal de menores español, en la conformidad del proceso penal de adultos también español –con matices-, los *absprache* en el proceso alemán, los *patteggiamenti* en el italiano, o el *plea bargaining* en el americano.

³⁵ Sobre este aspecto del principio de legalidad, ha afirmado la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-349/96 que el artículo 246 de la Constitución, cuando se refiere a que las autoridades juzgarán conforme a las "normas y procedimientos" de la comunidad indígena "presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas" y que deben "evitarse, no obstante, dos conclusiones erradas en torno a esta formulación. Por una parte, el reducir el principio de legalidad a una exigencia de previsibilidad no implica abrir el paso a la arbitrariedad absoluta, ya que las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social. Por otra parte, no puede extenderse este requerimiento hasta volver completamente estáticas las normas tradicionales, en tanto que toda cultura es esencialmente dinámica, así el peso de la tradición sea muy fuerte".

³⁶ En la misma sentencia T-349/96, en relación a este aspecto, afirma la Corte: "El conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de integración social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de lo escrito para que, por un lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico; y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades".

³⁷ Por supuesto, también entre la comunidad maya y terceros.

no como juzgadores³⁸. También es cierto, que en el proceso la pena a imponer se "negocia" entre el infractor y la autoridad correspondiente e, incluso, las condiciones de la ejecución de la misma, habiéndose llegado a afirmar que estamos ante un "derecho de mediación"³⁹. Sin embargo, mi opinión no es ésta, no ya sólo porque la mediación exija la presencia de un tercero, ajeno a las partes, pero no *supra partes*, que la viabilice, y que aquí no se da. La razón de fondo es que la autoridad siempre actúa como tal y su potestad es indiscutible. Es ésta la que decide finalmente qué sanción aplicar, sin perjuicio de que por considerar un valor superior el equilibrio comunitario se module aquélla o incluso se llegue a no imponer sanción alguna, para lo que se tiene en cuenta la opinión del infractor –tratando de que reconozca y asuma la sanción como camino de reinserción social-, la de las familias afectadas y, en definitiva, la de la propia comunidad.

En cuanto a las características que han de tener los órganos que imparten justicia, en los ordenamientos occidentales se concretan en las de independencia y sumisión a la ley, responsabilidad, imparcialidad e inamovilidad. Según este planteamiento, la falta de una de ellas, provocaría que no estuviéramos ante un verdadero órgano jurisdiccional.

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

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

³⁸ No es extraño que el *jilaqata* con la *mama jilaqata* acudan al hogar de la familia en conflicto y tengan conversaciones con ellos, tratando de conciliarlos y evitar futuras agresiones. No obstante, las autoridades pueden adoptar medidas más extremas, castigándolos a estar encerrados juntos en la casa comunal para que recapiten y hablen entre ellos.

³⁹ BORJA JIMÉNEZ, *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, inédito, pp. 19 y ss.