

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 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.

Sin embargo, no siempre se produce, porque en muchos casos quien juzga es la propia comunidad, reunida en consejo o asamblea⁴⁰, por lo que en este caso no se produciría. En los demás, considerando que desde una perspectiva occidental podría resultar difícilmente admisible, desde la concepción indígena no lo es, porque como ya se dijo el proceso penal no es, en realidad, "penal", tal como nosotros lo entendemos. Es decir, en nuestra concepción, cuando alguien comete un hecho delictivo se le castiga, porque es lo que se merece, y se busca la prevención especial y general, sin perjuicio de cierta atención a la víctima. Sin embargo, en los sistemas de control indígenas lo esencial es el equilibrio o la armonía en el seno de la comunidad, especialmente entre las familias que la conforman, buscando la satisfacción de la víctima y la reintegración del sujeto, evitando su estigmatización. Al punto, por ejemplo, que suele ser común que los pequeños ilícitos, como robos o lesiones, cuando sean cometidos por primera vez no se castiguen. Teniendo como fondo esto, puede entenderse mejor que la función de "gobierno" del cabildo o jefe, incluya, además de "administrar", la de "juzgar", puesto que es el que mejor conoce cómo está el equilibrio comunal, el más interesado en que se restaure y en cómo hacerlo.

Por último, en tercer lugar, precisamente por tratarse de los bienes más importantes el reproche o sanción en caso de vulneración también han de ser significativos, lo que exige que el proceso esté rodeado de unas garantías especiales e imbuido de unos principios específicos, diferentes de los que rigen en aquéllos en los que los bienes en juego son menos relevantes. En este sentido, el proceso indígena no es una excepción. Como es fácilmente comprensible, no es lo mismo resolver un problema de lindes entre dos predios o una desavenencia conyugal, que un robo o un asesinato. Es más, dentro de las conductas que podríamos considerar criminales también existen grados, diferenciándose en algunos casos una "justicia mayor" y otra "menor"⁴¹.

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

Centrándonos en los dos más sobresalientes, sobre el derecho a la asistencia letrada, en primer término, hay que decir que normalmente la doctrina que ha

⁴⁰ De estos órganos, forman parte todos los mayores de edad, que pertenecen formalmente a la comunidad.

⁴¹ FERNÁNDEZ OSCO, M., *La ley del ayllu*, ed. Fundación PIEB, La Paz, 2000, pp. 189 y ss.

estudiado este tema lo confunde con el derecho de defensa⁴², cuyo contenido, de una manera sintética puede expresarse con el brocardo de que "nadie puede ser condenado sin ser oído"⁴³. Una vez aclarada esta cuestión, hay que reconocer que el derecho a la asistencia letrada no se cumple exactamente, en la medida que no intervienen en esta clase de procesos propiamente abogados, aunque a veces sí una figura similar⁴⁴ o la familia del acusado⁴⁵.

No obstante, en mi opinión, sin perjuicio de reconocer el valor de la asistencia de los familiares del acusado, por la cosmovisión indígena que supone que cualquier hecho no se queda en los sujetos afectados sino que se extiende a sus familias e, incluso, a toda la comunidad, así como la ayuda y el apoyo que pueden darles, existen razones técnicas que justifican una adecuación de este derecho al proceso indígena. La razón es que siempre ha sido posible la autodefensa, existiendo en todo ordenamiento supuestos que la admiten – asuntos de pequeña cuantía, trámites de inicio poco complejos procedimentalmente, que el demandante tenga la condición de letrado en ejercicio, etc. – y sólo la progresiva complejidad de los procedimientos ha aconsejado la instauración de su obligatoriedad, que en el proceso penal, dados los derechos en juego, ha terminado siendo obligatoria, hasta el punto de recogerse en las constituciones y los tratados internacionales. Con todo, existen reminiscencias de la misma, por ejemplo el derecho a la última palabra del acusado en el juicio, e incluso excepciones a la misma⁴⁶.

Por lo tanto, si la razón última de la exigencia de la asistencia letrada se encuentra en la complejidad técnica de los procedimientos y el desconocimiento de los mismos por el ciudadano medio, dado que los procedimientos indígenas carecen de esa complejidad y son perfectamente conocidos por los miembros de las comunidades,

⁴² En este sentido, la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96, ya citada.

⁴³ En algunos ordenamientos indígenas se puede condenar en ausencia del acusado, lo que no es extraño para nosotros, en la medida que la mayoría de ordenamientos occidentales lo permiten para casos no graves, pero que aquí adquiere una dimensión nueva y expresa esa idea, ya repetida, de que los ilícitos cometidos vulneran no sólo los derechos o intereses de la víctima y su familia, sino también el equilibrio de la familia del agresor y de toda la comunidad.

⁴⁴ En Colombia, por ejemplo, la comunidad indígena páez permite que el acusado sea defendido por un miembro activo de la comunidad, que conozca la lengua y las costumbres.

⁴⁵ Ha afirmado al respecto la Corte Constitucional colombiana (sentencia T-349/96), que "no existe para ellos tal como nosotros lo entendemos, pues no son valores individuales los que dentro de su cosmovisión se protegen prioritariamente. En cambio, es esencial para ellos el mantenimiento de la paz, bien que se quebranta con un hecho como el homicidio, que puede implicar un conflicto entre familias, el cual sólo puede prevenirse mediante un acuerdo entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma (...) Hay que asumir, entonces, que los intereses del sindicado están representados por sus parientes y, de ese modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa, que en la filosofía política liberal (que informa nuestra Carta) se endereza a la promoción de valores estrictamente individuales".

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

⁴⁶ El Tribunal Penal Internacional para la exYugoslavia, que enjuicia los delitos de genocidio cometidos en ese país durante la guerra, permitió a Milosevic renunciar a la asistencia letrada y autodefenderse.

por tratarse de usos y costumbres, muchas veces, centenarias, una excepción de este derecho no parece irrazonable. Por otro lado, pretender exigir la presencia de un abogado en estos procesos iña en contra de la diversidad étnica y cultural⁴⁷.

El segundo de los derechos proclamados por los ordenamientos jurídicos occidentales y que debe matizarse en los indígenas es el de la presunción de inocencia. Es cierto, que en el proceso indígena se realiza una fase de investigación, a través de la cual se determina quién ha podido cometer el hecho criminal y que, mientras tanto, todos son inocentes. Ahora bien, este derecho no tiene la intensidad que despliega en nuestros ordenamientos, pues muchas veces se detiene a quien, por las características de los hechos, los ha cometido con anterioridad, independientemente de las circunstancias y en comunidades aisladas cuando el delito del que se le imputa es el de brujería, si el que acusa es un chamán, no hay defensa posible⁴⁸. De todos modos, teniendo en cuenta que en las comunidades, como ya se ha dicho, existe un control social muy estricto, es difícil sustraerse a los ojos y los oídos del resto del grupo, por lo que suele ser relativamente fácil descubrir sospechosos a los que se les somete a una importante presión social, a veces incluso mágica⁴⁹, en el que el encierro en la casa comunal o en otros lugares, aunque no dura mucho, es de una gran eficacia para que recapaciten y reconozcan los hechos.

3.3.- SU MORFOLOGÍA.

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

⁴⁷ Ha afirmado la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia T-523/97, que "en una sociedad que reconoce la existencia de diferentes formas de ver el mundo, no es deseable privilegiar las prácticas de una determinada cosmovisión, ni exigir que un grupo humano renuncie a las tradiciones y valores esenciales para la supervivencia de la cultura que lo caracteriza".

⁴⁸ Como afirma BORJA JIMÉNEZ (*Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., pp. 130-131), "cuando una comunidad se enfrenta ante un caso de brujería, las reglas lógico-causales de la investigación criminal son sustituidas por otro tipo de relaciones causales, la causalidad mágica. Aquí el individuo acusado no tiene medio de hacer valer la presunción de inocencia, pues la relación entre la actividad realizada que a él se le imputa y el resultado acaecido en el mundo exterior (causación de una enfermedad, muerte, daños, desastre natural, etc.), sólo puede ser comprendida por el auténtico especialista, el brujo o chamán, de tal forma que la comunidad, merced a la autoridad de la que éste viene investido, suele conceder a la acusación la consideración de condena. Es decir, si, por ejemplo, un miembro de la comunidad es acusado de haber matado a otro utilizando magia negra porque el hechicero ha tenido un sueño en el que un espíritu le reveló la identidad del autor de la muerte, ninguna comprobación lógico-racional, ninguna regla de causa-efecto podrá ser alegada. Pues la interpretación del fenómeno se encuentra en un plano de explicación totalmente distinto: la comunidad hará valer su forma mística de pensamiento frente al análisis físico-causal, y el encausado tendrá pocas posibilidades de demostrar su inocencia".

⁴⁹ En este sentido, el encierro en las iglesias durante la noche, acompañados de los "espíritus", suele ser muy eficaz. Asimismo, respecto al baño en agua fría y el ortigamiento, cuya función principal es purificar, es razonable pensar que en los casos dudosos invita a reconocer la culpa.

3.3.1.- LOS ÓRGANOS JUDICIALES.

En ningún caso, se puede tratar de autoridades o funcionarios impuestos por el Estado, puesto que ello vulneraría su autonomía reconocida en el Convenio 169 de la OIT y en los ordenamientos constitucionales. Cuando estos instrumentos jurídicos hablan de autoridades, añaden "legítimas" o "naturales", esto es, nombradas por los propios indígenas, de acuerdo con sus reglas. En concreto, en los ordenamientos indígenas no existen jueces de carrera –tampoco fiscales, secretarios, policías, ni abogados, como se ha visto–, y dependiendo de la gravedad del hecho cometido, actúa una autoridad u otra, que va desde la familia o familias⁵⁰ a las que pertenecen los enfrentados, a las autoridades comunales⁵¹ o a la misma comunidad constituida en asamblea⁵².

Los cargos no son retribuidos, pues se considera un sacrificio en beneficio de toda la comunidad, sin perjuicio de que en ocasiones, en función de la buena voluntad de las partes, se entreguen dinero o bienes. De todos modos, el pago más importante es el reconocimiento social y la consideración que reciben de la comunidad en la que ejercen sus funciones⁵³.

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

3.3.2.- LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES INDÍGENAS.

Con este apartado pretendemos dar respuesta a la pregunta de qué casos van a conocer los órganos judiciales indígenas frente a los estatales⁵⁴. Para ello, deberemos

⁵⁰ Aquí juegan un importante papel los padres, los abuelos y los padrinos. Esta última figura proviene, obviamente, del catolicismo pero ha quedado arraigada en algunos pueblos.

⁵¹ Hacer notar que las mujeres no suelen ser dirigentes.

⁵² Para el papel que desempeñan la Asamblea General, el Consejo de Ancianos, el Cabildo, el Jefe de la tribu o el Chamán, puede verse: BORJA JIMÉNEZ (*Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., pp. 163-165).

⁵³ GARCÍA S., F., *Formas indígenas de administrar justicia*, ed. FLACSO, Ecuador, 2002, pp. 51-52.

⁵⁴ Seguimos aquí a YRIGROYEN FAJARDO, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pp. 7 y ss.

atender a los diferentes criterios de atribución de la competencia, en particular, al objetivo, referido a las materias y a las personas, y al criterio territorial.

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

Desde el punto de vista de la materia, si se parte del reconocimiento de la diversidad cultural y del pluralismo jurídico, lo primero que hay que afirmar es la autonomía de los ordenamientos indígenas para establecer aquellos asuntos que estimen oportuno de su competencia, de acuerdo con su cosmovisión. Como ya sabemos, hay delitos que coinciden con el ordenamiento estatal y otros no, pero eso es perfectamente posible y ninguna constitución o el Convenio núm. 169 de la OIT limitan esta posibilidad. No obstante, países como Argentina, Perú o México pretenden en los proyectos de ley de coordinación entre las jurisdicciones estatal e indígena, limitar esta última para los supuestos de menor cuantía y, especialmente, excluir su competencia en asuntos penales.

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

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

Teniendo en cuenta lo anterior y que los casos que se pueden plantear son múltiples, voy a ir haciendo un recorrido por cada supuesto, proponiendo la solución que estimo más adecuada. Con todo, tal y como afirma la Corte Constitucional de

Colombia⁵⁵, "no sólo el lugar donde ocurrieron los hechos es relevante para definir la competencia, si no que se deben tener en cuenta las culturas involucradas, el grado de aislamiento o integración del sujeto frente a la cultura mayoritaria, la afectación del individuo frente a la sanción, etc. La función del juez consistirá entonces en armonizar las diferentes circunstancias de manera que la solución sea razonable".

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

En segundo lugar, cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por el ordenamiento nacional y cometido por un aborigen en su territorio, debe ser la "jurisdicción" nacional la que le enjuicie, si bien "tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional"⁵⁶. En el primer caso, los tribunales estatales para justificar la devolución del indígena a su entorno, tal como recogen algunos códigos penales latinoamericanos, podrían estimar concurrente el error de comprensión culturalmente condicionado, lo que les llevaría a declararlo exento de responsabilidad penal.

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

En cuarto lugar, tratándose de un hecho sancionado por los dos ordenamientos y cometido por un indígena en su territorio, "es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por

⁵⁵ Sentencia T-496/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁵⁶ Idem anterior.

sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos"⁵⁷. Lo que no se puede admitir es que, una vez condenado por la "jurisdicción" estatal al haberse comprobado su comprensión del ilícito penal, para eludir la sanción impuesta exija el enjuiciamiento por los órganos indígenas.

En quinto lugar, si se trata de un hecho considerado exclusivamente delictivo por la comunidad correspondiente y cometido por una persona no indígena plantea un grave problema, porque afirmar la incompetencia de los órganos indígenas significa indefectiblemente la elusión de responsabilidades por parte de los infractores. Hay, no obstante, doctrina que es partidaria del fortalecimiento del derecho indígena y que admite que las comunidades protejan sus bienes y sus derechos por sus medios, respetando siempre las normas y procedimientos establecidos, así como el mínimo fundamental de los derechos humanos. Se discute, al respecto, si la pertenencia cultural es un criterio determinante para el enjuiciamiento del sujeto, si bien se afirma que ello no debe utilizarse como pretexto para eludir las responsabilidades por los daños causados⁵⁸. En mi opinión, siguiendo a BORJA JIMÉNEZ⁵⁹, tendría más sentido desde la perspectiva de la finalidad que cumple el proceso indígena y que es *ad intra* de la comunidad, que la decisión sobre quién enjuicie se dejara a la elección del infractor. El problema de esta solución es que no cabría en ningún caso la vía penal, por tratarse de un hecho no tipificado por el ordenamiento estatal, lo que conduciría a la vía civil resarcitoria, lo que a su vez provocaría, seguramente, la insatisfacción desde el lado indígena. La salida para estos casos, pienso que pasa por la creación de mecanismos que posibiliten el diálogo y el acuerdo intercultural.

En sexto lugar, cuando se trate de un hecho considerado exclusivamente delictivo por la comunidad correspondiente y cometido por un aborigen fuera de su territorio, según las normas constitucionales que circunscriben la actuación de la "jurisdicción" indígena a su hábitat, no podrían actuar. Sin embargo, reconociendo que en la práctica es difícil que se dé un caso penal de estas características, porque lo normal será que también esté tipificado por el ordenamiento estatal –piénsese, por ejemplo, en un asesinato en el que la víctima y el agresor son de la misma comunidad indígena, pero lo cometen en la ciudad–, según YRIGOYEN FAJARDO "cabe hacer un paralelo con el derecho internacional (...) (y) bastaría que la persona afectada reclamara la intervención de su sistema y cuestionara la intervención de la jurisdicción ordinaria. Si la jurisdicción especial estuviese dispuesta a intervenir, la jurisdicción ordinaria tendría que inhibirse"⁶⁰.

En séptimo lugar, por último, cabe plantearse qué ocurre cuando un aborigen se niega a ser juzgado por los órganos indígenas, siendo competencia de éstos el asunto.

⁵⁷ Idem anterior.

⁵⁸ Sobre el reconocimiento y fortalecimiento de la "jurisdicción" indígena, YRIGOYEN FAJARDO, *Alcances, límites y retos del reconocimiento del derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*, cit., pp. 11-12.

⁵⁹ BORJA JIMÉNEZ, *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., p. 170.

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 12.

La solución para estos casos no puede pasar, en mi opinión, por dejar la solución en manos del infractor. Si partimos, como ya se ha dicho, del reconocimiento de la pluralidad jurídica y de la "jurisdicción" indígena no podemos "rebajar" ésta a una opción. Está al mismo nivel que la estatal, dentro de sus competencias, por lo tanto, si de acuerdo con los criterios arriba expuestos es un asunto que entra dentro éstas, ha sido cometido en territorio indígena y el sujeto pertenece fehacientemente a esa comunidad no se le puede excusar de dicha obligación. Es más, el Estado tendría el deber de garantizar dicho enjuiciamiento, si quiere ser consecuente con los postulados constitucionalmente reconocidos⁶¹.

3.3.3.- PROCEDIMIENTO.

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

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

Como medidas cautelares caben la detención del sujeto y su encierro en diferentes lugares: la casa comunal, la iglesia, etc. De todos modos, el encierro no suele durar mucho, porque el procedimiento es rápido, pero también por el rechazo que les producen este tipo de medidas.

En esta fase de investigación adquieren especial relevancia dos medidas muy generalizadas en la práctica de los pueblos indígenas, que son el baño en agua fría y el ortigamiento y que no tienen naturaleza penal, por cuanto que en los casos en los que se aplican es después cuando se le impone la verdadera pena. En realidad, se trataría de dos medidas preparatorias del enjuiciamiento ya que "persiguen que el sujeto confiese libremente la injusticia de su hecho para recuperar de esta forma su paz interior y la confianza y aceptación de la misma comunidad"⁶².

⁶¹ En este sentido, YRIGOYEN FAJARDO, *Op. cit.*, p. 12. Por su parte, BORJA JIMÉNEZ (*Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, cit., p. 171) ha afirmado, que "esta posibilidad de enjuiciar a un miembro del grupo aborigen en contra de su voluntad creo que sólo debería establecerse en comunidades con una muy fuerte tradición de enjuiciamiento con arreglo a sus propias reglas y procesos".

⁶² BORJA JIMÉNEZ, *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, cit., p. 35.

Cuando se trata de delitos graves en los que no existen testigos o hay contradicciones y vacíos, que hacen muy difícil llegar a la verdad, en algunas comunidades utilizan los "chicotazos" (azotes) y/o el "juramento susjatorio (juzgatorio)", una variante de la confesión con tintes mágicos y sagrados, que consiste en pasar desnudo por encima de una tela negra —a semejanza de un ataúd— en la que hay una vara de Yunque, que representa el cielo, y sal, que significa la verdad, además de cuatro velas en cada esquina, y proclamando el infractor que no es culpable y que si lo es Dios le castigará⁶³.

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

En este sentido, hay que partir del Convenio 169 de la OIT (art. 8.2) que establece como límite de las costumbres e instituciones indígenas propias, "los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional" y "los derechos humanos internacionalmente reconocidos". Por lo demás, las constituciones de los países andinos, salvo la de Perú que se refiere al respeto a los "derechos fundamentales de la persona", el resto de países ponen el límite en la Constitución y las leyes, añadiendo la de Venezuela el orden público. Así las cosas, no cabe duda de que el margen de actuación de los órganos judiciales indígenas es muy pequeño y, como ha dicho la Corte Constitucional colombiana⁶⁴, si tuvieran que respetar exactamente la Constitución y las leyes ello llevaría a un desconocimiento completo de "las formas propias de producción de normas y de los rituales autóctonos de juzgamiento, que es precisamente lo que pretende preservarse", por lo que las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas sólo están justificadas cuando se protejan intereses de superior jerarquía, que constituirían así los mínimos fundamentales: "el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de la tortura y la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas"⁶⁵.

Continuando con el procedimiento, cuando se tiene constancia del infractor y de las circunstancias, bien porque lo ha confesado, bien porque la autoridad investigadora ha llegado al convencimiento sobre su autoría, convocará al órgano enjuiciador. El cual, se constituirá en el lugar antes mencionado y comenzará el "juicio" en el que

⁶³ FERNÁNDEZ OSCO, *La ley del ayllu*, cit., pp. 109-110.

⁶⁴ La ya citada sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional de Colombia.

⁶⁵ Al respecto, es muy interesante la argumentación de la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-349/96, sobre el castigo del "cepo" y porqué no lo considera atentatorio de los derechos humanos.

la palabra del infractor y los testigos juegan un papel esencial, pudiendo hacerse confesiones, declaraciones y careos. Una vez practicadas las pruebas, se proclama la decisión, levantándose en ocasiones un acta de lo acontecido, que contiene aquélla. Actas, que incluso se guardan y se pasan las autoridades unas a otras⁶⁶.

En cuanto a los recursos, hemos podido constatar que las resoluciones que se dictan son irrecurribles, salvo que vulneren un derecho fundamental, en cuyo caso se podría acudir a la corte constitucional correspondiente, pero en ningún supuesto ante los órganos estatales, ya que ello vulneraría la autonomía de la "jurisdicción" indígena. De todos modos, la Corte Constitucional de Colombia recoge un supuesto en que se dictó una segunda sentencia por la comunidad reunida en asamblea general, contra la que había dictado el cabildo en "primera instancia", si bien en realidad lo que ocurrió es que, según la costumbre de esa comunidad indígena, el cabildo no tenía competencia para resolver⁶⁷.

Por último, la ejecución de las decisiones indígenas las llevan adelante los propios indígenas a través de sus autoridades comunitarias, pudiendo utilizar la fuerza, si es necesario. No obstante, ésta no suele serlo, porque el infractor suele asumir la sanción para reincorporarse a la comunidad y ser aceptado por ésta y su familia. No obstante, existen penas cuya ejecución misma la exige, porque llevan insita la fuerza —piénsese, en las penas de latigazos o el cepo⁶⁸—. Al respecto es importante recordar, la necesidad que tienen en ocasiones de que las autoridades estatales cooperen con las indígenas. Así, por ejemplo, reconociendo sus sentencias en todo el territorio nacional a efectos de poder modificar las inscripciones de los registros de la propiedad y civil, o recabando el auxilio de la policía nacional para llevar al territorio indígena a alguien condenado por esa "jurisdicción" y que había escapado, tratando de eludir la pena impuesta⁶⁹.

⁶⁶ Pueden encontrarse ejemplos de actas en PEÑA JUMPA, A., *Justicia comunal en los Andes del Perú*, ed. Pontificia Universidad Católica de Perú, Perú, 1998, pp. 352 y ss.

⁶⁷ Según este tribunal (sentencia T-349/96), "lo que se intentaba era subsanar las irregularidades que aquejaba el primer veredicto. En efecto, conforme a lo señalado arriba respecto del ordenamiento jurídico enbera-chami, el juzgamiento de las infracciones graves a las normas de la comunidad corresponde a la comunidad misma reunida. En estas reuniones es de vital importancia la presencia de los patrillajes enfrentados, con el fin de que el fallo sea legítimo y no se desencane una guerra entre familias. El juzgamiento por parte de las autoridades del cabildo, como se anotó, carece de legitimidad dentro de la tradición, por lo que resulta lógico que la comunidad hubiera decidido adelantar nuevamente el proceso de acuerdo con sus costumbres".

⁶⁸ Mucho más, si la pena a imponer es la de la muerte. Algo extraño, pero no totalmente desterrado de las prácticas de algunas comunidades, especialmente de las más aisladas —y cuya existencia está también más amenazada por la civilización—.

⁶⁹ Vid. al respecto la, tantas veces citada, sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional colombiana.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.:
 - *Mujeres contra corriente: voces de líderes indígenas*, Ecuador, 1998.
 - *Diversidad cultural: conflicto y derecho* (coord. Borja Jiménez, E.), ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006.
 - *Derecho Jurisdiccional III. Proceso penal* (Montero Aroca, J. y otros), ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
 - *Derecho Jurisdiccional I. Parte general* (Montero Aroca, J. y otros), ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2007.
- BALLÓN AGUIRRE, F.:
 - *Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas*, Lima, 2002.
- BORJA JIMÉNEZ, E.:
 - *Introducción a los fundamentos del derecho penal indígena*, ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
 - *Seis tesis sobre la existencia del Derecho Penal Indígena en Latinoamérica*, inédito.
- 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.
- CHACÓN CASTRO, R. (Compilador):
 - *Disposiciones jurídicas relacionadas con los derechos de los pueblos indígenas de Costa Rica*, San José, 2002.
 - *Guía legal para los pueblos indígenas de la región Brunca-Costa Rica*, San José, 2001.
 - *Pueblos indígenas de Costa Rica: 10 años de jurisprudencia constitucional*, San José, 2001.
- DEFENSORÍA MAYA:
 - *Nociones de Derecho Maya*, Guatemala, 2000.
- DEERE, C.D. y LEÓN, M.:
 - *Género, propiedad y empoderamiento: tierra, Estado y mercado en América Latina*, ed. FLACSO/PUEG, México, 2000.

- ESPARZA, M.:
 - *Between a Rock and a Hard Place: Indigenous Women Incarcerated in Oaxaca, México*, Comunicación presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita.
- FERNÁNDEZ OSCO, Marcelo:
 - *La ley del ayllu. Práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) en comunidades aymara*, La Paz, 2000.
- GARCÍA S., F.:
 - *Formas indígenas de administrar justicia*, Quito, 2002.
- GÓMEZ DEL PRADO, J.L.:
 - *Pueblos indígenas. Normas internacionales y marcos nacionales*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2002.
- GONZAGA, J. B.:
 - *direito penal indígena*, Sao Paolo, 1973.
- GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J.:
 - "Multiculturalismo y derechos humanos", en *Constitución y pluralismo jurídico* (coord. Flores Giménez, F.), ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004.
- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS:
 - *Perspectivas sobre la administración de justicia y pueblos indígenas*, San José, 1999.
 - *Costa Rica. Resoluciones sobre pueblos indígenas*, Colección pueblos indígenas y derechos humanos (2).
- JONAS, B.:
 - *An overview of the current status in addressing Indigenous peoples contact with criminal justice processes in Australia*, Comunicación presentada al Seminario de Expertos sobre Pueblos Indígenas y Administración de Justicia, Madrid, octubre de 2003, inédita.
- KEMPF, I.:
 - *Pobreza y pueblos indígenas: Más allá de las necesidades*, ed. Centro de Investigación para la Paz (Madrid), noviembre de 2003.

- MALINOWSKI, Bronislaw:
 - *Crimen y castigo en la sociedad salvaje*, México, 1986.
- MANSILLA ARIAS, A.:
 - "Derecho indígena y su protección constitucional-penal", en *El nuevo sistema procesal penal* (Varios), Santa Cruz de la Sierra, 2003.
- MARINISSEN, Judith:
 - *Legislación boliviana y pueblos indígenas. Inventario y análisis de la perspectiva de las demandas indígenas*, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 1998.
- NEUMAN, E.:
 - *Mediación y conciliación penal*, Buenos Aires, 1997.
- ORELLANA HALKYER, R.:
 - "Escenarios locales de resolución de conflictos: Derecho Consuetudinario y recursos naturales en el Perú", en *Revista América Indígena*, I de febrero de 1998.
- PEÑA JUMPA, A./ CABEDO MALLOL, V./ LÓPEZ BÁRCENAS, F.:
 - *Constituciones, Derecho y Justicia en los pueblos indígenas de América Latina*, Lima, 2002.
- PEÑA JUMPA, A.:
 - *Justicia comunal en los Andes del Perú, El caso de Calahuyo*, Lima, 1998.
- PERAFÁN SIMMONDS, C. C./ AZCÁRATE GARCÍA, L. J./ ZEA SJOBERG, H.:
 - *Sistemas jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano, Sicuani*, Bogotá, 2000.
- SALGADO, J.:
 - *Justicia Indígena. Aportes para un debate*, Quito, 2002.
- TENE, C.:
 - "Ruptura de la exclusión de mujeres indígenas", en *VARIOS, Mujer: participación y desarrollo*, ed. CORDES, Quito (Ecuador), 2000.
- TRUJILLO, J.C.:
 - "Pluralismo jurídico en el Ecuador", en *Constitución y pluralismo jurídico* (Flores Giménez, coord.), ed. Corporación Editora Nacional, Quito, 2004

UNIVERSIDAD RAFAEL LANDIVAR (GUATEMALA). INSTITUTO DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS Y SOCIALES:

- *El sistema jurídico Maya. Una aproximación*, Guatemala, 1998.
- *El sistema jurídico Kiche'. Una aproximación*, Guatemala, 1999.
- *El sistema jurídico Ixil. Una aproximación*, Guatemala, 1999.
- *El sistema jurídico Poqomchi'. Una aproximación*, Guatemala, 1999.
- *El sistema jurídico Mam. Una aproximación*, Guatemala, 1999.

YRIGOYEN FAJARDO, R.

- "El debate sobre el reconocimiento constitucional del Derecho Indígena en Guatemala", en *Revista América Indígena*, I de febrero de 1998.
- *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Guatemala, 1999.
- *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.