

SOBRE LOS ORDENAMIENTOS SANCIONADORES ORIGINARIOS DE LATINOAMÉRICA

EMILIANO BORJA JIMÉNEZ*

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** ¿Existe el derecho penal indígena? 1. Existen sistemas punitivos indígenas. 2. Existen pueblos indígenas sin sistema de justicia propio. 3. La justicia penal indígena no se identifica con el fenómeno de los linchamientos. 4. Existe, en ocasiones, cohabitación entre el sistema penal originario y el sistema penal oficial. 5. El derecho indígena es, con carácter general, derecho consuetudinario. **III.** Principios orientadores del sistema sancionador indígena. **IV.** Infracciones, sanciones y proceso en el derecho consuetudinario indígena. 1. Las infracciones del derecho consuetudinario amerindio. 2. Las sanciones del derecho consuetudinario amerindio. 3. El proceso en el derecho sancionador indígena. **V.** Conclusiones y consideración final.

* El presente trabajo constituye parte del resultado de mi contribución, como investigador principal, al Proyecto I+D de la Universidad de Valencia «Diversidad cultural: conflicto y derecho», otorgado y costado por el Ministerio Español de Ciencia y Tecnología (referencia BJU 2001-2939), y subvencionado parcialmente con fondos de la Unión Europea. Tal y como se señala en el texto, las tesis que aquí se defienden son conclusiones fruto de una experiencia prolongada en el tiempo por medio de diversos trabajos de campo desarrollados en distintas comunidades indígenas de varios países de Latinoamérica. Por ello, las referencias bibliográficas se van a reducir al mínimo imprescindible.

I. INTRODUCCIÓN

Hasta hace algún tiempo, yo mismo estaba absolutamente convencido de que, en una sociedad civilizada y democrática, solo era concebible un sistema penal con arreglo a las bases teóricas y fundamentos políticos del orden cultural occidental. Sin embargo, siendo cierto que, debido a los procesos de globalización, el mundo es cada vez más homogéneo, también es verdad que los fuertes movimientos de emigración que se están produciendo entre los diferentes Estados inciden en la transformación de las sociedades occidentales, cada vez más heterogéneas culturalmente.

Pese a esa diversidad cultural que se impone en la sociedad europea, los diferentes grupos minoritarios todavía no han logrado mantener un sistema jurídico autónomo que se ajuste a su forma de vida, pautas religiosas y cosmovisión. Se admiten distintos órdenes culturales y religiosos, pero en el marco de un único ordenamiento jurídico regulador de la coexistencia de todos, pertenezcan a grupos mayoritarios o minoritarios.

Sin embargo, Europa no es el único ejemplo de heterogeneidad social atendiendo al origen nacional, étnico o religioso de la población que integra el Estado. Latinoamérica representa un auténtico modelo de diversidad de culturas que conviven en el mismo territorio de cada país. Por un lado, nos encontramos ante un sistema político, jurídico y cultural que rige oficialmente y que coincide, con algunas diferencias, con el orden de representaciones propio del mundo occidental. Y, por otro lado, en muchos de sus países, existen pueblos indígenas que poseen su propia cultura, lengua (no siempre), tradiciones, formas de vida e, incluso, sistema jurídico, ámbitos diferenciados de la sociedad oficial. Sin embargo, frente a lo que ocurre en Europa, cuyos grupos marginales se han ido incorporando en las últimas décadas a la sociedad compuesta y gobernada por la mayoría oficial, en Latinoamérica, el proceso es diametralmente opuesto. Esto es, el sistema de vida occidental se impuso a través de la colonización a las formas de existencia que mantenían los pueblos aborígenes, por lo que estos quedaron en un segundo plano y en la más absoluta discriminación desde todos los ámbitos (cultural, económico, político, jurídico, etcétera). Gran parte de estos pueblos ya contaban con un sistema jurídico que ordenaba la convivencia en cada aldea, poblado o ciudad. Muchos de estos ordenamientos desaparecieron en la época de la conquista. No obstante, otros siguieron estando vigentes hasta el momento actual. Sin embargo, hasta finales de la década de 1980, en los países latinoamericanos, regía oficialmente un único ordenamiento jurídico que, formalmente, se aplicaba a todos, indígenas y no indígenas. Hoy sigue siendo así, pero, al menos desde el punto de vista legal, con la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), existe un reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de los

pueblos originarios. No obstante, sobre este punto no quiero ahora extenderme, dado que será objeto de mayor atención en su lugar oportuno.

En las líneas que siguen, voy a tratar de responder a varias cuestiones fundamentales en relación con los ordenamientos sancionadores de los pueblos originarios de Latinoamérica. Me voy a centrar, especialmente, en la temática de la existencia de sistemas penales indígenas y sus límites. Si afirmamos que hay algún conjunto jurídico-penal aborígen, pretendo extraer los principios fundamentales sobre los que se estructura su propia vigencia. También me interesa destacar las características del entramado de infracciones, de la respuesta a estas (sanciones o penas) y del proceso establecido por la tradición para enjuiciar al sospechoso o acusado. Finalmente, y a título de conclusión, quisiera esbozar alguna reflexión personal a raíz del conflicto que puede plantearse entre los principios del respeto a los derechos humanos y a la diversidad cultural en el seno de los sistemas penales amerindios.

II. ¿EXISTE EL DERECHO PENAL INDÍGENA?

1. Existen sistemas punitivos indígenas

En el planteamiento metodológico anteriormente expuesto, el primer paso pretendía buscar un modelo de referencia. Por tanto, la primera cuestión que me formulé cuando inicié esta línea de investigación era atinente a la misma existencia de un sistema normativo de resolución de conflictos, autónomo e independiente del sistema oficial, en el seno de los poblados originarios de Latinoamérica. Dicho con otras palabras, me preguntaba por la vigencia del derecho penal indígena. Y la respuesta fue positiva, pero con relevantes matizaciones.¹

En efecto, con esta afirmación, digo que, dentro de una gran variedad de pueblos originarios de lo que hoy denominamos Latinoamérica —no en todos—, encontramos un conjunto normativo que reprueba y considera como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a los que, en el derecho occidental, se denominan «delitos». Me refiero, de igual forma, a que ese conjunto normativo asocia a esos comportamientos antisociales determinadas consecuencias que,

1 Yrigoyen Fajardo 1999: 31 y s(s). La autora, refiriéndose al derecho maya, nos ofrece los rasgos fundamentales que debe cumplir un entramado normativo para que sea considerado un sistema jurídico indígena. En líneas esenciales, estoy de acuerdo con la propuesta de la autora: «El derecho o sistema jurídico indígena maya tiene su propio sistema de autoridades, normas y procedimientos por los cuales regula la vida social, permite resolver conflictos y regula el orden social. También incluye reglas sobre el nombramiento o designación y cambio de autoridades, así como reglas sobre las instancias y mecanismos para crear o cambiar reglas (las llamadas reglas secundarias). De acuerdo a cada comunidad varían los niveles de eficacia y legitimidad de este sistema».

normalmente, denominamos «sanciones» o «penas». Cuando hablo de la existencia del derecho penal indígena, también quiero significar que hay un proceso formal para determinar la culpabilidad o inocencia del implicado o implicados y para establecer, si se demuestra la respectiva autoría, la sanción correspondiente. Defiendo la tesis que afirma que son unas autoridades nativas, y no los jueces estatales de carrera, las encargadas de enjuiciar a los sospechosos. Dichas autoridades ejercen una jurisdicción propia dentro del ámbito territorial de la comunidad. Sus integrantes tienen reconocida esa potestad de dirimir conflictos y sus decisiones suelen ser acatadas por todos.

Ese conjunto normativo, salvo raras excepciones, no está escrito. Las reglas de derecho proceden de la costumbre, de la tradición. De ahí que una característica muy acusada del derecho indígena, frente al derecho occidental, sobre todo en el marco de la materia penal, es que, mientras que en los sistemas continentales (sistemas oficiales de Sudamérica, Centroamérica o Europa continental), la principal fuente de creación de delitos y de penas es la ley como instrumento normativo escrito procedente de la asamblea nacional, en los pueblos originarios de Latinoamérica, las reglas jurídicas de solución de esta clase de conflictos proceden del derecho consuetudinario. Esta característica se ha querido utilizar políticamente para hablar de un sistema de justicia de los pueblos indígenas de clase inferior o de segunda categoría frente al estatal. Sin embargo, no hay derechos de primera (normas escritas) y derechos de segunda (consuetudinario). Como tendremos oportunidad de ver más adelante, tan solo significa que la fuente de creación de normas penales es distinta: en un caso, es la ley; en otro, la costumbre.

Y este conjunto de instituciones (delitos, penas, reglas jurídicas consuetudinarias, procedimiento, autoridades, etcétera) integran un sistema. Con ello, se quiere señalar que existe una coherencia reglada de las distintas instituciones que obedecen a una lógica conocida por todos. La reacción social ante los delitos más graves no responde, por tanto, a la arbitrariedad o a la venganza de la víctima, sino que se deriva de una ordenación institucional prevista para resolver, racionalmente, estableciendo soluciones similares a casos similares, los conflictos más graves de convivencia. Afirmo, en definitiva, que los mecanismos de solución de conflictos en el seno de las poblaciones autóctonas son, en parte, jurídicos, esto es: obligatorios, dependientes de un tercero, previsibles, racionales, etcétera. Si existe derecho penal indígena, existe, en primer lugar, *derecho*, lo cual significa que hay convivencia pacífica, también posiblemente conflictiva, pero reglada, y ello se opone a la imagen que tenemos los occidentales de que los indígenas se someten ciegamente a un poder tradicional regido por una total arbitrariedad.

La existencia de este ordenamiento jurídico autóctono se justifica por varias razones, las que paso seguidamente a apuntar con toda la brevedad que soy capaz de manifestar.

Conforme el Estado va abandonando a su suerte a los pueblos originarios que lo integran, a través de procesos de discriminación, de explotación o de olvido, se va fomentando, de forma natural, espontánea o forzada, un marco de actuación colectiva que incrementa la solidaridad y autonomía del grupo. He tenido la oportunidad de observar la apenas apreciable presencia de los poderes públicos en los territorios de comunidades andinas de Ecuador, o en el altiplano boliviano, o en la selva amazónica, o en los valles de Cabagra (entre Costa Rica y Panamá), o en el archipiélago de Kuna-Yala (en Panamá), por poner solo algunos ejemplos. En estos casos, los servicios públicos más elementales, como la canalización del agua potable, la creación y acondicionamiento de centros de salud y de educación, o la construcción de una piragua común, dependen, en exclusiva, del trabajo comunitario que, solidariamente, prestan los comuneros (mediante las denominadas *mingas*) o se lleva a cabo con la colaboración de organizaciones solidarias no gubernamentales (ONG). Ese esfuerzo colectivo no solo se circunscribe a las actividades necesarias para estructurar y ordenar la existencia común, sino que también trasciende a otros ámbitos como la recuperación de la lengua, de las tradiciones y de la cultura. Cuanto mayor es el aislamiento de la aldea y el alejamiento del Estado, mayor profundización suele llevarse a cabo en relación con la autonomía de la convivencia social del grupo respecto del poder público. Y viceversa, cuanto más cercana es la presencia de ese poder público y la forma de vida propiamente occidental que acarrea consigo, lo que equivocadamente se ha denominado «civilización», más posibilidades existen de que la cultura, la tradición, la cosmovisión y el modo de existencia del respectivo poblado vayan abandonando sus estructuras primigenias. Y, por supuesto, ese grado de «contaminación» que aporta la modernidad al desarrollo de la convivencia comunitaria influye, con carácter general, en la pérdida de su propia administración de justicia.

A veces, sin embargo, gran parte de las costumbres y de las tradiciones se han extinguido por diversas causas (guerra civil y genocidio en Guatemala, conflicto armado en Colombia, graves conflictos internos en el seno de los resguardos en Costa Rica), pero determinados movimientos políticos de organizaciones indígenas ponen el acento en la emancipación y en la recuperación de esas costumbres y tradiciones. Aquí, destacan dos momentos muy relevantes al respecto. La aprobación de la Convención 169 de la OIT «sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes» y la celebración o condena del V Centenario del Descubrimiento de América, que coinciden en el tiempo (entre finales de la década de los ochenta y principios de la de la década de los noventa del pasado siglo), los cuales movilizaron a muchos pueblos y etnias a reivindicar un espacio dentro del Estado en el que se reconociese su cultura; su tradición; su identidad como nación; y, por supuesto, entre otros, también su derecho a resolver sus conflictos conforme a sus propias normas, bajo sus procedimientos y ante sus autoridades.

Esa voluntad emancipadora ha llevado a que las mismas comunidades o determinados movimientos ideológicos dentro de su seno hayan comenzado a recuperar el espíritu de su propio ordenamiento tradicional mediante la creación de tribunales que enjuician sus propios conflictos al amparo del mismo Convenio 169 de la OIT o de los correspondientes textos constitucionales.²

La existencia de sistemas penales originarios en Latinoamérica también es constatada por la realidad jurisprudencial. Uno de los órganos constitucionales que ha sentado una sólida doctrina en esta materia es la Corte Constitucional de la República de Colombia. Por medio de sus decisiones, ha ido elaborando una

-
- 2 Siguiendo con mi experiencia, voy a destacar dos supuestos a título de ejemplo. Así, la guerra civil acontecida en Guatemala y la política de exterminio sistemático que sufrieron muchas de sus comunidades borrarón de la existencia comunal el sistema de autoridades y gran parte de sus valores religiosos y tradicionales, así como también, por supuesto, su derecho consuetudinario y las diferentes formas de enjuiciamiento que se empleaban para resolver sus propios conflictos. Tras los acuerdos de paz y con el auge del movimiento indígena en toda Latinoamérica, comienza a renacer un espíritu de emancipación y de recuperación de parte de lo perdido que constituye su propia identidad, la esencia de la nación indígena. Surgen, entonces, organizaciones que pretenden recuperar, entre otras muchas cosas, el derecho maya. Entre estas organizaciones, podemos citar las dos más conocidas: Defensoría Maya y Defensoría Indígena. La primera ha editado algunas obras que explican en qué consiste ese derecho maya y la forma en que se ha de aplicar con independencia de las normas oficiales del Estado. Destaco, entre estas obras, las siguientes: Defensoría Maya 2001a y Defensoría Maya 2001b. El segundo ejemplo que quería señalar es el que protagonizan los bribri, una comunidad que se encuentra en Panamá y, fundamentalmente, en Costa Rica. En el resguardo de Cabagra, después de muchos conflictos internos generados por problemas de titularidad de la tierra, se aprovechó la ratificación por parte del país centroamericano del Convenio 169 de la OIT para crear un Tribunal de Derecho Consuetudinario y, ahora, se intenta recuperar esas costumbres que establecían los mecanismos para resolver los atentados más graves contra la convivencia de la comunidad. De ello, guardo constancia en material magnetofónico en las dos siguientes cintas:

Nombre: EMI 9. Costa Rica (a). Bribri 1.

Lugares y fechas: 30.9.2002, comunidad bribri de Cabagra (Costa Rica). Conversaciones con el Tribunal Consuetudinario de Cabagra. Reflexiones personales sobre todo lo acontecido en Cabagra. Entrevista con Don Marcos Delgado, un indígena que conoce muy bien el derecho bribri. Reflexiones personales.

Resumen: Vivencias en Cabagra. Asistencia a la entrega de la tesis de grado de dos investigadores de derecho indígena al Tribunal de Derecho Consuetudinario de la comunidad bribri de Cabagra. Entrevista con una familia indígena concedora de su derecho y de la evolución política de su comunidad (conversaciones con Don Marcos Delgado). Aquí la mayoría de las reflexiones giran en torno a la idea de que la atribución de funciones jurisdiccionales supone una conquista y una mayor carga política. Problemas de reparto de tierras.

Nombre: EMI 10. Costa Rica (b). Bribri 2.

Lugares y fechas: Cabagra (Costa Rica), 30.9.2002. Reflexiones sobre vivencias entre los bribri. Resumen: Hablo de mis experiencias personales entre los bribri. Hablo de cómo viven, de su trabajo, de nuestras vivencias en sus casas, de cómo se siente un occidental con costumbres tan distintas.

auténtica teoría científica en el campo del derecho indígena que, hoy por hoy, desde mi punto de vista, se constituye aquí, en una de las fuentes de conocimiento más autorizadas y solventes. Y este mismo tribunal no ha dudado en ningún momento en considerar, en el ámbito geopolítico que corresponde con el territorio del estado de Colombia, la existencia de un auténtico derecho penal indígena. Así, ha interpretado que, conforme a la Constitución de este país, cualquier persona que sea reconocida en el grupo tribal como autoridad puede ejercer la función jurisdiccional de resolver los conflictos más graves de convivencia e imponer la correspondiente sanción, la cual puede ser más benigna o más severa que la que correspondería con arreglo al derecho estatal para idéntico comportamiento. Incluso, admite esta corporación la posibilidad de que se tipifiquen, en el derecho indígena, como delitos o faltas, conductas que no gozan de esta calificación en el ordenamiento estatal.³ En otra ocasión, la Corte Constitucional reconoce de forma muy amplia la capacidad de los pueblos indígenas para crear y aplicar sus propias normas penales siempre y cuando se respeten unos límites muy básicos: respeto a unos mínimos en el marco de los derechos fundamentales (que se concretan en el derecho a la vida y a la integridad física, prohibición de tortura y prohibición de esclavitud), legalidad del procedimiento, del delito y de la pena.⁴ Y no se ha

3 Sentencia de la Corte Constitucional C-139/96.

4 Sentencia de la Corte Constitucional T-349/96. Desde luego, legalidad del proceso, del delito y de la pena no se puede entender como previsión normativa escrita emanada de una asamblea parlamentaria, sino que, como la propia Corte explica, adquiere el significado de procedimiento, hecho y sanción que siguen unas reglas consuetudinarias establecidas con anterioridad a su perpetración, de tal forma que la consecuencia a determinada actuación delictiva es meridianamente previsible para cualquier miembro de la comunidad. En este curioso supuesto que era objeto del correspondiente recurso de tutela, la Corte Constitucional colombiana admitió los diferentes tipos de homicidio existentes en la tradición de la etnia embera-chamí: «Dentro de la comunidad el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho. De este modo, se castiga con tres años el homicidio que comete un padre en la persona de un *jaibaná*, ‘hechicero’ cuando este sospecha que su hijo murió por causa del último; con cinco años el homicidio que se comete en estado de embriaguez; con seis años el homicidio del esposo de una mujer del que se está enamorado —a la mujer se le castiga con tres años de cepo y trabajo forzado por provocadora—; y con ocho años el homicidio que comete un *jaibaná* haciendo uso de sus poderes sobre las fuerzas de la naturaleza —el castigo es particularmente grave por el estado de indefensión de la víctima—». Incluso, aceptó como penas constitucionalmente admisibles las previstas por la costumbre de trabajos forzados en favor de la comunidad durante el día y la aplicación del cepo durante la noche. La concesión de la tutela al demandante y la anulación de la decisión de la comunidad de castigarlo se debió a que esta no había dictado su sentencia con arreglo a su propia tradición, y le impuso al sujeto una condena que excedía notablemente la pena que el derecho consuetudinario marcaba para el tipo de homicidio que perpetró el solicitante de la tutela

opuesto a que comunidades indígenas de reciente creación que pretenden recuperar su derecho consuetudinario determinen su propio sistema punitivo siempre que se respeten ciertos principios como este que impone la necesidad de que la pena sea proporcional al delito.⁵ De hecho, ha llegado a considerar que, cuando se satisfacen determinados requisitos territoriales y personales, el indígena adquiere un auténtico derecho a su propio fuero, esto es, que es titular de una facultad para que sea enjuiciado conforme a sus normas y procedimientos y por las autoridades tribales correspondientes.⁶

Existe, pues, en algunos pueblos originarios de Latinoamérica, un sistema de reglas autóctonas que están destinadas a resolver los conflictos más graves de convivencia. Existen procedimientos para determinar la presencia o ausencia y el grado de responsabilidad de los acusados. Y existen autoridades encargadas de aplicar esas reglas y dirigir los correspondientes procesos. Sobre la existencia de este sistema penal, no hay ninguna duda. Podría aportar más argumentos, como la propia aprobación del Convenio 169 de la OIT, que reconoce a los pueblos originarios el derecho a impartir justicia con arreglo a sus propias normas, reconocimiento que, en buena lógica, implica una previa existencia. Podría citar como argumento los muchos casos que se han juzgado por instancias judiciales o suprajudiciales y en los cuales se toma ya en consideración un enjuiciamiento anterior conforme a un ordenamiento jurídico indígena.⁷ Sin embargo, vuelvo a

constitucional —tres años de trabajos forzados y cepo marcaba la costumbre, y fue condenado a ocho años, primero, y veinte después—.

- 5 En una de las más relevantes resoluciones en esta materia de la Corte Constitucional colombiana, sentencia T-254/94, un poblado indígena impuso la sanción de expulsión a uno de sus miembros al que acusó de perpetrar varios hurtos. El tribunal aceptó la forma de enjuiciamiento y la autoridad del órgano que impuso la mentada pena, pero otorgó la tutela al demandante porque entendió que el destierro del condenado y de su familia era desproporcionado y afectaba a miembros inocentes (su familia). De ahí que decidiese que la comunidad impusiese otra sanción más acorde con ciertos principios básicos del derecho penal. «La conducta punible por la que el petente fue sancionado se relaciona con el hurto de cultivos, animales y productos agrícolas. La sanción impuesta por la comunidad indígena fue la de expulsarlo junto con su familia del territorio indígena. Según el afectado, las directivas no aceptaron su propuesta de ausentarse voluntariamente siempre y cuando permitieran que sus hijos permanecieran en la parcela a él adjudicada».
- 6 Sentencia T-496/96: «2.4.2. El conflicto de competencias entre la jurisdicción páez y la Jurisdicción Nacional. Derecho al reconocimiento del fuero indígena. De acuerdo con lo establecido en esta providencia, el fuero indígena conjuga dos elementos: el personal, que establece que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y autoridades de su propia comunidad, y el territorial, que permite a cada comunidad juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio».
- 7 Entre la jurisprudencia más relevante y que no ofrece lugar a dudas, se encuentra la emanada del Tribunal Constitucional colombiano. Entre otras, han de tomarse en consideración y a título de ejemplo, las siguientes resoluciones: sentencias T-567/92, T-380/93, C-058/94, T-254/94,

reiterar, no es necesario seguir profundizando en un mayor nivel argumentativo para intentar demostrar aquello que aparece como evidente.⁸ Existe el derecho penal indígena o, si se quiere, existe ese sistema reglado de infracciones y sanciones que aporta soluciones ante los hechos que constituyen los conflictos más graves de convivencia.

Cuestión distinta es el grado de evolución, diferente en cada pueblo, en cada aldea, en cada comunidad. En los ordenamientos jurídicos autóctonos, se puede apreciar una mixtura de instituciones originarias con otras que proceden de la época colonial. Así, algunas sanciones, como la aplicación del fuste o el cepo, son oriundas del derecho español anterior a la independencia. Sin embargo, ello no debe constituir ningún obstáculo para afirmar que se trata de un ordenamiento autóctono. Todo sistema jurídico viene a ser conformado por instituciones de la propia tradición y otras que han ejercido una fuerte influencia desde culturas y civilizaciones diferentes. No existe ningún sistema jurídico en «estado puro», sino que todos son el resultado del espíritu de la influencia de las culturas que han ejercido su peso en la nación correspondiente a lo largo de su desarrollo histórico. El propio sistema penal español muestra todavía instituciones que proceden del derecho romano, del germánico, del napoleónico, del anglosajón, o de los actuales alemán o italiano. Es lógico, por tanto, que el derecho indígena manifieste una gran influencia del derecho español de la Colonia.

Realizada esta afirmación, tampoco quisiera caer en la ingenuidad de creer que nos encontramos ante un sistema siempre equitativo en el que se imparte de forma impecable la justicia comunitaria. No es así. En ocasiones, se utilizan las estructuras de poder de las autoridades para hacer valer determinados intereses. También se conocen casos en los que se instrumentaliza el aparente recurso a una institución de derecho consuetudinario como mecanismo de venganza particular. Sin embargo, estas imperfecciones del funcionamiento del sistema de administración comunal no deben llevarnos a la idea de que se constituye en la regla general. Siuviésemos que exigir un funcionamiento óptimo al mismo sistema estatal de justicia, acabaríamos rechazándolo, y especialmente en los países latino-

C-139/96, T-349/96, T-496/96 y T-523/97. Tal y como han puesto de manifiesto otros colegas especialistas en derecho indígena, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional colombiano representa, en este marco, una de las doctrinas más autorizadas y fundamentadas tanto en el plano teórico como en el práctico. No quisiera dejar de citar aquí una importante obra de diez volúmenes —hasta el momento presente, si no estoy equivocado— que se denomina *Justicia comunitaria*, realizada al amparo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Bolivia, patrocinada por el Banco Mundial y publicada en la capital La Paz entre 1997 y 1998. Aquí, se recogen muchos casos en los que aparecen claramente las reglas y los procedimientos autóctonos de resolución de conflictos independientemente del sistema oficial.

8 Estos y otros argumentos pueden contemplarse en mi trabajo Borja Jiménez 2001: 106 y s(s).

americanos —también en España la administración de justicia es muy desvalorada por la generalidad de la ciudadanía—. Lo relevante a estos efectos es que, en el momento actual, existe una fuerte conciencia de querer resolver los conflictos en el seno de las comunidades conforme al propio derecho y esa voluntad va dirigida a satisfacer el objetivo de pretender mejorar la aplicación de las reglas destinadas a solucionar los problemas. La cuestión no radica tanto en el cúmulo de imperfecciones, existentes en uno y otro ordenamiento (el comunitario y el oficial), sino en dilucidar, en el ámbito interno de la comunidad, cuál de los dos derechos, el originario o el estatal, resuelve de manera más satisfactoria —y, por qué no decirlo, más justa— los conflictos que surgen en su seno. Sin embargo, este planteamiento responde al final al que se quiere llegar y no al principio, donde estamos. Dejaremos para las conclusiones la duda que se acaba de reiterar.

Hay que tener presente, no obstante, que no nos encontramos ante un sistema sancionador homogéneo. Es decir, existen tantos ordenamientos amerindios como poblados de las distintas etnias que los conservan y aplican. La forma de castigar de los quechuas de Cotacachi, por ejemplo, no tiene nada que ver con la empleada por los kuna de Tubualá. Eso sí, vamos a encontrar ciertos elementos comunes en la mayoría de los conjuntos normativos originarios, cuya base precisamente constituye el contenido esencial de la presente aportación. La heterogeneidad, no obstante, es una característica que deriva de la rica diversidad de culturas aborígenes. Esa diversidad cultural nos muestra cosmovisiones, folclores, ritos, lenguas, costumbres y tradiciones, formas de vida, en definitiva, que van variando de etnia en etnia, de poblado en poblado, de aldea en aldea. Evidentemente, el derecho es un mecanismo de regulación de la propia coexistencia de los grupos humanos integrantes de cada pueblo. Por eso, deberíamos hablar, ya no de derecho indígena, sino de derechos indígenas, en la medida en que vamos a encontrar tantos sistemas jurídicos en Latinoamérica como comunidades originarias diferenciadas con cierta autonomía jurídica.

2. Existen pueblos indígenas sin sistema de justicia propio

Si, en una primera conclusión, hemos afirmado que existe el derecho penal indígena, también hay que señalar que no todos los poblados amerindios mantienen un sistema autónomo de enjuiciamiento. Por el contrario, muchas comunidades perdieron su derecho en un pasado remoto y, por diversas razones, no lo han vuelto a recuperar. Yo diría, de la propia experiencia personal y del examen de los trabajos de otros especialistas, que la mayoría de los poblados amerindios han perdido su ordenamiento autóctono.

Hasta aquí, por lo tanto, he querido demostrar que pervive un sistema jurídico autóctono en algunos pueblos de Abya-Yala⁹ y que ese sistema jurídico, siendo independiente del oficial, se ha visto muy influenciado por este desde los tiempos coloniales a tal punto que ya poco queda de lo que hubo con anterioridad a la llegada de los conquistadores ibéricos. Evidentemente, la historia de cada pueblo ha ido determinando un mayor o menor arraigo a su lengua, folclore, costumbres, tradición y cultura en general. Por supuesto, también el derecho está íntimamente vinculado a estas formas de existencia espiritual colectiva. Hay etnias que viven su tradición y forma de vida con tal fuerza que la arrastran y mantienen allá donde vayan y ante las situaciones más adversas —se dice, por ejemplo, que los aymara tienen una cultura «fuerte»—. Otras, en cambio, son más sensibles a las transformaciones históricas que les tocan o que sufren y se van sometiendo a la arrolladora máquina de la «civilización», por lo que pierden, poco a poco, su propia y natural idiosincrasia.

Algunos de estos procesos son tan violentos que obligan a los sujetos pasivos a grandes esfuerzos por recuperar esos rasgos propios del espíritu y de la historia de su etnia. El genocidio producido en Guatemala durante la segunda mitad de la década de 1980 o la situación de hostigamiento permanente que sufren los pueblos originarios de Colombia ante la violencia de paramilitares, ejército, guerrilleros y narcotraficantes implica el desplazamiento forzoso para masas enteras que rompen con gran parte de sus raíces, pues no podemos olvidar que la pervivencia de los pueblos indígenas en Latinoamérica está muy unida a la tierra que pisan y que les ha acogido siempre. Algunas comunidades hacen esfuerzos titánicos por mantener esos usos, costumbres y tradiciones, o para recuperarlos cuando se han perdido; pero otras sucumben y sufren un proceso de aculturación que las sitúa en terreno de nadie, son objeto de discriminación o exclusión por la sociedad oficial, y tampoco encuentran unas raíces sobre las cuales asentarse para enfrentar su destino desde el aislamiento.

La pérdida del derecho también puede acaecer sin que necesariamente se produzca un proceso violento de devastación cultural. Ello ocurre cuando el poder público o un sector institucional reconocido oficialmente llevan a cabo una labor de tutela, de guía o de conducción de los pueblos originarios, aun con las mejores pretensiones de buscar la felicidad de todos sus miembros. Este es un fenómeno al que se le ha concedido menos atención, pero que quisiera tratar con un mayor detenimiento. Una vez más, voy a apoyar la siguiente explicación con tres experiencias personales fruto de mi trabajo de campo con comunidades indígenas latinoamericanas.

9 Nombre con el que las etnias kuna de Panamá y Colombia se refieren al continente americano.

En algunos países en los que hemos desarrollado la investigación de nuestro proyecto I+D Diversidad cultural: conflicto y derecho, como es el caso de Guatemala, la fuerte irrupción de organizaciones religiosas en la vida social de las comunidades está produciendo un paulatino abandono de las formas tradicionales del ejercicio de la autoridad y, con ello, de los modos ancestrales de resolver los conflictos y de aplicar las correspondientes normas sustantivas y de procedimiento. Se trata de sectores religiosos que penetran de forma intensa en los poblados originarios y que ganan, en poco tiempo, adeptos entre los mismos comuneros merced a la ayuda material que les otorgan y a la ayuda espiritual que les anima a enfrentarse a una realidad tremendamente dura. En muchas ocasiones, se produce una fuerte división social entre los partidarios de las nuevas formulaciones espirituales y entre aquellos otros que pretenden mantener el orden y la cosmovisión tradicional en la comunidad.¹⁰

10 Esta conclusión, fruto de la reflexión y de la experiencia personal vivida en Guatemala, viene recogida en los registros del material que mantenemos digitalizado:

Nombre: EMI 6. Guatemala 2001 (a). Santa Cruz de Quiché.

Lugares y fechas: 20.11.2001. Entrevista con Ingrid Amésquita. Estudiante de Derecho en prácticas en Defensoría Maya en Santa Cruz de Quiché (Guatemala). Antonia Buch (Coordinadora de Defensoría Maya en Santa Cruz de Quiché). 22.11.2001 Entrevista con Juan Zapeta López coordinador de Defensoría Indígena de Santa Cruz de Quiché.

Resumen: Entrevista con Ingrid sobre algunos casos resueltos con reglas consuetudinarias indígenas. Violación. Violencia doméstica. Usurpación de tierras durante el conflicto. Funciones de Defensoría Maya. Fuerte régimen de mediación. Problema del mantenimiento del derecho maya en relación con el conflicto armado. Conflicto de jurisdicciones. Caso de homicidio imprudente. Caso de lesiones. Homicidio político. Caso de violación resuelto con una indemnización a la familia de la víctima.

Nombre: EMI 7. Guatemala (b). Sacapulas.

Lugares y fechas: Continúa la conversación de 22.11.01 con Juan Zapeta. Sacacochej 22.11.01. Capacitación en la comunidad para evitar linchamientos. Entrevista con Miguel Imul Luch. Entrevista con Consejo de Ancianos en Embajada Española (Ciudad de Guatemala). Consejo Nacional de Ancianos de Guatemala. Reflexiones personales sobre todo lo que está aconteciendo. Reflexiones personales el 23.11.2001. Lunes, 26.11.2001, más reflexiones personales sobre el viaje realizado ese fin de semana por las comunidades indígenas cercanas a la ciudad de Xela. Resumen de contactos oficiales y encuentros desde mi llegada a Guatemala. Reuniones en la embajada con el segundo embajador y distintas instituciones oficiales y organizaciones indígenas (Defensoría Pública, Defensoría Maya, Consejo Nacional de Ancianos de Guatemala). Resumen de reunión con MINUGUA (También 26.11.2001).

Resumen: Conversación sobre linchamientos y relación con la violencia durante los largos años del conflicto armado. Alta criminalidad en comunidades indígenas y autojusticia. Reflexiones sobre religión, ritos mayas y derecho. Reflexiones sobre la experiencia en Sacapulas. Resumen sobre las instituciones visitadas.

Nombre: EMI 8. Guatemala (c). Consejo de Ancianos.

Lugares y fechas: Continúa entrevista con Consejo de Ancianos en Embajada Española en Ciudad de Guatemala. Jueves, 6.12.2001. Reflexiones sobre la entrevista mantenida con un ex-

La segunda experiencia que quería aportar en apoyo a esta tesis viene a expresar la proporción inversa entre derecho propio y relevancia institucional de una fuerza social o política. Me refiero al caso de Bolivia, donde el peculiar desarrollo del movimiento sindical minero y su fuerte implantación en el campo desde mediados de la década de 1950 han influido decisivamente en la propia estructura de las comunidades indígenas ganaderas y campesinas. En una importante etapa de la historia de este país, la lucha frente a la opresión del señor latifundista se llevó a cabo en el ámbito sindical, pero con gran apoyo de sectores indígenas con significativa implantación entre mineros y campesinos. Sobre todo en las comunidades andinas, en una época de reforma política relevante en el país, se instauró la propia estructura organizativa del sindicato en las aldeas y pueblos originarios. Cuando se logran los objetivos fundamentales de ocupar la tierra y entregarlas en común a muchos de estos pueblos y aldeas, durante mucho tiempo, las directrices políticas y sindicales impregnaron gran parte de la dirección de la vida social de las comunidades andinas bolivianas. Y aunque es cierto que, tras un largo y lento proceso, serían las estructuras tradicionales las que harían suyo el modelo organizativo del sindicato, no se puede negar que esta «sindicalización» de los pueblos andinos influyó en la pérdida de su autonomía jurisdiccional.¹¹

La tercera y última referencia que quería traer a colación en apoyo de esta tesis se encuentra en la misma línea que la anterior, pero ahora referida al caso de Brasil. En este país, existe una institución gubernamental, la Fundación Nacional del Indio (FUNAI), que lleva a cabo una labor fundamental de protección

sacerdote casado con una mujer indígena y que ha vivido mucho tiempo con ellos. Pequeños pasajes de dos amigos, Belén y Glenn.

Resumen: Se presenta la moderna cosmovisión maya en las declaraciones de varios miembros relevantes del Consejo Nacional de Ancianos de Guatemala. Se presentan mis reflexiones personales sobre la cosmovisión maya, reflexiones llenas de crítica y pesimismo. Se expone la visión teológica maya de Fernando Suazo y se comunica con la concepción del derecho penal maya.

- 11 A estas conclusiones, llegué tras una entrevista con el antropólogo y escritor, Javier Albó, quien tiene una experiencia de más de treinta años estudiando y conviviendo con comunidades indígenas bolivianas. Anoto el siguiente registro:

Nombre: EMI 21. Bolivia (h). Marcelo Fernández Osco, Javier Albó.

Lugares y fechas: La Paz, 23.07.03. Entrevistas con los anteriores, expertos conocedores del derecho indígena en Bolivia, bien en su condición de dirigente aymara y profesor universitario autor de una de las obras más interesantes del derecho indígena boliviano (Fernández Osco), bien como antropólogo español que lleva viviendo más de treinta años en el país en contacto directo con pueblos originarios de Bolivia, y una gran obra escrita en relación con estos.

Resumen: En la sede del hotel Rey Palace, voy realizando entrevistas en las que hablamos del derecho indígena, de su implantación en Bolivia, del sistema de delitos y de penas, de la conformación del proceso, del sistema de autoridades, de la sociedad y del pluralismo en el actual Estado boliviano, etcétera. Con Javier Albó, hablamos de la proyección histórica del movimiento indígena en el sistema político boliviano.

de las comunidades indígenas (que también integran el Estado brasileño). Dicha protección abarca todos los campos: tutela de la salud, de la educación, del bienestar individual y familiar y, en épocas de sequía y catástrofes naturales, ayuda para mantener el mínimo sustento alimentario. Gracias a esta labor de la FUNAI, sobreviven, hoy por hoy, muchas comunidades y algunas «culturas vivas», es decir, sin contacto con la «civilización», que, sin su apoyo material, ya habrían sido arrolladas por la apisonadora del mundo occidental. Sin embargo, al menos en las comunidades que yo he visitado, representativas del nordeste del país y su famoso desierto (el sertón brasileño), pude constatar que los conflictos graves entre sus miembros se delegaban al respectivo representante de la FUNAI para que esta institución llevara a cabo la correspondiente actividad de mediación o iniciara el cauce oficial de requerimiento de actuación de la justicia oficial para resolver el presunto agravio. Claro, la situación de tutela de la institución gubernamental resuelve muchos de los problemas básicos de subsistencia de la aldea o del pueblo nativo, pero ello determina, a su vez, que sea más cómodo y menos arriesgado trasladar los conflictos y dejar que dicha institución actúe de árbitro que mantener las estructuras tradicionales de poder y las respectivas reglas consuetudinarias de regulación de la vida social. De este modo, como en todo proceso de tutela con (en ocasiones) tintes «paternalistas», se gana en seguridad frente a los riesgos presentes o futuros, pero se pierde en autonomía.¹²

12 De mi experiencia con cuatro comunidades en Brasil, pankararú, xukurú, fulni-ó y potiguara, pude observar que algunas de ellas eran, internamente, muy conflictivas, pero las soluciones no las encontraban en la aplicación del propio derecho, sino por vías de hecho o por delegación en la FUNAI. Cito ahora todos esos registros magnetofónicos digitalizados:

Nombre: EMI 22. Brasil (a). Pankararú.

Lugares y fechas: Brasil, Estado de Pernambuco. Aldea indígena de Bejo dos Padres, cercana a la ciudad de Tancarátú. Comunidad indígena pankararú. 18.11.2003.

Resumen: En este lugar, entrevistamos a Sencil, maestra pankararú que nos habla de su cultura y tradiciones. Entrevistamos a Fernando, autor de un libro sobre esta etnia. A Don José, pajé de la comunidad, conocedor de la medicina tradicional, de sus hierbas y guía espiritual. Entrevista con su hija sobre la situación social de la aldea, sus conflictos y problemas, su religión, tradición, cultura y derecho. Durante mucho tiempo, aparecen como fondo los cánticos y las danzas que representan su rito, y con los que nos dan la bienvenida.

Nombre: EMI 23. Brasil (b). Fulni-ó.

Lugares y fechas: Brasil, Estado de Pernambuco. Aldea indígena cercana a la ciudad de Aguas Belas. Comunidad indígena fulni-ó. 19.11.2003.

Resumen: Aparecen unas reflexiones sobre lo acontecido el día anterior. Luego narramos en vivo nuestro ingreso en la comunidad de los fulni-ó a través de Nilo. No nos permiten entrar en la zona poblada. Aparece Lucio, el *pajé*, curandero y guía espiritual. Entrevista y desengaño. Solo les interesa el dinero y la bolsa básica. Y es una pena, porque los fulni-ó tienen su propio idioma y preservan fuertemente sus danzas, cantos y cultura.

Nombre: EMI 24. Brasil (c). Xukurú (I).

Evidentemente, tal y como he señalado líneas atrás, los procesos de pérdida del derecho más relevantes se encuentran íntimamente relacionados con la creciente presencia de la forma de vida occidental y la consiguiente merma de la propia identidad en el seno de los poblados originarios. Este proceso de occidentalización está siendo muy acusado en las últimas décadas merced a una imposición estandarizada de representaciones culturales e ideológicas a través de los medios de comunicación y de la fuerte irrupción de canales de información con las nuevas tecnologías. La televisión, la radio, el teléfono, el fax e Internet son vías de transmisión de los modelos y formas de vida del denominado primer mundo que están llegando a todos los rincones, conquistando su propio espacio y enterrando las tradiciones, las costumbres, la cosmovisión y el *modus vivendi* de los pueblos indígenas de Latinoamérica. Bajo esas condiciones, no es de extrañar que también vayan desapareciendo los sistemas de justicia autóctonos en esta área geopolítica del planeta.

Lugares y fechas: Brasil, Estado de Pernambuco. Aldea indígena cercana a la ciudad de Pesqueira. Comunidad indígena xukurú. 20.11.2003.

Resumen: Llegamos a la FUNAI ubicada en esta población. No tenemos permiso. Entrevista telefónica con el cacique de los xukurú Marquinhos, obstáculos y desconfianza. Aparece el vicecacique, José de Santa. Nos habla de la lucha por la recuperación de la tierra, de las indemnizaciones a los hacendados y de los graves conflictos internos. Nos comenta el asesinato del gran cacique Chicão, padre del actual Marquinhos.

Nombre: EMI 25. Brasil (d). Xukurú (II).

Lugares y fechas: Brasil, Estado de Pernambuco. Aldea indígena cercana a la ciudad de Pesqueira. Comunidad indígena Xukurú. 20.11.2003.

Resumen: Continuamos entrevistando a De Santa. Ahora nos habla de la elección del cacique actual, Marquinhos, hijo del cacique Chicão. Nos habla de su procesamiento como inductor del asesinato de Chicão, de su refugio en el extranjero, de la vuelta a la comunidad tras la presión de las organizaciones de derechos humanos. Nos habla de la tentativa de asesinato de Marquinhos y la muerte de dos guerreros, de la lucha contra la construcción de un santuario turístico en tierras xukurú, de la reacción de la población con el incendio de viviendas de otros xukurús. Nos muestra los testimonios, y vamos recorriendo aldeas y viendo casas quemadas y el lugar del asesinato de dos indios, en el cual se encuentran dos cruces.

Nombre: EMI 26. Brasil (e). Potiguara.

Lugares y fechas: Brasil, Estado de Paraíba. Aldea indígena cercana a la ciudad de Bahía da Traição. Aldea indígena cercana a la población de Marcação. Comunidades indígenas potiguara. 21.11.2003.

Resumen: Llegamos a la FUNAI ubicada en esta población de Pesqueira, a la entrada del resguardo potiguara. Tenemos autorización y un potiguar que trabaja para la organización nos acompaña hasta una choza sagrada de una de las 23 comunidades potiguara (San Francisco). Entra la chamán, Fátima, y hacemos una entrevista, tradición y cultura. Danza y cánticos en el interior del habitáculo. Entrevista con director de zona de FUNAI. Nos dirigimos a Marcação. No tenemos autorización. Desconfianza. Somos vigilados. Aparece finalmente el cacique Vell y se asegura de nuestra finalidad. Entrevista. Lucha por la creación de una aldea destruida tres veces por poderosas empresas que usurparon las tierras de los indios. Miseria, pobreza y lucha por la recuperación de la tierra y de los ancestros.

3. La justicia penal indígena no se identifica con el fenómeno de los linchamientos

Quisiera continuar con este apartado sobre la existencia de ordenamientos sancionadores autóctonos con una referencia al fenómeno de los linchamientos, que han venido produciéndose en diversos espacios de Latinoamérica en estos últimos años y que algunos sectores del poder económico y político han querido identificar con las formas tradicionales de resolver los conflictos.

En varias visitas que he realizado a esta zona del mundo, me he encontrado con un fenómeno similar que se reproduce en países y en tiempos diferentes. Cuando estuve en 1999 en Ecuador, en algunos suburbios de ciudades como Quito y Guayaquil o en determinadas zonas rurales, se observaron, con cierta frecuencia, procesos de ajusticiamiento de personas que habían sido sorprendidas perpetrando algún delito o que se sospechaba que habían llegado a ese comportamiento ilícito en un tiempo no muy lejano. Era frecuente que se les castigase públicamente en la plaza del pueblo o en determinadas zonas de reunión del barrio de la ciudad correspondiente. Este mismo proceso lo observé en Guatemala en el año 2001 y en Bolivia en julio de 2003. Los medios de comunicación de masas se encargaron de airearlos, exponerlos críticamente, relacionarlos con el mundo indígena y presentarlos como prácticas salvajes de poblados aborígenes. Ciertamente, estos hechos se desarrollaban en zonas con un fuerte componente indígena y en ámbitos campesinos. Como se acaba de señalar, tanto los medios de comunicación de masas como determinados sectores políticos y sociales asociaron, y todavía asocian, el fenómeno de los linchamientos a una forma bárbara que los indígenas tienen de aplicar su ley e identifican, así, sistema penal comunitario con tomarse la justicia por su mano. Nada más lejos de la realidad.

Si se observan más de cerca estos procesos de crecimiento de autojusticia, vemos que se producen en épocas de fuertes crisis en las que, a la difícil situación económica, se le añade una gran inseguridad ciudadana, con incremento notable de la criminalidad y una creencia generalizada de que la justicia estatal es corrupta e ineficaz. Son, entonces, masas enardecidas que ven peligrar sus bienes más esenciales las que se rebelan contra esta situación y, con el sentimiento de que el sistema oficial no va a resolver sus problemas, actúan directamente, en grupo, seguidos por uno o varios cabecillas, de forma pasional, sin reflexión y con bastante alcohol en muchos casos.¹³ Son los más desposeídos, aquellos que no tienen bienes ni formación cultural reglada, los que sufren estas situaciones de ausencia de protección del Estado y de inseguridad. Son campesinos, indígenas y mestizos

13 He llevado a cabo un tratamiento más profundo, con exposición de algunos casos, en Borja Jiménez 2001: 82 y s(s).

que viven en las zonas más deprimidas de las ciudades, en un proceso desenfrenado de emigración, o en ámbitos rurales donde los servicios básicos de asistencia a la comunidad proporcionados por la administración o no llegan o, simplemente, no existen. En esas circunstancias, es muy fácil manejar a la masa y eso es lo que ocurre. El dato de que entre ellos se encuentren muchos indígenas no obedece a la idiosincrasia tradicional de resolución de conflictos, sino al hecho de que estos ocupan siempre el último estrato de la pirámide social: son los marginados de los marginados. Precisamente, estas situaciones se producen en los lugares en donde los amerindios ya han perdido su cultura, ya han dejado sus tradiciones, ya se encuentran en una zona de nadie, fuera de sus ancestros, en un espacio en el que tampoco se les admite precisamente por su procedencia y pobreza.

En los linchamientos, por definición,¹⁴ se ejecuta al sospechoso sin regla ni proceso alguno, bien por grupos organizados, bien por masas sin control y con los ánimos exaltados. Se ha establecido una relación entre derecho indígena y estas formas arbitrarias y primitivas de tomarse la justicia por la mano, porque es una muchedumbre, integrada por indios y mestizos, la que pasa a la acción y injusticia directamente al sujeto sospechoso de haber perpetrado una grave infracción. Los motivos de tan violenta actuación hay que buscarlos en la situación de desesperación y de rabia que deriva de su dura existencia y en la fuerte percepción negativa de los tribunales estatales, cuya gestión es vista como lenta, burocrática, inútil y corrupta.

En realidad, esta forma de tomarse la justicia por la propia mano nada tiene que ver con el derecho indígena, pese a que la gran mayoría de los medios de comunicación de los países afectados han querido establecer una relación entre ajusticiamientos de masas y derecho consuetudinario de comunidades indígenas. No hay ninguna regla de procedimiento, ni catálogo de delitos, ni de penas establecidos por la tradición ni ningún seguimiento de principios básicos que informen un concreto sistema normativo. De hecho, estos ajusticiamientos son exposición clara de métodos de imposición de justicia primitivos y bárbaros, de tal suerte que no evolucionan con el paso del tiempo ni tampoco se diferencian según sea el lugar o el Estado donde se producen. Los podemos encontrar en la Edad Media, en la época de la colonización ibérica de América o en el lejano oeste cuando aparece la famosa ley de Lynch. Hoy, se perpetran en Brasil, Perú, Ecuador, Bolivia o Guatemala.¹⁵

14 El Diccionario de la Real Academia define *linchamiento* como la acción de ejecutar sin proceso y tumultuariamente a un sospechoso o a un reo.

15 Una de las fuentes más relevantes sobre la problemática de los linchamientos es la que proporciona la Misión de Verificación de las Naciones Unidas en Guatemala (MINUGUA) mediante los informes que emite periódicamente (se puede citar, a título de ejemplo, MINUGUA 2001). Pues

4. Existe, en ocasiones, cohabitación entre el sistema penal originario y el sistema penal oficial

Cuando una determinada comunidad indígena ejerce su facultad para enjuiciar hechos objeto de su competencia, con arreglo a su propio derecho, en principio, no tiene límites por razón de la materia,¹⁶ es decir, que se encuentra legitimada tanto para dirimir un caso de hurto, como de violación o asesinato. En la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana que hemos ido citando a lo largo del presente trabajo, se ha reconocido dicha facultad de enjuiciamiento para cualquier hecho delictivo y, en ella, se puede advertir una amplia gama de procesos ventilados con muy diversos delitos. Evidentemente, se han de cumplir unos presupuestos mínimos, cuales son que exista, en el seno de cada poblado, una voluntad común de administrar su propia justicia, que se siga una ley impuesta por la tradición y que se respeten las reglas básicas del debido proceso. De ahí que no sea extraño observar sistemas jurídicos aborígenes absolutamente autónomos que encuentran reconocimiento y legitimidad en el respectivo texto constitucional y en otros instrumentos internacionales como el Convenio 169 de la OIT. También hemos visto que no es inusual encontrarnos con otros pueblos que no han mantenido su propio derecho y que se han integrado en el aparato de justicia estatal para resolver sus conflictos por vías jurídicas.

Sin embargo, es bastante común contar con comunidades que emplean una doble vía de enjuiciamiento para mantener su pacífica convivencia. Así, los hechos menos graves y más frecuentes (hurtos y robos de pequeña entidad, lesiones, atentados al honor, usurpación de tierras, hechos imprudentes, etcétera) son sometidos a su competencia con arreglo a las reglas tradicionales de solución de conflictos. Y los casos de mayor gravedad, como violación, asesinato o tráfico de drogas, son elevados a los órganos jurisdiccionales estatales. Se produce, así, una

bien, entre las afirmaciones y recomendaciones vertidas en dichos informes, encontramos manifestaciones en el siguiente sentido:

-La inexistencia de vínculo alguno entre linchamientos y derecho consuetudinario.

-Todo lo contrario, allá donde se ha evidenciado el fenómeno, se ha constatado la ausencia de normas de derecho indígena.

-El derecho indígena es de carácter consensual y reparador, todo lo contrario que los ajusticiamientos, que se llevan a cabo sin regla ninguna y tienen carácter vindicativo.

-Se recomienda, para prevenir y evitar los supuestos de autojusticia, fortalecer las normas tradicionales de convivencia, el derecho consuetudinario y el sistema arraigado de líderes y autoridades en el seno de las comunidades indígenas.

-Se recomienda a los medios de comunicación que eliminen de sus contenidos la relación entre derecho consuetudinario y linchamientos.

16 En este sentido, Yrigoyen Fajardo 1999: 90 y s(s).

singular fórmula de cohabitación entre ambos sistemas jurídicos que no plantea demasiados problemas.¹⁷

Las causas en virtud de las cuales se establece esta delimitación de competencias son de muy diversa índole. Hay poblados muy aislados y pequeños en los que nunca se han conocido grandes atentados individuales o sociales y, solo cuando han tenido un mayor contacto con el mundo exterior, se han producido estos hechos de mayor relevancia.¹⁸ Otros, en cambio, se ven superados por las nuevas formas de criminalidad, contra las que nada puede hacer su derecho ancestral.¹⁹ También existen comunidades que remiten a la justicia ordinaria exclusivamente los supuestos de homicidios y ejercen su derecho propio para el resto de infracciones que perturben el orden social.²⁰

17 Otro ejemplo de jurisdicción compartida lo encontramos en lo expuesto en el apartado III.F en relación con la etnia kuna.

18 Un buen ejemplo de competencia compartida nos lo ofrece el derecho maya en Guatemala. El trabajo de campo realizado por Rachel Sieder en este país, publicado por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) en 1996, pone de manifiesto que: «[...] los conflictos que generalmente se solucionan en las propias comunidades, por autoridades locales, son los robos pequeños, los daños a la propiedad, los problemas con animales domésticos, las disputas sobre linderos y colindancias, las ofensas de palabras y los problemas matrimoniales; los conflictos que no se solucionan en la comunidad son los homicidios, los daños físicos graves, los daños graves a la propiedad y los conflictos agrarios [...] [en tal caso] existía una percepción generalizada de que tales problemas no competían a las autoridades comunitarias, sino que tenían que ser llevados al alcalde regional, al juzgado o al Instituto Nacional de Transformación Agraria». Al respecto, cf. Universidad Rafael Landívar 1998: 39. En otro pasaje de esta misma obra, se vuelve a insistir en la tesis apuntada en el texto: «En general los mayas no son violentos, pues es escaso el número de conflictos que ocurren cotidianamente en sus comunidades; sin embargo, como en toda sociedad, se producen acciones y omisiones que rompen la normatividad comunitaria y que son conocidas y resueltas, en buena medida, por sus propias autoridades [...]. Es frecuente que los casos graves sean referidos al Sistema Oficial de Justicia» (Universidad Rafael Landívar 1998: 67).

19 Es este el caso de la etnia kuna en el archipiélago de Kuna-Yala. Los poblados que allí se encuentran gozan de gran autonomía política, cultural y también jurídica. Sin embargo, sus dirigentes reconocen que encuentran grandes dificultades para poder hacer frente a los supuestos de tráfico de drogas que pasan frente a sus costas en las rutas que marcan las grandes mafias internacionales. Cito un registro magnetofónico digitalizado fruto del correspondiente trabajo de campo.

Nombre: EMI 28. Panamá (a). Tubualá.

Lugares y fechas: Panamá. 4 de agosto de 2004, sede del hotel Costa Azul. Tubualá (archipiélago de Kuna-Yala, antiguo San Blas), 5 de agosto de 2004. Mulatupu.

Resumen: Reflexiones en relación con la entrevista mantenida con Héctor Huertas. Reflexiones sobre mi llegada a Tubualá (Kuna-Yala). Entrevista con las autoridades de Tubualá sobre el derecho kuna. Lectura de las leyes kuna escritas: Ley Fundamental Kuna (estatal), Estatuto del Congreso Kuna (Kuna-Yala) y Reglamento Interno para la comunidad de Tubualá.

20 En este sentido y referido a comunidades guaraníes de Bolivia, cf. Molina Rivero 1999: 61-62.

Quizá, el criterio más común que orienta los distintos ámbitos de competencia entre los sistemas indígenas y oficiales reside en el hecho de que el asunto trascienda más allá de los supuestos que, tradicionalmente, se resuelven en el seno de la comunidad. Cuando el caso afecte a intereses que salen del estricto marco de la convivencia social del poblado, se entenderá que no se dispone de la necesaria capacidad para enjuiciar con las suficientes garantías de resolver justamente el conflicto.²¹

5. El derecho indígena es, con carácter general, derecho consuetudinario

A lo largo de los tiempos, la transmisión de los conocimientos en el seno de los pueblos originarios de Latinoamérica se ha llevado a cabo de forma oral. La tradición ha ido pasando de padres a hijos y, con ella, la historia, la cultura, la religión y también las normas básicas de convivencia. Dichas normas básicas de convivencia son aceptadas generalmente como obligatorias mediante procesos psicológicos de internalización en la reiteración de pautas sociales. A través del uso, de las prácticas ancestrales y de la costumbre, los sujetos entienden que determinadas reglas son obligatorias y que existe, por encima de ellos, un sistema de sanciones aplicables para el caso de su incumplimiento o violación. En otras palabras, estamos afirmando que el derecho indígena es derecho consuetudinario por su propia naturaleza. El catálogo de normas que regula la vida social de cada comunidad no es escrito, sino que se conoce por la costumbre.

Esa costumbre es la que define las infracciones criminales y la que les otorga el correspondiente castigo. Esa costumbre es la que establece a las autoridades que dirigen el procedimiento, la forma en que se desarrolla el proceso y la forma en que se dictamina la absolución o condena del acusado.

Tal y como he señalado en varias ocasiones, este derecho indígena, precisamente por su carácter no escrito, es un derecho vivo y en permanente evolución, cristalizado por un constante proceso dialéctico de resistencia al derecho oficial y,

21 Con carácter general, estoy de acuerdo con las siguientes palabras: «El radio de acción de la justicia tradicional comunitaria comprende conflictos y problemas que pueden ser resueltos en el ámbito de la comunidad, tales como disponibilidad de bienes, linderos de terrenos, disputas familiares, peleas entre miembros de la comunidad, etc., en tanto otros que implican un delito mayor, como homicidios y violaciones, se remiten a la justicia ordinaria» (Proa 1997: 65). Esta cohabitación entre ambos sistemas es muy frecuente en comunidades mayas de Guatemala. De hecho, en algunos delitos, como el robo, se utiliza la posibilidad de enviar al sujeto a la justicia ordinaria como si fuese una sanción más, frente a la oportunidad de poder ser enjuiciado por el derecho propio, mucho más benigno con carácter general. En este sentido, cf. las experiencias que nos narran Esquit/García 1998: 116-117.

al mismo tiempo, caracterizado por asimilar su propia influencia.²² Este orden jurídico convive con el estatal y no se encuentra ni aislado ni en absoluto paralelismo con este. Dependiendo del grado de complejidad de la sociedad nativa de que se trate, de su convivencia con el sistema de vida occidental y de la interacción del mundo indígena con el mundo no indígena, observaremos distintos órdenes de competencia con un mayor o menor grado de influencia y de actuación.

Y, en efecto, aquí la forma de comunicación de los pensamientos, de las ideas, de las reglas de religión, cultura y derecho es por medio de la tradición oral. Las normas penales, por tanto, son creadas por la costumbre.²³ Esta es el producto de una tradición milenaria que ha ido creando las conductas prohibidas —que los occidentales denominamos delitos— y estableciendo los mecanismos de sanción que reprimen esos comportamientos estimados como reprobables.

¿Significa ello que no hay derecho indígena escrito? Aunque excepcionalmente encontramos algunas normas de los pueblos originarios que se hallan reglamentadas, dichas normas no se pueden confundir con la legislación que el Estado elabora en relación con comunidades indígenas. Este es derecho estatal indigenista, pero no es derecho indígena, que es el que ahora nos ocupa. Estos supuestos de derecho indígena escrito, sin embargo, son excepcionales.

En conclusión, hay contundentes evidencias de que, en Latinoamérica, existen varios sistemas punitivos en el ámbito territorial y personal de ciertos pueblos indígenas, los cuales están reconocidos constitucionalmente y se encuentran vigentes en la actualidad.²⁴ En los siguientes apartados, vamos a examinar los principios fundamentales de los ordenamientos sancionadores de los pueblos originarios de Latinoamérica.²⁵

22 Pongo como ejemplo la siguiente cita: «El derecho consuetudinario en Bolivia, contrariamente a lo que muchos pudieran pensar, es parte intrínseca de un pluralismo jurídico vigente recientemente reconocido de manera formal por la constitución. Su vigencia tiene una trayectoria histórica importante como resultado de una doble relación con los sectores dominantes: la de la resistencia por mantener sus estructuras comunitarias autónomas frente al Estado, pero, al mismo tiempo, la de la asimilación de las prácticas dominantes en un proceso lento de homogeneización sociocultural, como veremos más adelante» (Molina Rivero 1999: 36).

23 Sobre el sistema jurídico indígena como derecho consuetudinario, cf. Aráoz Velasco 1991: 33 y s(s).

24 «El derecho indígena, si bien es múltiple, complejo e histórico, existe como un conjunto de sistemas de regulación jurídica que se diferencian de los sistemas hegemónicos de derecho» (Durand Alcántara 2002: 48).

25 Señala Fernando Velásquez Velásquez, y con razón, que el derecho penal precolombino no murió con la colonización española (1997: 225). Muchas de las prácticas penales aborígenes se siguen entre las escasas tribus que aún subsisten en medio de la discriminación y el atropello. Evidentemente, este derecho penal indígena ha ido evolucionando, pero, entre los estudiosos, nadie duda de la existencia de los sistemas jurídicos originarios.

III. PRINCIPIOS ORIENTADORES DEL SISTEMA SANCIONADOR INDÍGENA

En el presente apartado, se analizarán los principios básicos en torno a los cuales se estructura el derecho penal indígena. Me interesa destacar, aquí, aquellos postulados que son inherentes al ordenamiento consuetudinario indígena y que acentúan ciertas diferencias con el sistema oficial de justicia.

De todo lo expuesto hasta aquí, por tanto, podemos llegar a una primera conclusión que nos conduce a considerar que ni tan siquiera los principios de legalidad y culpabilidad son universales en todo sistema de derecho penal. Al menos, en los ordenamientos sancionadores de los pueblos originarios de Latinoamérica, dichos axiomas o no existen o adquieren otra dimensión.

Ya se ha visto que es posible y, en la mayoría de las ocasiones, necesario otorgar a la costumbre el rango de primera fuente de los delitos y de las penas en los sistemas normativos aborígenes, porque la transmisión oral de los conocimientos, cultura y tradiciones sustituye a los procedimientos escritos de información social propios de los sistemas occidentales. No se requiere que la norma penal proceda de un parlamento, porque no existe una cámara nacional de representación política de los pueblos aborígenes, sino mecanismos de participación en asambleas de todos los miembros de la comunidad en procesos de democracia directa. Tampoco se puede exigir la existencia de jueces de carrera, abogados letrados o fiscales ordinarios, pues el juez es sustituido por el cabildo o el consejo; el abogado encuentra su plasmación en un lego que conoce las reglas y normas consuetudinarias; y el fiscal no existe porque la acusación puede proceder de la misma comunidad, del hechicero o del jefe. No podemos, por tanto, exigir la implantación del principio de legalidad penal, sus garantías y manifestaciones en ámbitos sociales con sistemas de vida, cultura y comprensión del existir cotidiano y trascendental tan diferentes a la concepción social, política y cultural del mundo occidental. Se puede pretender, por el contrario, alcanzar mínimamente los fundamentos del principio de legalidad penal, esto es, seguridad jurídica, representación democrática e igualdad de todos los ciudadanos, pero no tanto por el hecho de trasladar una de las bases del sistema penal occidental al ordenamiento de los pueblos originarios, sino porque estos tres aspectos señalados constituyen la base de la dignidad humana, sustrato de todos los derechos fundamentales y libertades públicas aceptados en un consenso de las grandes civilizaciones actuales.

Y se puede apreciar que estos tres fundamentos son satisfechos en los diferentes sistemas punitivos examinados. La seguridad jurídica se alcanza dentro de grupos muy poco numerosos en los que cada uno conoce perfectamente el ámbito de lo prohibido y la consecuencia que acarrea infringir la norma. El carácter democrático de la institución no se pone en duda cuando es la propia comunidad la que impone, enjuiciamiento tras enjuiciamiento, el catálogo de comportamien-

tos humanos que se consideran delictivos y las correspondientes sanciones. Y la igualdad de trato de sus ciudadanos se respeta si se siguen los procedimientos consuetudinarios de solución de conflictos y las respectivas reglas que cada pueblo establece para tutelar las bases de la convivencia comunitaria. Si se prescinde, por tanto, del principio de legalidad, es porque sus fundamentos, que se mantienen, adquieren una dimensión muy distinta en el ámbito jurídico-penal de los pueblos tribales de Latinoamérica.

A similar conclusión llegamos en el marco del principio de culpabilidad. La mayoría de las manifestaciones de este axioma no se presentan en el derecho penal indígena porque los valores individuales aquí se supeditan en favor de los intereses del grupo. La dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en los pueblos originarios, que se hallan en el propio fundamento del principio de culpabilidad, no se conciben fuera del origen étnico, de la representación de la cultura indígena ni de la imagen del grupo de procedencia. El individuo es lo que es en tanto que es miembro de una determinada comunidad. Y este pensamiento modifica notablemente la concepción de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que a él, por el mero hecho de nacer como ser humano, se le atribuyen.

En la cultura occidental, prima el individuo y el individualismo, mientras que, en las culturas amerindias, prima el grupo, la comunidad, el *ayllu*, el patrilineaje y los valores de la tradición que encarnan, entre ellos, también los derechos del colectivo. Si se tiene presente esta peculiaridad cultural, entonces, se comprenderá que la exigencia de la responsabilidad por el acto aislado cede, en muchas ocasiones, a favor de la responsabilidad por la forma de conducción de vida, pues el componente de fuerte integración social no acepta hechos individuales sino comportamientos históricos. El principio de personalidad también cede (en ocasiones) ante la culpabilidad del grupo, del clan o del patrilineaje, pues al colectivo se le responsabiliza por la educación y la conducta del nativo. La presunción de inocencia, el derecho a la defensa y al debido proceso, en general, necesitan, según estos parámetros, ser interpretados bajo otra lectura diferente, pues los valores de la paz y del equilibrio social requieren que se tomen en consideración otros componentes supraindividuales de notable importancia. Queda claro, pues, que los postulados de la legalidad y de la culpabilidad, tan relevantes e imprescindibles en el sistema penal occidental, se diluyen o, incluso, desaparecen en los ordenamientos penales aborígenes de Latinoamérica. Voy, seguidamente, a señalar algunas características que manifiestan otros principios propios del sistema de infracciones y de sanciones de los pueblos originarios.²⁶

26 Borja Jiménez 2001: 133 y s(s).

Se ha podido comprobar que el principio de culpabilidad entendido bajo los presupuestos del pensamiento occidental se relaja bastante cuando nos encontramos ante ordenamientos punitivos indígenas. Incluso, es posible negar su existencia como tal en estos ordenamientos. Y, para nuestra mentalidad occidental, puede que ello sea inconcebible, pero es preciso estructurar nuestro esquema de comprensión de la realidad que analizamos desde la perspectiva de sus actores, es decir, desde la perspectiva indígena.²⁷

Un principio fundamental que rige la vida social de los pueblos originarios y, por supuesto, su derecho es el denominado principio de reciprocidad, del equilibrio o de la paz social. Repito, también su sistema penal se ve influido notablemente por este axioma. Los sistemas sociales más arcaicos o primitivos —términos que no formulo peyorativamente, sino en el sentido de menos influidos por la «colonización»— se estructuran bajo una intensa cohesión del grupo, de tal forma que mantener la paz o el equilibrio entre las diversas familias se presenta como función rectora de toda la vida de la colectividad por encima, incluso, de intereses particulares. Visto desde este prisma, acontecimientos que, desde la perspectiva «occidental», se entenderían como estrictamente «privados» (adulterio u ociosidad), en los grupos amerindios, trascienden de ese mero campo particular porque representan desajuste social, pérdida del equilibrio respecto de los colectivos integrantes y, en última instancia, ruptura de la paz social. El principio de la paz social, del mantenimiento del equilibrio de las fuerzas comunitarias en pugna, aparece con gran relevancia en los sistemas jurídicos indígenas.²⁸

Ese relajamiento del principio de culpabilidad se producía, precisamente, porque, ante la perpetración de estos hechos «antisociales», la propia comunidad

27 He intentado extraer estos axiomas generales como los más comunes a la mayoría de los pueblos originarios de Latinoamérica. Así, por ejemplo y a título de resumen, para comunidades mayas de Guatemala, se señala lo siguiente: «En este sentido se ha observado el camino que se sigue en las comunidades en la búsqueda del orden comunitario, familiar y personal. Se ha comprendido que la ruta más utilizada es *la búsqueda de la conciliación basada principalmente en un discurso, en una reflexión moralizadora, en un acto negociador y en la búsqueda de la restitución*» (Esquit/García 1998: 46).

28 Podría señalar muchos ejemplos de ruptura de la paz y de guerras entre clanes de una misma comunidad por no respetarse el propio derecho y romper ese principio del equilibrio que se encuentra en la base de todo sistema jurídico indígena. Voy a citar tan solo el caso que nos comenta Weilder Guerra Curvelo en el que sobrevino la guerra entre dos clanes por incumplimiento de uno de ellos de asumir las responsabilidades económicas de uno de sus miembros que había dado muerte a un comunero de la estirpe que reclamaba: «Ante la negativa de Pablo, los familiares de Ángel González se alían con Kemeranta y sobreviene el enfrentamiento armado con la facción de los Iipuana, facción encabezada por Pablo y apoyada por Joseito Iipuana. El resultado es de varias personas muertas en ambos bandos, la pérdida de animales y la destrucción de algunas tumbas de los parientes de Kemeranta» (2002: 104).

tiene más interés en restaurar el orden que en velar por la intangibilidad de la dignidad humana del individuo.²⁹ El valor preponderante que se le asigna a la paz social y la necesidad de mantener la integración y la cohesión del grupo explican los principios de mediación y de fuerte prevención especial en el ámbito de la elección y de la imposición de la pena al infractor declarado culpable.³⁰

El derecho penal indígena es, ante todo, un derecho de mediación.³¹ El delito, en las sociedades originarias de Latinoamérica, refleja el peligro de descomposición del grupo y de división social. La consecuencia jurídica del delito, la pena, no pretende expresar solamente el castigo representativo de la reprobación social, sino, sobre todo, busca restaurar el equilibrio de la vida social del grupo y alcanzar la paz rota por el comportamiento del autor.³² De ahí que la imposición de la sanción no sea tan solo una cuestión que afecta a la víctima, al infractor y a la autoridad legitimada para impartir justicia, sino que alcanza a la comunidad en su totalidad, pero no entendida como ente abstracto que se encuentra distante y

29 «Para los occidentales, el delito implica responsabilidad individual y personal que trae por consecuencia una sanción, expresiva de la reprobación social por la conducta del culpable y la retribución expiatoria por este (castigo), quien sufre una pena, generalmente privativa de la libertad. En las sociedades primitivas el «delito» es un acontecimiento que redundando en desequilibrio de las formas sociales y de los procesos lógico clasificatorios que cimientan la sociedad que haya sido afectada por él; la responsabilidad de restaurarlos recae en el grupo (clan-linaje) al que pertenece el que actuó causando el desequilibrio, y eso puede explicar por qué, en el seno de ciertas sociedades (como los beréberes en Nordáfrica), quien causa el daño no es el que lo repara, «aunque por supuesto, los sentimientos ultrajados pueden llevar a cometer atentados contra él» o por qué el encarcelamiento no constituye ninguna solución para el grupo que ha perdido algo. En la sociedad de Occidente lo que predomina es el castigo, en las sociedades exóticas predomina el equilibrio» (Benítez Naranjo 1988: 157).

30 En este sentido, dice Gladis Yrureta: «La trasgresión de las prohibiciones reconocidas y aceptadas por el grupo, acarrea una sanción que las más de las veces es aplicada con el fin de restablecer la armonía social quebrantada y reconciliar al culpable con la comunidad» (1981: 21).

31 «No hay una preexistencia absoluta de la pena en el sentido del imperativo kantiano, es decir, el que a una determinada conducta típica corresponda una pena predeterminada. La pena es discutida y a veces negociada según el caso particular y teniendo en cuenta el monto del pago social de compensación concomitante» (Perafán Simmonds 1995: 40).

32 Esta diferencia entre los ordenamientos punitivos indígenas y el estatal es apreciada por la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-523/97 cuando establece el fundamento y razón de ser en determinadas sanciones en una y otra comunidad: «La sanción del fueite, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena páez. En el primero, se castiga *porque* se cometió un delito, en el segundo se castiga *para* restablecer el orden de la naturaleza y *para* disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado».

por encima de sus miembros, sino que la sombra del hecho antisocial suele cubrir a cada uno de los miembros, a cada una de las familias y linajes, a cada grupo fundamental del colectivo.

Por esta razón, en muchos ordenamientos punitivos indígenas, la decisión de la pena a imponer constituye un auténtico proceso de negociación que se abre en dos direcciones distintas. Por un lado, por medio de la asamblea en la que suele reunirse toda la comunidad para determinar la culpabilidad o inocencia del sujeto e imponerle la sanción en su caso, los diferentes clanes y familias tratan de llegar a un acuerdo sobre el tipo de pena, su duración y forma de cumplimiento para evitar, de este modo, las guerras ancestrales y mantener el orden en la aldea.³³ Por otro lado, la segunda vía de transacción en el marco de la imposición de la sanción se lleva a cabo entre la misma comunidad (bien directamente, bien representada por las respectivas autoridades) y el propio condenado. En la medida en que se intenta siempre mantener la paz, se pretende, incluso, que el propio infractor quede conforme con la resolución de la asamblea para, de esta forma, poder alcanzar el orden y el equilibrio respecto de todos los miembros de esta, incluyendo al propio acusado.

El proceso de mediación con el sujeto, en delitos que no son muy graves, comienza, incluso, antes de que se establezca procedimiento de sanción alguno mediante la advertencia privada o pública al sujeto, una amonestación, etcétera.³⁴ Por poner un ejemplo, en los supuestos de violencia doméstica, la actitud agresiva del

33 En este punto, traigo a colación la sentencia T-349/96 de la Corte Constitucional colombiana, la cual expresa las opiniones de los peritos antropológicos que realizaron el correspondiente estudio respecto de la comunidad embera-chamí. «En este punto, tanto en el estudio como en el escrito enviado a la Corte, se enfatiza la importancia de la articulación de los dos sistemas para que el proceso adelantado cumpla su función preventiva de las venganzas de sangre. De ahí la importancia de que dentro del proceso que se lleva a cabo en las reuniones, ya sean veredales o generales (sistema centralizado), estén representados los patrilineajes (familias extensas) de todas las partes en conflicto, representación que conlleva también la posibilidad de ser jueces de la causa. Por esta razón, la decisión se toma en una reunión veredal solo si todas las partes pertenecen a una misma vereda; de lo contrario, la decisión deberá tomarse en una reunión general. También se deciden en las reuniones generales las faltas muy graves. En nuestro concepto, existe un alto valor que el pueblo embera-chamí le atribuye a la posibilidad de sancionar las conductas de sus miembros. Y dicho valor no se relaciona con otro aspecto diferente a aquel de la paz. El pueblo embera-chamí es altamente conflictivo, habiendo involucrado histórica y culturalmente el conflicto como una estrategia de supervivencia y de ocupación territorial. En estos casos, en los cuales una cultura hace del conflicto una estrategia de su propia supervivencia, es crítico el manejo interno del conflicto, ya que la imposibilidad o incapacidad de manejarlo a nivel de sus estructuras internas puede acarrear el desbordamiento del conflicto meramente oral y de sentimientos en la guerra tribal sin control».

34 Este carácter de mediación de los sistemas punitivos indígenas fue un punto de referencia en las etnias de Ecuador que se expresó en la mayoría de las entrevistas que realicé en la cuarta

comunero con su mujer afecta a la integridad física y psicológica de la víctima, a su dignidad y también a la tranquilidad de la comunidad. Esta puede aperebir, en varias ocasiones, al sujeto para que respete a su mujer y a la propia colectividad y no arme tanto escándalo. Si el comunero no se aviene a los aperebimientos de la autoridad, se le obliga, por ejemplo, a permanecer en la casa comunal con su mujer para que hablen y, de esta forma, puedan alcanzar un acuerdo. Si esta medida no soluciona el problema, se puede llegar a decidir, finalmente, sancionar al infractor, y del elenco de sanciones del que disponen las comunidades para castigar estos supuestos, se suele optar por aquella que mejor se corresponda con la naturaleza del hecho perpetrado y con la personalidad del infractor. Sin embargo, fundamental para la imposición de la pena suele ser el hecho de que el propio condenado esté de acuerdo con el tipo de consecuencia jurídica y la forma de su aplicación (por ejemplo, que esté de acuerdo en realizar gratuitamente una serie de actividades de mejora de las instalaciones de la escuela pública del barrio). En ocasiones, el mismo reo puede solicitar que la sanción se cumpla bajo determinadas condiciones, que, cuando son razonables, suelen ser aceptadas por la comunidad.³⁵

Ciertamente, este carácter de mediación no es desconocido por el derecho penal occidental. Como sabemos, la institución anglosajona de la «diversión» —que ha sido trasladada con gran éxito al derecho continental, sobre todo en el marco del procedimiento abreviado—, faculta al juez para que imponga una pena al procesado cuando este reconoce los hechos y tras una negociación entre la acusación y la defensa. Sin embargo, aquí no existe el intermediario del representante legal ni de entes distintos de la propia comunidad o de sus autoridades si el hecho es muy leve, de tal suerte que la mediación, en el derecho penal indígena,

semana del mes de noviembre de 1999 durante mi estancia en este país, especialmente en las mantenidas con la Dra. Gina Chaves, el doctor Julio César Trujillo y la doctora Nina Pakari.

35 Sin embargo, también puedo poner un ejemplo de un supuesto no representativo, en el que la comunidad no atendió a las razonables pretensiones del condenado para que fuese modificada la ejecución de su sanción y no afectase a terceros inocentes. Cito el caso en el que el acusado fue enjuiciado por la aldea por realizar ciertos hurtos de forma continuada. Había sido ya advertido con anterioridad y se le conminó a que aceptara la resolución de la comunidad porque se quería evitar que fuese juzgado por la justicia estatal. Finalmente, fue condenado con una de las penas más graves que puede imponer la autoridad indígena: la expulsión del resguardo y la confiscación del predio comunal que tenía asignado el sujeto. El condenado, que era padre de muchos hijos y estaba viudo, solicitó ausentarse voluntariamente siempre y cuando la asamblea aceptase que sus hijos continuasen trabajando las tierras comunales para evitar que estos pasasen hambre. La comunidad, incomprensiblemente (pues la petición del sancionado era muy razonable), no aceptó esta transacción y ello constituyó un motivo relevante para que la Corte Constitucional colombiana otorgase la tutela al demandante y decidiese que aquella adoptase una pena más proporcionada a los hechos perpetrados.

constituye una de las bases de su sistema jurídico merced a la clase de estructura social que impera en su seno.

Quisiera hacer referencia, aun brevemente, a otro de los principios que se encuentra en la base de los diferentes ordenamientos jurídicos tribales. Me refiero al principio de rehabilitación o reinserción social del reo. Por supuesto, este fundamento axiomático también se encuentra en la institución de la consecuencia jurídico-punitiva de la administración de justicia occidental, pero no con la misma relevancia que en el ordenamiento de las etnias primigenias latinoamericanas.

Una de las ideas que más fuertemente están presentes en la conciencia jurídica de los indios es el convencimiento de que la justicia estatal no vela ni por los intereses de la sociedad ni tampoco por los del propio reo.³⁶ Al pensamiento de que los órganos jurisdiccionales están corrompidos, son lentos e ineficaces, se equivocan constantemente y tutelan exclusivamente los intereses de los poderosos, se une este otro que afirma que las sanciones estatales despersonalizan al sujeto, lo excluyen de su entorno, provocan el contagio criminal y, en definitiva, transforman negativamente al individuo.³⁷

Aunque más adelante tendré ocasión de volver a pronunciarme sobre la naturaleza de las sanciones que utiliza el derecho penal indígena, la gran mayoría de ellas obedece a la idea de reintegrar al condenado de nuevo a su comunidad, de que este confiese y admita su error ante las autoridades indígenas. Se persigue que el infractor quede en paz consigo mismo y con su sociedad nativa, y, por esta razón, se rechazan aquellas penas que implican la «desnaturalización ambiental del sujeto» y que separan al reo del entorno natural en el que desarrolla su existencia, como es el caso de las penas privativas de libertad.³⁸

36 En una reunión con dirigentes indígenas que mantuve en el mes de julio de 2003 en La Paz, formulé directamente la pregunta acerca de su confianza en los órganos de justicia estatal y la respuesta fue, en todos ellos, unánime: rechazaban totalmente la administración de justicia de los blancos; preferían, en todo caso, resolver con arreglo a su derecho consuetudinario. Una vez más, tengo recogidas esas impresiones en el correspondiente material magnetofónico:

Nombre: EMI 19. Bolivia (f). Instituto de Justicia Comunitaria.

Lugares y fechas: La Paz, 22.07.03, sobre las 18h30. Reunión con las autoridades y alumnos del Instituto de Justicia Comunitaria y determinados dirigentes indígenas del distrito de La Paz.

Resumen: Reunión en la sede del Instituto dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de San Andrés (UMSA). Me cuentan la forma que tienen de resolver sus conflictos, su visión de la justicia estatal, los procedimientos utilizados, el sistema de autoridades, la recuperación del derecho consuetudinario, etcétera.

37 También constituye esta una nota constante en las entrevistas realizadas durante el mes de noviembre de 1999 en la República de Ecuador, bien fuese en las comunidades de la sierra, bien se tratase de las comunidades del oriente.

38 En la citada sentencia T-349/96, se recoge el testimonio de un indígena respecto de su concepción sobre lo que significa la pena de prisión. Tengo que decir que mi experiencia apunta

El derecho penal indígena, como vemos, y, especialmente, el que se aplica en las comunidades de la sierra de los Andes ecuatorianos y bolivianos es, entonces, un derecho penal que une elementos mágicos y místicos con la idea de reintegrar al sujeto de nuevo a su medio social. Las instituciones del baño en agua fría y del ortigamiento, muy utilizadas en las comunidades quechuas ecuatorianas, pero también en la Amazonía —aquí solo la aplicación de la ortiga—, presentan una naturaleza mixta entre componentes procesales y punitivos a la que no son ajenas formas rituales procedentes de una institución ancestral.³⁹

también a que la mayoría de los dirigentes que he entrevistado en estos últimos cinco años participaban del mismo pensamiento. «En la cárcel se está bien, se come bien, se duerme bien; pero, no se ve la familia y se fuma marihuana, basuco, se aprende de homosexual, se aprende de fechorías y los castigos son muy largos. Cuando la persona sale no se ha rehabilitado, llega vicioso, llega homosexual, llega corrompido. Así, la pena de la cárcel no corrige, antes daña. [...] En cambio, en el cepo, cuando el cepo se aplica solo, el castigo es muy corto —12 ó 24 horas—, pero es efectivo. La persona no quiere volver a él. Cuando se trata de penas graves, que llevan tiempo, estos tiempos son mucho más cortos que los de la cárcel porque llevan el cepo —nocturno—, que sí es de verdad un castigo, pero, durante el día, aunque no se trabaja en lo propio, se está viendo a la familia, a los hijos, se sabe qué les falta, si están enfermos, disponiendo vender alguna cosa, para llevar al hospital, atendiendo. Además, como se trabaja en terrenos de los comuneros, ellos también están siendo advertidos, que si hacen lo mismo, van a tener que pagar igual, que ellos no quieren esto, por eso hacen también trabajar al condenado suavcito, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro».

39 El procedimiento del baño en agua fría y del ortigamiento no es, ni mucho menos, generalizado en todas las comunidades amerindias. Sin embargo, es frecuente en las agrupaciones del cantón de Otavalo y alrededores (provincia de Imbabura, Ecuador). Plasmó, en el texto, las experiencias procedentes de las cuatro entrevistas realizadas en comunidades de Cotacachi el día 13 de noviembre de 1999, recogidas en el material así catalogado:

Nombre: EMI 1. Ecuador 1999 (a). Cotacachi.

Lugares y fechas: Valencia, principios de noviembre de 1999, conversaciones con Ana Cros y Emilio Borja, se prueba el funcionamiento de la grabadora.

Cotacachi (Ecuador), 13.11.1999 (sábado). Entrevista con un miembro del Tribunal Electoral Provincial denominado Raúl Andrade. Entrevista con José Larra, líder político del Movimiento Pachakutic Nuevo País (movimiento con representación parlamentaria), de carácter indígena. Entrevista con Luis Appa, dirigente indígena. Entrevista con Pedro de La Cruz, presidente de la Federación Nacional de Organizaciones Campesinas Indígenas y Negras del Ecuador (FENOCIN). Resumen: Los primeros fragmentos son escenas familiares en las que estoy probando el sonido de la grabadora días antes de marchar a Ecuador. El resto de la cinta son conversaciones que mantengo en la población de Cotacachi (Ecuador) con dirigentes indígenas. Los primeros se han reunido en una asamblea del movimiento político indígena Pachakutik. Luego, mantengo otra entrevista con Pedro de la Cruz, presidente de una poderosa organización campesina indígena que había sido procesado por atribución de funciones jurisdiccionales al aplicar el derecho indígena. En todas estas entrevistas, intento extraer casos reales, delitos enjuiciados, penas aplicadas, datos sobre la existencia y aplicación de la ley indígena, etcétera. Termina la cinta con una entrevista inconclusa con este dirigente. En esta estancia, me acompañó la licenciada Angélica Porras.

En estas sociedades amerindias, la ejecución de la sanción se lleva a cabo mediante un procedimiento en el que, como acabo de señalar, se mezcla el rito con ciertas instituciones jurídicas, ya sean adjetivas o sustantivas.⁴⁰ Al reo, se le desnuda y se le baña en agua fría en el río, riachuelo, lago o fuente más próxima al lugar de enjuiciamiento. Con ello, se pretende «limpiar el cuerpo de los malos espíritus que han llevado al individuo a realizar un daño contra los demás». Tras el baño en agua fría, sobre el cuerpo desnudo del condenado, se le aplica la ortiga, hierba urticante que, en contacto con la piel, produce picores, inflamaciones y eczemas con irritación generalizada. Tanto el baño en agua fría como el ortigamiento se han contemplado como medios bárbaros de sanción del delincuente. Sin embargo, creo que ni siquiera tienen el carácter de pena íntegramente. El ortigamiento, que ciertamente produce dolor físico, es un medio procesal y ritual que persigue «curar» al reo y hacer que este se sienta «libre» de las malas influencias que le llevaron a perpetrar el delito y confiese su hecho ante la comunidad para, de esta forma, como reconocimiento de un error cometido, aquella pueda aceptar de nuevo a este y, así, reintegrarle a su seno tras la ejecución de la sanción.⁴¹ La ortiga, pues, tiene un carácter ritual y mágico, de tal suerte que su utilización en el cuerpo del condenado se interpreta como una forma de purificar su sangre y su

40 Esta utilización ritual de la sanción, con la finalidad de purificar al sujeto y restablecer el equilibrio y la paz, también se encuentra en la etnia páez que reside en el territorio de Colombia. La Corte Constitucional de este país, en la sentencia T-523/97, expresa nítidamente este fundamento punitivo: «El fuete consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es, pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía». En otro pasaje de la misma resolución, añade: «Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque, de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento público”, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción».

41 La ortiga es una hierba que, entre los indígenas, se utiliza como planta medicinal. De las diversas entrevistas que realicé en mi estancia en Ecuador durante el mes de noviembre de 1999, todos los dirigentes y especialistas entrevistados pusieron de manifiesto que este carácter medicinal es el que simboliza la aplicación de la ortiga al reo, pues se cree que esta purifica la sangre y, con esa finalidad, es empleada por muchos indígenas y mestizos. En la entrevista realizada con el Dr. Julio César Trujillo el día miércoles 23 de noviembre de 1999 a las 15:30 horas en la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Ecuador), se manifestó la relación existente entre este carácter terapéutico de la ortiga y el sentido procesal que se le otorga en el derecho penal indígena tal y como se señala en el texto.

alma, dado que se considera que es un espíritu ajeno y maligno quien le incitó a delinquir, el cual es expulsado de modo que se purifica al sujeto cuando se aplica la hierba urticácea.⁴²

Existe también un elenco de penas que pretenden alcanzar esa rehabilitación del sujeto. La sanción de reclusión en la casa comunal es una pena privativa de libertad que no suele durar más de 24 horas y, como mucho, se impone hasta por siete días. Sin embargo, este encierro no tiene una naturaleza de exclusión y de aislamiento, sino que busca la finalidad de que el sujeto encuentre un espacio comunal de soledad para que pueda meditar sobre su reprochable proceder y, de esta forma, no llegue a repetir los mismos errores en el futuro.⁴³ En la pena de latigazos, que, desde la perspectiva occidental, nos parece bárbara y cruel, cada golpe viene acompañado de un consejo para que se entienda que la sanción no es solo un castigo sino que también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido.

42 En el pensamiento indígena, está muy arraigada la idea de que el sujeto que delinque está dominado por un ser sobrenatural ajeno a la persona del infractor. En la entrevista que tuve con Julio Nunin, maestro de la comunidad zápara de Balzaura, celebrada el jueves 18 de noviembre de 1999 sobre las 15 horas, el entrevistado, de origen shuar, me manifestó que en su etnia, cuando alguien perpetraba algún hurto o robo (generalmente niños), se creía que un simio se había apoderado de su mente. Por ello, subían al infractor a un árbol, el cual tumbaban después. Si el sujeto sobrevivía al golpe, se entendía que el mono había huido de la mente cautiva del ladrón y, de esta forma, el ajusticiado no volvería más a delinquir. En este sentido, en comunidades indígenas colombianas, existe una institución penal que se denomina separación de los espíritus que obligan a hacer una cosa mala a las personas y que consiste en proporcionarle al sujeto bebidas elaboradas con plantas para neutralizar esa energía negativa (Perafán Simmonds 1995: 94).

43 En comunidades muisca y kogis de Colombia, una de las respuestas a la perpetración de una falta grave es pasar varias noches escuchando a los ancianos, sin dormir. Los consejos que estos dan al infractor tienden, evidentemente, a convencerlo de las razones de su mal proceder y a que asuma, en el futuro, un comportamiento más respetuoso con él mismo, con sus familiares, con las víctimas y con la propia comunidad. Cito, nuevamente, el material magnetofónico de la correspondiente entrevista:

Nombre: EMI 12. Colombia (a). Kogis y muisca.

Lugares y fechas: Reflexiones sobre visita al resguardo indígena de Cota, de la etnia muisca, conocida antiguamente como chibcha, ubicado en el Departamento de Cundinamarca, el día 11 de enero de 2003, a 25 kilómetros de Bogotá. Reflexiones acerca de los kogis tras las conversaciones con Edgar Cruz. Inicio entrevista con Carmita Moreno, psicóloga con amplia experiencia (más de siete años) en comunidades indígenas colombianas. Entrevista realizada el 18.1.2003 en Bogotá.

Resumen: No hay entrevistas directas. Se presentan un conjunto de reflexiones a raíz de dos acontecimientos vividos en mi estancia en Colombia. Uno fue la entrevista realizada con Edgar Cruz en relación con la cosmovisión kogis y nuestra visita a la comunidad muisca residente en el resguardo de Cota. El segundo acontecimiento objeto de reflexión fue la visita a la comunidad kogis ubicada en Ráquira (Boyacá). Frustración, elementos propios de una asociación religiosa, más que de una comunidad indígena. Asombro al descubrir la verdad. Reflexiones sobre el objeto de la investigación, sobre el descubrimiento de elementos que pueden perturbar dicha investigación.

Otras penas como la de trabajos en beneficio de la comunidad también persiguen el objetivo de que el sujeto comprenda la importancia de velar por los intereses de la sociedad y asuma su deslealtad al faltarle el respeto mediante la perpetración de un hecho delictivo. De hecho, una de las sanciones que se considera más severa no se encuentra entre aquellas que atentan contra la integridad física, sino que se concreta en la pena de expulsión de la comunidad.⁴⁴ Es la más fuerte de las consecuencias punitivas, se impone cuando ninguna otra ha tenido eficacia y se la considera tan dura porque su aplicación supone la muerte social del sujeto, su exclusión del poblado. Para un indígena que ha vivido toda su vida en un mismo lugar y durante generaciones, el destierro significa la ruptura total con toda su existencia anterior y la práctica negación del futuro, porque se le ha borrado su propia esencia. Esta es la pena más dura, porque, en ella, no hay posibilidad alguna de rehabilitar al sujeto ni de reintegrarle a su comunidad.

IV. INFRACCIONES, SANCIONES Y PROCESO EN EL DERECHO CONSUECUDINARIO INDÍGENA

Para continuar con el análisis del sistema penal indígena, es necesario dedicar, ahora, unas páginas a las características esenciales de sus infracciones, de sus sanciones y de la forma de enjuiciamiento del acusado. De este modo, nos quedará una imagen, aunque simple, bastante aproximada de los parámetros comunes del ordenamiento consuetudinario indígena en materia sancionadora.

1. Las infracciones del derecho consuetudinario amerindio

En la mayoría de los ordenamientos indígenas, se castiga un conjunto de comportamientos humanos que son reprobados por su lesividad individual y social, equiparables a los delitos del derecho penal de corte occidental. Hechos punibles contra la vida, la integridad física, la libertad sexual o el patrimonio son sancionados en uno y otro ordenamiento. También es frecuente —como reiteradamente venimos señalando—, sobre todo en comunidades que comienzan a recuperar de nuevo su autonomía en el ejercicio de la administración de justicia, que exista una dualidad en el ámbito de la competencia penal de acuerdo a la gravedad de las

44 Así, para el caso de los mapuche en Argentina, señala Luis Heredia: «La pena capital para ellos es el destierro, porque, al quebrar esa relación vital con la tierra a la que pertenecen, pierden al mismo tiempo el soporte espiritual y social de su existencia y experimentan una suerte de vaciamiento existencial insoportable» (1998: 248). En el caso de los guaraníes paraguayos, se ha dicho: «La comisión de los delitos graves, asesinatos, sobre todo por hechicería, e incesto, causan la expulsión de la comunicad [...]» (Ministerio Público 1999: 81).

infracciones. Así, es usual que la comunidad venga a enjuiciar supuestos como hurtos, robos, lesiones o apropiación de tierras, pero delegue a los tribunales ordinarios los procesos originados por muertes, violaciones o secuestros. También encontramos comunidades que administran todos los casos de esta naturaleza que se desarrollan dentro de su territorio.

Las conductas ilícitas más reiteradas en los pueblos originarios suelen ser las relacionadas con la apropiación y venta ilícita de bienes comunales, los hurtos y robos, y lesiones y delitos contra el honor. Los homicidios y los delitos contra la libertad sexual son menos frecuentes y, en ocasiones, desconocidos. Ahora, sin embargo, me interesa destacar la existencia de tres tipos de comportamientos que, en la mayoría de los pueblos originarios de América, suelen ser considerados como delictivos y que son desconocidos en los ordenamientos jurídicos occidentales. De nuevo, voy a reiterar aquí las palabras que he escrito en otro lugar.⁴⁵ Me voy a centrar ahora, por tanto, en tres delitos que, como decía, suelen ser desconocidos en las legislaciones estatales occidentales, pero que no han perdido vigencia en los sistemas jurídicos indígenas.⁴⁶ Me refiero a los ilícitos de adulterio, de ociosidad y de hechicería.⁴⁷

Es un dato antropológico conocido que, en muchas comunidades indígenas en las que predomina de forma fuerte el matrimonio o la unión libre monogámica, la infidelidad sexual de uno de los cónyuges suele constituir un hecho que es gravemente sancionado. Es verdad que esta conducta ha sido reprimida en las mismas sociedades estatales occidentales —así, en España, el delito de adulterio estuvo vigente hasta 1978—. Incluso, hoy en día, sigue siendo un comportamiento castigado en la mayoría de los países musulmanes y en otros del área Latinoamericana como México. Sin embargo, en sociedades europeas y de corte occidental, la infidelidad conyugal no tiene ninguna repercusión en el ámbito del derecho público. Es contemplada como conflicto privado en el seno de la familia a la que afecta y el Estado no interviene porque debe respetar ese ámbito de intimidad y de libertad de sus ciudadanos, salvo la eventual consideración de las consecuencias que puedan derivar del correspondiente proceso civil de separación o divorcio.

Sin embargo, ya he señalado que los aspectos individuales como la libertad o la intimidad ceden en las sociedades tribales ante el peligro de pérdida de la

45 Borja Jiménez 2001: 142 y s(s).

46 Un profundo estudio sobre la tipología delictiva de las etnias páez, kogi, wayúu y tule lo encontramos en Perafán Simmonds 1995: 61 y s(s), 139 y s(s), 176 y s(s), y 251 y s(s), respectivamente.

47 Parece ser que, en Latinoamérica, los pueblos precolombinos ya legislaron leyes morales y jurídicas que castigaban conductas mediante sencillas prohibiciones como no matarás, no hurtarás, no mentirás, no serás ocioso, no tomarás la mujer ajena y otras similares que constituyen la base del derecho penal indígena. Así, para el caso de Colombia, cf. Velásquez Velásquez 1997: 224.

paz que puede generar la conducta infiel de uno de sus miembros respecto de su compañero o compañera sentimental. Se considera que el engaño no solo afecta al cónyuge defraudado, sino también al honor de sus parientes y de su propio clan. Y esto se contempla como una gran falta de respeto a la propia comunidad. Por esta razón, encontramos frecuentemente instituido como hecho delictivo el adulterio.⁴⁸ También es de destacar que, frente a lo que es regla común en otros ordenamientos donde se ha incriminado (o todavía se incrimina) este ilícito, que va dirigido solo a la mujer, en las comunidades estudiadas, el sujeto activo de este también puede ser un hombre.⁴⁹

El segundo delito que no se encuentra en la legislación estatal es el ilícito de ociosidad. Se ha dicho que el derecho penal de las comunidades quechua (tanto en Ecuador como en Bolivia) estructuraba todo su sistema de sanciones con base en una triple prohibición: no mientas, no robes, no seas ocioso (*ama sullá, ama que-lla, ama llulla*).⁵⁰ La inactividad del comunero, por tanto, se ha constituido en una conducta gravemente desvalorada en las sociedades aborígenes latinoamericanas.

-
- 48 Entrevistas realizadas al respecto con Don Pedro de la Cruz el 13 de noviembre de 1999 en Cotacachi, y con la Dra. Ximena Endara y con Doña Gina Chaves en Quito el jueves 25 de noviembre de 1999. De estas tres entrevistas y de mi propia experiencia durante mi estancia en la comunidad zápara de Balzaura, no me ofrece ninguna duda la existencia real de este hecho como delictivo en ciertos pueblos indígenas del Ecuador. No me queda nada claro, sin embargo, las sanciones que se aplican a estos ilícitos delictivos. En ciertas comunidades de la provincia de Chimborazo, a las mujeres les cortan el pelo, sanción que no parece originaria de la cultura indígena sino de la hispánica. En otras ocasiones, se produce la castración directa del adúltero. En las comunidades záparas, manifiestan que se trata de un delito grave y, por esa razón, la pena a imponer es la capital. Sin embargo, respecto de estas sanciones, en la medida en que no dispongo de información suficientemente fiable, prefiero no pronunciarme de forma muy tajante.
- 49 Así, en la etnia colombiana kogi, se castiga de igual forma el adulterio del hombre que el de la mujer. La pena es más grave si «es viviendo» y se reduce a la mitad cuando se trata «de una aventura». Al respecto, el castigo impuesto es de un mes de confesión «a la loma» en el primer caso y la mitad en el segundo. Durante este tiempo, el infractor tiene que «confesar» su fechoría ante sus antepasados. Cf. Perafán Simmonds 1995: 146.
- 50 Se afirma, con mucha frecuencia, que estas tres prohibiciones constituyen la base del antiguo derecho originario de las etnias andinas (me consta la reiteración de esta afirmación que he oído en mis trabajos de campo realizados tanto en Ecuador como en Bolivia). Sin embargo, un experto en derecho indígena, de una larga experiencia con el trabajo directo en comunidades indígenas tanto en Guatemala como en Bolivia, me puso sobre aviso de que él mantenía la tesis contraria: que a los colonizadores les interesaba que el indio no les engañase (no mientas), no les atacara sus derechos económicos (no robes) y estuviese siempre dispuesto a trabajar en favor de los conquistadores (no seas ocioso). Cito el registro magnetofónico:
Nombre: EMI 15. Bolivia (b). Alcides Vadillo.
Lugares y fechas: Ruta de Misiones. Distrito de Santa Cruz (Bolivia). 12.07.03. Entrevista con Alcides Vadillo.
Resumen: Alcides analiza, desde el punto de vista político, la necesidad de otorgar un ámbito

Se podría pensar que no trabajar es una opción personal del individuo que, fuera de las reprochables connotaciones éticas o morales que socialmente pueda implicar, no debería aportar ninguna consecuencia jurídica por no atentar a las bases de la convivencia. Y, evidentemente, este planteamiento es correcto y acertado en una sociedad occidental en la que, como hemos señalado en varias ocasiones, la faceta privada del individuo es tutelada con gran fuerza. Sin embargo, el sistema de vida de los colectivos aborígenes es muy distinto de este. En la medida en que el Estado apenas cubre (cuando las cubre) una mínima parte de las necesidades de la respectiva comunidad, son los propios comuneros los que tienen que organizarse socialmente para atender los problemas que se presentan día a día en el correspondiente grupo humano. Las denominadas *mingas* (actividad gratuita que presta cada vecino en favor de todo el grupo) se presentan como un servicio absolutamente necesario si se quiere desarrollar la convivencia en unas mínimas condiciones de dignidad. Por otro lado, como, por regla general, son poblados de pequeñas dimensiones, el esfuerzo por llevar a cabo proyectos colectivos tiene que distribuirse entre muy pocas personas y, de esta forma, la inactividad de alguna de ellas puede acarrear un notable perjuicio al conjunto de la vecindad. Esto explica que un comportamiento que puede ser considerado como absolutamente inocuo en una sociedad occidental, en una colectividad nativa, sin embargo, represente un alto grado de desprecio a los intereses generales y, de ahí, que esté sancionado con una pena.⁵¹

El último delito que quería examinar, y el más incomprensible para la cultura occidental, es el de brujería, hechicería o mala utilización de los conocimientos curativos y medicinales. Evidentemente, los supuestos de uso indebido de las artes propias del chamán deben ser excepcionales y su sanción también. No obstante, a lo largo del desarrollo de los diferentes trabajos de campo, me he encontrado con

de autonomía a los pueblos originarios de Bolivia. Ello por razones de legitimidad e incluso de eficacia desde la perspectiva de la descentralización del aparato de justicia estatal.

51 Son dos referencias las que inicialmente tomé respecto del delito de ociosidad que reflejan un hecho punible menos grave o leve de los que dan lugar a previos apercibimientos y sanciones no muy severas. La primera referencia viene tomada en la comunidad de Cotacachi. La segunda referencia deriva de la entrevista que mantuve con el jefe y chamán de la etnia de los záparos de la comunidad de Balzaura el día 16 de noviembre de 1999. La pena que se le impone al ocioso, como he señalado, no es muy grave y depende de la comunidad que la ejecute. En las aldeas de la sierra, se les aplica el baño en agua fría y la ortiga. Los záparos excluyen temporalmente durante varios días al infractor, lo apartan del grupo y no le permiten comer durante ese tiempo. Más recientemente, en mi trabajo de campo realizado en Tubualá (Panamá) con comunidades kuna, pude observar otra sanción que también en Ecuador era muy utilizada para estos supuestos como la multa o los trabajos en beneficio de la comunidad. Así, en los reglamentos internos de las islas de Tubualá o Ustupu, se castiga al ocioso que no participa en las actividades comunales obligatorias con la recogida de tanques de cascajo.

algún que otro caso y quisiera hacer una breve referencia a este tipo de hechos, pues ello explica ciertas características de los ordenamientos punitivos tribales que nos ayudan a comprender mejor su fundamento y naturaleza.

Hay que tener presente que la concepción indígena del mundo está muy arraigada a una interpretación mágica de la realidad y a la explicación fuertemente simbólica de la vida, donde el rito y el respeto a las fuerzas sobrenaturales desempeñan un gran papel. Por esta razón, es tan importante la función del hechicero en las comunidades menos occidentalizadas. El brujo es quien mejor conoce el cosmos espiritual que rige las creencias de los miembros de su poblado y quien está autorizado a ponerse en contacto con esas fuerzas sobrenaturales. Es la persona que sabe cómo mantener el equilibrio entre la realidad cotidiana y la realidad espiritual. Todo esto es incomprendible para nuestra mentalidad occidental y, ahora, no se trata de comprobar si tiene una base lógica, científica o racional, o si carece absolutamente de ella. Esto no es tan importante como el dato de que existe, en la conciencia indígena, una absoluta creencia en estas instancias trascendentales⁵² y, sobre todo, en la función que le corresponde al hechicero. Este, como he señalado en otras ocasiones, vela por mantener la sanidad de la comunidad, bien sea ante enfermedades, bien sea ante los acechos de seres sobrenaturales que procedan de la selva, de las lagunas o de otros mundos. En todo caso, él, y solo él, está autorizado para utilizar la medicina tradicional en casos de grave enfermedad y para deshacer hechizos y manejar otras fórmulas mágicas con el fin de proteger a la comunidad y a sus miembros.

En ciertas tribus de la Amazonía, al menos en la comunidad zápara, constituiría una conducta gravemente prohibida que cualquier miembro del poblado, fuera del hechicero, realizase cualquier actividad de brujería, especialmente contra sus vecinos. Sin embargo, también el propio chamán puede perpetrar esta gravísima falta. Él puede hacer uso de su arte para beneficio exclusivo de la comunidad y de sus miembros, o para profundizar en sus conocimientos y, de esta forma, adquirir más fuerza. Sin embargo, si un chamán utiliza sus poderes contra un comunero o contra otra persona de otro poblado, incurrirá en un grave delito que

52 Por poner un ejemplo en comunidades indígenas de las examinadas, en los pueblos originarios mapuche (residentes en Chile, fundamentalmente), las creencias en la brujería se reflejan en los siguientes términos: «Generalmente el resultado de la hechicería es la muerte o la desgracia. Más específicamente, el “asesinato subrepticio” (cualquier muerte inexplicable), enfermedades inusuales (contraídas en circunstancias anormales o indebidamente prolongadas), accidentes extraños y lesiones, pérdida de objetos de valor, mala suerte con la cosecha y los animales (en cuanto los vecinos continúan prósperos) son los principales encabezamientos bajo los cuales están categorizadas las desgracias. No todos los males son de un mismo tipo. Trataré de esbozar o separar diferentes tipos de calamidades provocadas por hechicerías, en cuanto corresponden a diferentes grupos sociales de la sociedad mapuche [...]» (Faron 1997: 153).

puede llegar a ser castigado con la pena de muerte.⁵³ La creencia en la ciencia del chamán es tan fuerte que existen comunidades —por ejemplo, la embera-chamí en Colombia— que atenúan notablemente la pena a quien mata al hechicero por creer que este hacía uso de su magia contra aquel u otro pariente.⁵⁴ Sin embargo, no incurrirá jamás en delito de brujería el chamán que, para mejorar su arte, actúa con sus poderes contra otro chamán.⁵⁵

Con todo, es muy difícil confirmar evidencias irrefutables y pruebas fehacientes de auténticos procesos consuetudinarios por hechos relacionados con la brujería o con la mala utilización de las artes espirituales o medicinales. Por su propia naturaleza, nos encontramos ante una realidad oculta que se resiste a cualquier investigación, porque sus actores dudan de la capacidad de comprensión de este mundo espiritual y mágico de los que han intentado acercarse a él. Y de ahí que todas las afirmaciones en esta temática, incluso las que me proporciona mi experiencia personal y el trabajo de campo realizado durante años, tengan que ser tomadas con especial cautela.⁵⁶

2. Las sanciones del derecho consuetudinario amerindio

Si bien es cierto que el conjunto de hechos delictivos son similares en uno y otro ordenamiento, con las excepciones señaladas y algunas otras, en el marco de las consecuencias jurídicas, encontramos mayores diferencias. En la medida en que

53 En la comunidad indígena páez, en Colombia, entran, dentro de este delito, tres especies: la utilización indebida de hierbas venenosas, el mal ejercicio de la medicina tradicional por quien tiene derecho a practicarla y la conducta que se señala en el texto, es decir, «gente que se convierte en mohano, el lado malo del shamán clásico» (Perafán Simmonds 1995: 67).

54 «De este modo, se castiga con tres años el homicidio que comete un padre en la persona de un jaibaná (hechicero) cuando este sospecha que su hijo murió por causa del último» (Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia T-349/96).

55 «Cuando un chamán está haciendo su estudio, sabe de muchas cosas, entonces lo prueba a otro chamán para ver si lo puede resistir, para ver si está atento viendo a todo eso [...] entonces le pega con sus dardos mágicos, entonces si él no ha aprendido este tipo de estudio, él no aguantará ya [...] por ejemplo, mandan a morder una culebra, pero si él no está preparado para proteger eso, lo muerde y lo mata al instante [...] entonces los chamanes tienen que estar bien resguardados unos de los otros [...] los chamanes siempre están en guerra, entre ellos, en el mundo mágico, siempre están probando el uno al otro, para fortalecerse, para hacer el máximo». Entrevista mantenida con Don Basilio Santi en Balzaura (selva amazónica, Ecuador) el día 18 de noviembre de 1999 sobre las 17 horas.

56 En idéntico sentido, la valiosa investigación reflejada en la obra de Atilio Martínez (1998). En esta misma obra, se recoge una tesis más constatada. Y es que, en ocasiones, se producen ajusticiamientos de personas que se consideran brujos y que utilizan sus poderes para hacer daño. Un caso real de homicidio perpetrado por miedo a los poderes sobrenaturales de la víctima lo encontramos en la monografía Varios 2002b: 104 y s(s).

los fundamentos del sistema jurídico y los propios fines del ordenamiento punitivo indígena son distintos y se estructuran en torno a principios diferentes, el propio catálogo de sanciones y su significado expresan una dimensión muy específica en los pueblos originarios de Latinoamérica. De nuevo voy a traer a colación, con alguna nota de actualización, los pensamientos que ya escribí en su día.⁵⁷

Hay que decir que, aunque la pena de muerte está prácticamente abolida en la mayoría de los países de Latinoamérica, subsiste, sin embargo, en ciertos pueblos amerindios.⁵⁸ En las comunidades de la sierra del Ecuador, había un rechazo generalizado a la pena capital. Sin embargo, en la comunidad amazónica de los záparos, la pena de muerte es la más común de las sanciones para los delitos graves.⁵⁹ Esto se explica porque, en la medida en que no existe o apenas tiene relevancia la pena de prisión, los crímenes de mayor trascendencia, como el homicidio, las agresiones sexuales o torturas, son difíciles de amoldar a sanciones que produzcan un fuerte efecto de prevención general.⁶⁰

57 Borja Jiménez 2001: 151 y s(s).

58 Sin embargo, cada vez son menos los pueblos que la consideran en su sistema punitivo, por lo que constituyen una auténtica excepción. En este sentido, cf. Calla Ortega 1998: 64 y s(s).

59 Señala C. C. Perafán Simmonds (1995) que, para los casos de brujería, se establece, con carácter general, la pena de muerte. La sanción capital también se encuentra en comunidades aymaras en Bolivia. El régimen de vida tan extremo que se soporta en regiones como Potosí u Oruro, junto al carácter sobrio y la fuerza de la cultura del pueblo aymara, determina que se proyecte esa dureza de la existencia en la propia severidad de su sistema penal. Así, se aplica la pena de muerte en varios delitos como brujería, asesinato y otros que agreden a valores relevantes para la propia coexistencia de la comunidad. Al respecto, cf. Fernández Osco (2000: 221). Tal y como ya he citado en alguna ocasión, las consecuencias de la sanción se extienden más allá del propio autor. En una conversación con el autor de la obra citada, me comentaba que conocía de casos de aplicación de la pena de muerte en derecho aymara en los que se obligaba a la propia madre del condenado a que suministrase a su hijo el veneno que habría de matarle por no haber sabido educarlo convenientemente. Cito la referencia magnetofónica:

Nombre: EMI 21. Bolivia (h). Marcelo Fernández Osco, Javier Albó.

Lugares y fechas: La Paz, 23.07.03. Entrevistas con los anteriores, expertos conocedores del derecho indígena en Bolivia, bien en su condición de dirigente aymara y profesor universitario autor de una de las obras más interesantes del derecho indígena boliviano (Fernández Osco), bien como antropólogo español que lleva más de treinta años en el país en contacto directo con pueblos originarios de Bolivia, y una gran obra escrita en relación con estos.

Resumen: En la sede del hotel Rey Palace, voy realizando entrevistas en las que hablamos del derecho indígena, de su implantación en Bolivia, del sistema de delitos y de penas, de la conformación del proceso, del sistema de autoridades, de la sociedad y el pluralismo en el actual Estado boliviano, etcétera. Con Javier Albó, hablamos de la proyección histórica del movimiento indígena en el sistema político boliviano.

60 En este sentido, Lee van Cott 2000: 5 (ejemplar fotocopiado que me proporcionó la doctora Ximena Endara en la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador).

Las penas corporales también son muy frecuentes en los sistemas jurídicos amerindios.⁶¹ Esto se debe no solo a la poca evolución de las instituciones penales en el tiempo, sino también a la simbología del rito que tanta importancia tiene en el derecho indígena. De hecho, como señalé al principio, existen sanciones cuya significación trascendental es tan importante que, pese a su carácter afflictivo, muestran una naturaleza híbrida entre la pena y un elemento formal del proceso.

En efecto, el baño en agua fría y el ortigamiento son medidas punitivas que se aplican muy frecuentemente en las comunidades indígenas de la sierra del Ecuador y que son también conocidas en la Amazonía de este país. Cuando se aplican estas instituciones, no se pretende infligir dolor y sufrimiento al reo. En realidad, no son penas en sentido estricto, sino elementos rituales del proceso previo a la pena. Representan la limpieza espiritual del infractor, la purificación de su cuerpo y de su sangre, y la expulsión de las fuerzas internas que le han llevado al delito y que, en realidad, se contemplan como ajenas a la naturaleza del hombre. Constituyen elementos procesales 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. Por eso, después del baño en agua y del ortigamiento, podemos ver la aplicación de alguna otra sanción, como la de latigazos, lo cual nos demuestra que aquellas dos instituciones del derecho consuetudinario indígena pueden ser calificadas de naturaleza procesal, más que de naturaleza penal.

El fuerte carácter simbólico, pues, se puede observar en las auténticas penas corporales. La sanción de latigazos es propia de poblados indígenas de la sierra de Ecuador.⁶² Sin embargo, en algunas comunidades (las ubicadas en el cantón de Otavalo), su imposición solo puede realizarse en número que sea múltiplo de tres (tres, seis, nueve, etcétera),⁶³ debido a que el número tres, tanto en la tradición indígena como en la cristiana, tiene cierta simbología mágica o sagrada.

Esta misma pena de carácter afflictivo, como puede ser la sanción del fuste en la etnia páez, también ha sido concebida bajo un fuerte componente simbólico y mágico. Consiste en la flagelación corporal del reo que se realiza con «perrero de arriar ganado» y se aplica en la parte inferior de la pierna. Tiene un significado

61 Así, para el caso colombiano, señala Perafán Simmonds los latigazos o el cepo (1995: 40). De mi experiencia, he llegado a la conclusión de que la pena de latigazos se encuentra muy arraigada en comunidades andinas quechuas de Bolivia y Ecuador.

62 En las comunidades de Ecuador, se denomina sanción o pena de latigazos; en Bolivia, chicotazos; y en Colombia, fuste. Es posible que esta sanción tuviera gran influencia y origen en el derecho penal de los tiempos de la Colonia.

63 Opinión común de todos los dirigentes entrevistados en las comunidades indígenas de Cotacachi (Ecuador) el día 13 de noviembre de 1999.

propio: «[...] el del rayo, que es pensado por los paeces como mediador entre lo claro y lo oscuro, es decir, como un elemento purificador».⁶⁴

Las penas privativas de libertad tienen muy poca relevancia en los ordenamientos jurídicos aborígenes.⁶⁵ Esto se debe a dos razones fundamentales. Por un lado, en las comunidades amazónicas, no existen edificaciones y las cabañas comunales suelen ser, por regla general, abiertas, como la mayoría de las viviendas de los pueblos originarios selváticos. Ello niega cualquier posibilidad de mantener encerrada a una persona contra su voluntad. Por otra parte, los poblados están tan aislados unos de otros y el individuo es tan dependiente del entorno social de su comunidad que no tiene ninguna pretensión ni posibilidad de escapar del ámbito geográfico en el que ha desarrollado toda su existencia.⁶⁶

Sin embargo, la segunda razón, de gran relevancia, reside en la idea de la exigencia de mantener la paz y el equilibrio en cada sociedad indígena. Y, para alcanzar este objetivo, es necesario reintegrar al infractor a su colectivo originario.⁶⁷ En este sentido, existe un convencimiento generalizado de que la cárcel de los «blancos» solo consigue aislar al sujeto de su medio social tradicional; contagiarlo

64 Sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-523/97.

65 «No existe, sino excepcionalmente y por corto tiempo, la pena de la reclusión, o esta está asociada a trabajos específicos» (Perafán Simmonds 1995: 40). Y cuando se aplica la privación de libertad, aparece más como medida de naturaleza procesal y cautelar que como pena propiamente dicha. Así sucede, por ejemplo, en ciertas etnias mexicanas: «El castigo más común que suele imponerse es permanecer dos o tres días en la cárcel mientras se arregla o concilia el problema» (Escalante Betancourt, en Varios 2002b: 91).

66 Esas condiciones físico-ambientales que impiden el encierro de las personas se llegan a dar también en el propio sistema estatal de justicia. En dos de las cinco ocasiones en que he estado en Bolivia (octubre de 1999, julio de 2003, marzo y septiembre de 2004, y marzo de 2005), algunos jueces me comentaron la siguiente experiencia —desgraciadamente, no guardo constancia de estas entrevistas, que, por otra parte, se desarrollaban de manera informal—. En algunos centros penitenciarios muy alejados de los grandes núcleos de población (La Paz, Cochabamba, Santa Cruz, etcétera), ni siquiera el Estado puede asegurarle a los internos un mínimo de alimentación para su subsistencia. De ahí que se les deje salir por el día para que trabajen y puedan mantenerse a sí mismos y a sus propios familiares. El control social es tan fuerte que todos ellos vuelven voluntariamente por la noche. Hay una anécdota, que parece ser que ocurrió en realidad, en la que, en un fin de semana, uno de los internos invitó a su guardián a que le acompañase. Ambos regresaron por la noche muy borrachos, de tal forma que el recluso tomó la carabina del guardián e hizo las veces de vigilante mientras este dormía. No ocurrió absolutamente nada, pero el guardián fue sancionado por delegar sus funciones en el preso. Estas historias ocurren en Latinoamérica, y son incomprensibles en Europa, aunque, luego, los europeos nos deleitamos al leerlas en las grandes obras de la literatura iberoamericana.

67 En algunas etnias primigenias, la necesidad de restaurar el orden y evitar su ruptura es tan grande que el castigo del infractor se realiza por su propio linaje, es decir, por su propio tronco de parentesco. Tal es el caso de los mapuches en Chile y Argentina. Al respecto, cf. Peña Cortés/Sánchez Sánchez 2003.

de los vicios propios de la «ciudad»; e interiorizar un fuerte sentimiento de «rabia» y «rebeldía» que causa, tras el cumplimiento de la condena, enfrentamientos, venganzas personales, conflictos, guerras entre familias y, en definitiva, pérdida del equilibrio y de la paz social, valores fundamentales en el sistema social de los pueblos originarios.⁶⁸

El trabajo en beneficio de la comunidad es una sanción que se aplica, con frecuencia, en todo tipo de sistemas punitivos aborígenes. Cuando el delito no es de gran entidad, esta sanción suele establecerse consultando al reo y tras un proceso de mediación con intervención de la víctima o de sus parientes y de las propias autoridades indígenas. En los delitos más graves, el consentimiento del infractor es irrelevante y la pena se convierte en trabajos forzados.⁶⁹ Este tipo de sanción es muy utilizada en las diversas comunidades indígenas porque responde claramente a los principios sociales y jurídicos bajo los que se estructuran. El reo no pierde el contacto con su entorno social y familiar, tan importante en el mundo de los nativos. Realiza trabajos siempre en favor de la comunidad, lo cual supone donar a esta una especie de pago para ganarse de nuevo su respeto y consideración (principio de reciprocidad, tan arraigado en estos sistemas), y sigue participando del resto de actividades colectivas, con lo que ello implica desde el punto de vista de su reintegración social, que se produce ya en el mismo momento del cumplimiento de la condena.

También es frecuente, como vimos al principio de la exposición de esta parte dedicada al sistema punitivo, la sanción pecuniaria de indemnización en favor de la víctima en una institución muy similar a la composición del derecho germánico. Esta pena suele estar prevista en algunos ordenamientos para delitos no especialmente graves (injurias, daños, pequeños robos y hurtos, lesiones leves, homicidios involuntarios, etcétera), aunque, en algunas comunidades, alcanza

68 Esta idea se encuentra presente en toda entrevista realizada con dirigentes indígenas, se tratase de comunidades de la sierra como del oriente (Ecuador). A esto, habría que añadir la terrible situación de los centros penitenciarios en la mayoría de los países latinoamericanos, que, junto a un sistema de justicia muy politizado y con grandes dosis de corrupción en muchos casos, provoca un generalizado sentimiento de rechazo a la cárcel de los «blancos» también por parte de las autoridades indígenas que imparten justicia en su respectiva colectividad.

69 Esto ocurre en el derecho penal de la comunidad páez, tal y como nos relata la sentencia de la Corte Constitucional colombiana T-523/97: «Los castigos más usuales entre los paeces son: el fueite, los trabajos forzosos en las empresas comunitarias, las indemnizaciones a las personas o familias de los afectados y la expulsión del territorio». También es una sanción muy utilizada en la comunidad embera-chamí, como nos señala esta misma corporación en su resolución T-349/96: «Dentro de la comunidad, el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho».

hasta los hechos más graves (homicidio doloso, asesinato y violación).⁷⁰ A la hora de su determinación, es frecuente que aparezca un proceso de negociación entre el infractor y la víctima (o sus respectivas familias) con mediación de las autoridades indígenas, que deben aprobar el respectivo acuerdo alcanzado.⁷¹

Quisiera completar esta breve referencia al sistema de penas de los pueblos originarios con la sanción que se considera, exceptuando la pena capital, más grave y más lesiva a los derechos e intereses del infractor: la expulsión de la comunidad.⁷² En efecto, examinando esta consecuencia jurídica de los hechos

70 Tengo la impresión de que, en los derechos indígenas que están en proceso de implantación o de recuperación, con poca tradición en los últimos tiempos, las cuestiones penales se tratan también casi exclusivamente bajo criterios de mediación y se resuelven, en la mayoría de los casos, por muy grave que sea el hecho, con una indemnización a la víctima. He podido comprobar que, en el derecho indígena centroamericano, la sanción de indemnización en favor de la víctima es una de las más relevantes y se aplica incluso en delitos como asesinato, homicidio imprudente, violación o lesiones. Cito dos referencias magnetofónicas de sendos trabajos de campo realizados con comunidades mayas (Guatemala) y bribri (Costa Rica):

Nombre: EMI 6. Guatemala 2001 (a). Santa Cruz de Quiché.

Lugares y fechas: 20.11.2001. Entrevista con Ingrid Amésquita. Estudiante de Derecho en prácticas en Defensoría Maya en Santa Cruz de Quiché (Guatemala). Antonia Buch (Coordinadora de Defensoría Maya en Santa Cruz de Quiché). 22.11.2001 Entrevista con Juan Zapeta López, coordinador de Defensoría Indígena de Santa Cruz de Quiché.

Resumen: Entrevista con Ingrid sobre algunos casos resueltos con reglas consuetudinarias indígenas. Violación. Violencia doméstica. Usurpación de tierras durante el conflicto. Funciones de Defensoría Maya. Fuerte régimen de mediación. Problema del mantenimiento del derecho maya en relación con el conflicto armado. Conflicto de jurisdicciones. Caso de homicidio imprudente. Caso de lesiones. Homicidio político. Caso de violación resuelto con una indemnización a la familia de la víctima.

Nombre: EMI 11. Costa Rica (c). Marcos Guevara.

Lugares y fechas: Entrevista realizada con el antropólogo Marcos Guevara en la Universidad de Costa Rica, el 2.10.2002. Marcos Guevara es profesor de Antropología en la UCR y estuvo conviviendo varios años con los bribri en el departamento de Talamanca.

Resumen: Marcos Guevara nos habla de sus experiencias en comunidades bribri muy aisladas. Nos habla de sus ritos, de su religión, de su cosmovisión, de las formas de resolver sus conflictos. Es un documento importante por lo profundo de las experiencias que nos cuenta el autor. Están presentes Javier Llobet y su esposa María Aurelia.

71 Así, como hemos visto dos notas más arriba, la compensación es una institución que se encuentra en el sistema punitivo de la etnia páez (Colombia).

72 Con ello, no se agota, ni mucho menos, el amplio campo de la diversidad de sanciones en los ordenamientos indígenas. De mi experiencia en los muchos casos que pude examinar, observé que la pena de exposición es bastante frecuente. Perafán Simmonds (1995) nos habla de esta sanción que consiste en la ubicación del infractor en un lugar para que pueda ser observado por el resto de sus vecinos mientras se pregona el hecho que ha perpetrado. En algunas comunidades ecuatorianas, se le coloca un cartel al sujeto con el delito que ha cometido, se le expone públicamente en la plaza mayor o se le obliga a pasear por el poblado. Otras penas en pueblos originarios de Colombia son las prohibiciones de participación en actividades familiares, el

penales más relevantes, podemos observar una de las diferencias valorativas y estructurales más notables entre el ordenamiento punitivo indígena y el occidental. Desde el punto de vista del segundo, desde la mentalidad «civilizada», aparece como inhumano, degradante y monstruoso que, comenzado el siglo XXI, un sistema jurídico imponga penas como el ortigamiento, los latigazos o el cepo. La expulsión del sujeto de un determinado territorio se contemplaría, sin embargo, como una sanción, más bien, suave, prevista para delitos de poca entidad y con escasos efectos de prevención general y especial. Esto se explica merced a una estimación de valores fuertemente vinculados al aspecto individual de la persona, como la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad o la indemnidad corporal. En cambio, la vida en comunidad y el arraigo social a la familia o al entorno existencial del lugar de nacimiento o de la infancia pierden importancia de forma proporcional al nivel de «desarrollo» (entendido en términos de complejidad) de la sociedad que se trate.

Desde el punto de vista de la mentalidad amerindia, sin embargo, esos aspectos individuales del sujeto, tal y como hemos repetido en tantas ocasiones, ceden ante los intereses generales de la comunidad, la cohesión del grupo, el arraigo familiar, la pervivencia de la tradición ancestral y, en general, el mantenimiento del equilibrio y de la paz en el entorno social y natural del colectivo. El individuo no es nada, se considera como un ser vacío y sin alma, fuera de su clan y de su grupo étnico. De esta forma, la imposición de la sanción de expulsión supone declarar formalmente la muerte social del infractor, de tal modo que este queda enterrado en el olvido hasta tal punto que, en algunas culturas, está prohibido hasta pronunciar su nombre. Desde esta cosmovisión, borrar de la memoria colectiva la existencia de un miembro del grupo puede significar una sanción más grave que sufrir un menoscabo de la integridad corporal o la pérdida de la propia vida. Por eso, en muchos ordenamientos indígenas, la pena de expulsión es concebida como la más grave de las consecuencias jurídicas que se pueden aplicar a un sujeto por la perpetración de un acto prohibido.⁷³ Por esta razón, tan solo está prevista para

veto para participar en el intercambio de hermanas en la regla de las alianzas matrimoniales (aplicada por el grupo de pertenencia del ofendido) y el veto para participar en las corporaciones institucionales. En Perú, encontramos también un elenco de sanciones muy similar al ecuatoriano. En el trabajo de Felipe Villavicencio Terreros, se hace referencia a un grupo de consecuencias jurídicas derivadas de hechos delictivos que se establecen en comunidades andinas y amazónicas de este país (1998: 179 y s(s), y 182). Destacan, así, las siguientes: «[...] económica, privación de la libertad, pena de honra (amonestación pública, destitución del cargo, exposición al escarnio público), castigo corporal (golpes, azotes, palizas, baños fríos en el río), expulsión de la comunidad (sanción gravísima aplicada a rebeldes y reincidentes) y, excepcionalmente, la muerte».

73 Así, en la etnia colombiana de los páez, los requisitos para aplicar esta sanción son los siguientes:

supuestos absolutamente excepcionales, bien por la reincidencia del sujeto, bien por la misma entidad lesiva del hecho.⁷⁴

3. El proceso en el derecho sancionador indígena

No es momento, por problemas de limitación de espacio y objeto de esta investigación, de examinar detenidamente los distintos procedimientos tradicionales para determinar la inocencia o culpabilidad del acusado. Ahora, tan solo persigo llevar a cabo un dibujo descriptivo de los elementos más comunes del proceso penal indígena en los diferentes derechos consuetudinarios de Latinoamérica.

En una primera apreciación, quisiera poner de manifiesto que, tanto de mi experiencia como de la bibliografía que he leído, he podido observar que, para la imposición de la pena, se necesitan requisitos procesales distintos según su gravedad. Es decir, en la mayoría de las ocasiones, un hurto, una estafa, una riña o una pequeña corrupción, que llevan aparejadas sanciones de pequeña entidad, se resuelven por las autoridades comunitarias o por el consejo de ancianos. Sin embargo, los casos de pena de muerte, o penas corporales u otras cualitativamente duras (por ejemplo, el cepo) requieren ser aprobadas por toda la comunidad en asamblea general.⁷⁵ Esta tesis de la diferencia de procedimiento según la gravedad del ilícito (enjuiciamiento por parte de las autoridades de la comunidad para los pequeños delitos, enjuiciamiento por toda la comunidad en asamblea para los

que se trate de conductas tipificadas con esa pena, que sea en reincidencia, que haya mediado la debida advertencia y que lo apruebe la asamblea general de la comunidad (Perafán Simmonds 1995: 93). También hemos visto, en la nota anterior, que, para Villavicencio Terreros, la expulsión de la comunidad es una «[...] sanción gravísima aplicada a rebeldes y reincidentes» (1998: 179 y s(s)).

74 La Corte Constitucional colombiana determinó, al menos en una ocasión (sentencia T-254/94), la inconstitucionalidad de la sanción de expulsión que estableció una comunidad indígena colombiana contra uno de sus miembros por la reiterada comisión de delitos de hurto. Entre otros alegatos, se consideró que la pena era desproporcionada porque afectaba a inocentes (todos los hijos del infractor que tenían que abandonar igualmente las tierras comunales hasta entonces a ellos asignadas). Asimismo, de las entrevistas personales llevadas hasta este momento, desde las realizadas en 1999 en las comunidades de Cotacachi, así como en el poblado záparo de Balzaura en Ecuador, hasta las últimas, realizadas en el momento en que escribo estas líneas (comunidades quechuas y aymaras de Bolivia; pankararú, potiguara, fullnió y xukurú en Brasil; kuna en Panamá; y mapuche en Chile), pasando por todas las demás (bribri, maya, muiscas, kogis, etcétera), la opinión común de las autoridades y de los expertos entrevistados apunta a que solo en situaciones excepcionales y cuando cualquier otro recurso hubiese fracasado, y solo entonces, se recurriría a la expulsión del sujeto de su comunidad.

75 Doy mayor información sobre el proceso penal indígena en Borja Jiménez 2001: 162 y s(s).

hechos más graves), por tanto, se presenta como uno de los aspectos más comunes del proceso sancionador de los pueblos originarios.⁷⁶

En los ordenamientos amerindios no existe, como se ha señalado en varias ocasiones, ni abogado, ni fiscal ni jueces de carrera. Por eso, las constituciones políticas de países como Colombia, Ecuador o Bolivia hacen referencia a las autoridades indígenas como las facultadas para aplicar sus propias normas y procedimientos. De ahí que haya que reflejar las personas o instituciones que tienen la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y, de esta forma, de modo muy genérico, se indicarán las directrices básicas del enjuiciamiento indígena.

En las comunidades con un mayor nivel de desarrollo organizativo, existe una tendencia a crear reglamentos, que, normalmente, son aprobados por los respectivos ministerios de agricultura, en los que no solo se dispone la forma de explotación de las tierras comunales (denominadas «resguardos» en Colombia), sino que también articulan las bases del funcionamiento de la vida social de cada comunidad. En esos reglamentos, suelen establecerse, con una u otra denominación, las instituciones que gobiernan la respectiva comunidad.

La corporación más importante es el consejo —también denominado congreso o asamblea—, que está integrado por todos los habitantes mayores de edad y registrados formalmente. Es aquí donde se deposita la soberanía de todos los comuneros y se toman las decisiones de mayor trascendencia mediante procedimientos participativos de democracia directa. En toda comunidad, suele existir una institución político-administrativa de gestión y gobierno, integrada, normalmente, por un presidente, un vicepresidente, un secretario y un tesorero —así, en pueblos andinos—. En otros casos, sus veces las hace el jefe, el órgano directivo o de administración, etcétera. Aquí, utilizaremos la locución «el cabildo» con carácter general. Su objetivo fundamental es gobernar día a día a la comunidad y resolver sus problemas más inmediatos. También es frecuente que, dentro del consejo, se integre un órgano consultivo: el consejo de ancianos, de gran tradición en la cultura aborígen, que decide sobre cuestiones en las que es necesario un notable conocimiento de las tradiciones y derecho consuetudinario de la etnia correspondiente.

76 Las referencias bibliográficas que se van a aportar en relación con el procedimiento penal indígena son escasas, por no decir inexistentes. La información que presento en el texto deriva de un conocimiento genérico obtenido de las entrevistas realizadas en los distintos trabajos de campo llevados a cabo entre noviembre de 1999 y agosto de 2004, de los reglamentos examinados, de las propuestas de proyectos de ley de procedimiento penal, de las noticias periodísticas sobre enjuiciamientos indígenas, de los casos penales que personalmente he conocido y de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana. De ahí que, en el texto principal, haga una aproximación a lo que entiendo que es la forma de proceder más o menos común en los distintos ordenamientos indígenas, sin una cita más precisa por falta de constatación teórica y práctica.

Tal y como hemos señalado, la autoridad que ejerce la función jurisdiccional en el derecho indígena depende del sistema normativo de referencia y de la clase del delito perpetrado. Así, los ilícitos más graves son enjuiciados siempre por toda la comunidad a través de la asamblea general (congreso, asamblea general, consejo, etcétera). En las sociedades tribales, con grupos humanos poco numerosos, la decisión de los asuntos más relevantes corresponde a todos sus miembros y el injusto punible, sobre todo si es de entidad, representa siempre un problema que afecta de manera decisiva a todo el colectivo. En todo caso, una vez más se ha de advertir que este criterio de enjuiciamiento en asamblea de los hechos más graves es bastante común en la gran mayoría de los pueblos originarios de Latinoamérica. El consejo de ancianos, cuya regulación no es general en todos los ordenamientos amerindios, suele asesorar en los casos más graves a la propia asamblea, merced a la gran autoridad que ejerce su conocimiento de las normas y procedimientos propios. En los delitos más comunes, es frecuente que establezca el tipo de sanción o que intervenga a solicitud del cabildo, del jefe o del órgano de administración de la aldea correspondiente. El cabildo tiene en el procedimiento penal indígena una doble tarea. En las infracciones más leves, lleva a cabo la investigación y enjuicia —como acabamos de ver, en ocasiones, también delega en el consejo de ancianos—. En los ilícitos de mayor relevancia, se encarga de la investigación y dirige el procedimiento ante el consejo (presentando a los testigos, oyendo las versiones de autor y víctima, otorgando la palabra a los comuneros que desean intervenir, buscando el acuerdo en la sanción a imponer, etcétera).⁷⁷

En las comunidades de la Amazonía del Ecuador, el sistema de organización política y administrativa es más sencillo. Por regla general, los asuntos de interés general también se resuelven por toda la comunidad reunida en consejo. Los pocos delitos que se perpetran constituyen siempre un asunto que afecta directamente a todos sus miembros. Por eso, esta institución decide prácticamente siempre sobre la suerte del infractor.

Sin duda alguna, los otros dos poderes de gran peso, el de gobierno, representado por el jefe de la tribu, y el espiritual, que se encuentra en manos del chamán, tienen una participación notable, pero no decisiva, en el enjuiciamiento indígena.⁷⁸

77 Similar procedimiento se puede observar en la etnia colombiana de los páez. Es el gobernador quien realiza las funciones de dirigir la investigación, buscar las pesquisas y llamar a la asamblea general. Tras los careos, testigos, confesión del acusado y otras pruebas, el mismo gobernador decide sobre la imputación del hecho al sujeto acusado y sobre su culpabilidad. Incluso, puede proponer las sanciones correspondientes a la asamblea, que tiene la última palabra sobre la condena del enjuiciado. El cabildo es el encargado de ejecutar la condena. Al respecto, cf. Perafán Simmonds 1995: 108-109.

78 En comunidades andinas bolivianas, el yatiri o paqu (hechicero) suele ser requerido por los

El jefe promoverá, en muchos casos, la investigación; interrogará a testigos y acusado; convocará a toda la comunidad; dirigirá los debates entre los indígenas; y, en caso de condena, pondrá los medios para que esta se lleve a cabo. Sin embargo, normalmente, la resolución sobre el juicio de culpabilidad o de inocencia corresponde a la comunidad reunida en asamblea. El chamán actuará como conocedor experto de las tradiciones y leyes del poblado. Determinará la gravedad del hecho desde el punto de vista espiritual y trascendental. Y sus opiniones también serán de gran influencia, pues suele ser la persona más respetada de todo el poblado por su gran autoridad. De hecho, se piensa que dicha autoridad es tan fuerte que, cuando es el propio hechicero quien lanza una acusación contra un miembro del grupo, no cabe defensa alguna frente a esta. Sin embargo, he tenido ocasión de ver que tampoco el chamán es una personalidad inviolable y, en las situaciones más drásticas, queda sometido a la voluntad del grupo al igual que el resto de sus miembros.

De todo lo que acabamos de apuntar, se desprende que el proceso más común por delitos graves se divide en dos partes fundamentales. Una primera es de investigación, en la que se realizan las actividades de pesquisa para obtener pruebas frente al sospechoso y que viene dirigida, normalmente, por las autoridades del cabildo o el jefe de la comunidad en su caso. Y la fase fundamental y más relevante es en la que se presentan las pruebas de la acusación y los alegatos de la defensa, y se decide el veredicto de culpabilidad o inocencia. También, en su caso, se determina la sanción a imponer. Los miembros del cabildo o el jefe utilizan de igual forma su autoridad para que se lleve a cabo la ejecución de la pena correspondiente. Y, de esta forma, se articula el proceso penal indígena de modo más o menos común, pues si entramos en particularidades, cada etnia, cada poblado y cada grupo tribal mantienen sus propias peculiaridades en el enjuiciamiento de sus miembros.⁷⁹

Hemos señalado, hasta este momento, de forma breve y concisa, tal y como es el objetivo de la presente exposición, las autoridades que tienen la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en los ordenamientos jurídicos amerindios y las líneas generales de su procedimiento penal. Existe alguna dificultad sobre el ámbito de competencia que abarca, en materia penal, la jurisdicción indígena. Sin embargo, dado que me estoy extendiendo más allá de los límites que exige esta publicación, me remitiré a otro lugar donde he tenido oportunidad de tratar la cuestión con una mayor profundidad.⁸⁰

afectados del delito para la determinación, por medio de un acto ritual y mágico, de los responsables del hecho delictivo. En este sentido, cf. Calla Ortega 1998: 70 y s(s).

79 Es este un procedimiento más o menos generalizado en los pueblos originarios de América Latina.

80 Borja Jiménez 2001: 166 y s(s).

V. CONCLUSIONES Y CONSIDERACIÓN FINAL

Termina, así, este análisis introductorio sobre las bases fundamentales del derecho penal indígena. He intentado presentar, de la forma más objetiva posible, su realidad, su existencia e inexistencia; algunas razones que nos explican su recuperación o su pérdida; y sus principios, sus delitos, sus penas y su procedimiento. Es hora de hacer un balance de todo lo expuesto y añadir una última consideración final.

Hasta el momento presente, he creído demostrar que, en algunos pueblos originarios de Latinoamérica, existe algo parecido a lo que denominamos sistema penal. En otros muchos grupos aborígenes, dicho derecho sancionador se ha perdido. Este sistema no es puramente penal: mezcla instituciones de derecho privado con otras propias de derecho público e, incluso, elementos religiosos y rituales con un gran componente ético. En ocasiones, este «derecho penal», solo se aplica a los atentados más leves de la convivencia y quedan para la justicia oficial los delitos más graves. En otros casos, la comunidad tiene una autonomía total de enjuiciamiento. Eso sí, esta potestad jurisdiccional entra en juego cuando se perpetra una infracción relevante en su territorio y entre los miembros que la integran. También ha quedado claro que nos encontramos ante un conjunto normativo peculiar, que no se puede confundir con las formas bárbaras de negación de la justicia que representan los supuestos de venganza comunal de los denominados linchamientos. Este derecho sancionador, hemos señalado, es generalmente creado por la costumbre y, por eso, adquiere la forma de derecho consuetudinario, aunque también es verdad que se ha observado un tímido proceso de plasmación por escrito de esas reglas consuetudinarias.

Es decir, no es exactamente un ordenamiento jurídico-punitivo como lo entendemos los occidentales, pues no hay principio de legalidad ni de culpabilidad; ni injustos típicos que denominemos delitos; ni tampoco auténticas penas ni proceso penal con abogado, fiscal o juez. Sin embargo, bien en sus fundamentos, bien en su función, encontramos similitudes conceptuales y, de ahí que, por razones de estilo y de expresión categorial, se recurra también a este vocabulario de los penalistas. En lo que aquí interesa, se ha visto que hay un sistema de reglas establecidas para dar solución a los conflictos más graves de convivencia y que ese sistema guarda una racionalidad desde la propia cosmovisión indígena. No se trata, pues, de reacciones de venganza de un clan sobre otro, ni de linchamientos ni de autojusticia primitiva. Claro que no es un sistema perfecto. Los poderosos también quieren servirse de él para hacer valer determinados intereses ilegítimos. Otros lo tergiversan para perpetuar su poder o vengarse de sus enemigos. Sin embargo, estos defectos son más propios de la condición humana que de las instituciones en sí mismas consideradas. Hay un ordenamiento consuetudinario de resolución de conflictos que mantiene la pacífica convivencia de los pueblos

originarios de Latinoamérica. No es un ordenamiento homogéneo, sino que varía de etnia a etnia, de comunidad a comunidad. Y, reitero, no hay que olvidar que no todo pueblo originario tiene su propio sistema de administración de justicia. Hemos visto que el derecho propio no solo se pierde como consecuencia de procesos violentos que obligan a las etnias primigenias a desplazamientos forzosos o de la integración ante el imparable avance de la civilización occidental, sino también cuando se establecen instituciones tuitivas que, desde la oficialidad, pretenden preservar y proteger a las culturas nativas.

En materia de principios, ni el de legalidad ni tampoco el de culpabilidad constituyen las bases del sistema penal indígena: el primero, porque requiere una legitimidad de representación parlamentaria que no existe en el seno de los pueblos originarios; el segundo, porque se fundamenta en la dignidad humana individualmente considerada y la sociedad aborígen se caracteriza, en cambio, por estructurarse bajo los parámetros de la identidad colectiva, por lo que queda el sujeto particular en un segundo plano. En cambio, aparecen otros axiomas desconocidos en los ordenamientos occidentales o, si no desconocidos, con una dimensión y relevancia diferente. Tal es el caso de los principios de reciprocidad, de equilibrio, de mediación y de rehabilitación. Estos axiomas que orientan a los sistemas penales aborígenes, repito, son distintos de los que estructuran la administración de justicia estatal, pues los postulados básicos de su ordenamiento punitivo toman en consideración los criterios de mantenimiento del equilibrio de las distintas fuerzas y clanes en la comunidad, de la búsqueda de la paz, del gran carácter de mediación y de reintegración al poblado del individuo infractor en el mismo cumplimiento de la sanción.

También hemos podido observar que ese derecho consuetudinario califica y desprecia comportamientos muy graves para la comunidad y los comuneros. Dichos comportamientos muestran elementos similares a los denominados delitos y coinciden, en gran medida, con los tipificados en los códigos penales de corte occidental. He querido dejar constancia, sin embargo, de que existen otros hechos punibles que se encuentran en la mayoría de los derechos originarios: ociosidad, adulterio y hechicería.

He puesto de manifiesto algunas notables diferencias en las sanciones utilizadas en uno y otro sistema punitivo. La pena de muerte es poco frecuente, pero no desconocida. Existen penas corporales, como el látigo o el cepo, que proceden del período colonizador, pero a las que se les ha otorgado un carácter más simbólico que afflictivo. Otras, como el ortigamiento o el baño en agua fría, parecen más propias de una larga tradición prehispánica y mantienen ese estigma fuertemente ritualizado. También las hay muy semejantes a las que se aplican en el derecho penal oficial, como los trabajos en beneficio de la comunidad, la multa o la reparación del daño en favor de la víctima.

Sostengo la tesis de que el derecho penal material encuentra su plasmación en un proceso formal que suele venir regido por la autoridad política de la comunidad y resuelto por el conjunto social reunido en asamblea mediante un procedimiento de negociación y evaluación de las pruebas, de su implicación en los hechos de los acusados y de la sanción a imponer en su caso. También se ha defendido que la competencia de la jurisdicción indígena abarca, en todo caso, aquellos hechos que se perpetran en el ámbito de su territorio cuando sujeto activo y pasivo son miembros de la comunidad y están de acuerdo en someterse a la ley nativa.

Y, así, he llegado a las consideraciones finales que he apuntado desde el inicio, cuando marcaba las líneas metodológicas de la presente investigación. No quiero pronunciarme definitivamente sobre el problema de la interpretación de los derechos humanos en relación con el principio del respeto a la diversidad cultural, pues no deseo, ahora, ocupar el espacio de otros. Me remito a los mismos términos en los que me pronuncié en su momento, si bien de forma provisional.⁸¹ Formulo, por tanto, mi conclusión final resumiendo lo resumido.

En el presente trabajo, tan solo he pretendido introducir algunas hipótesis en relación con los sistemas normativos punitivos de los pueblos originarios de Latinoamérica. Esas hipótesis, que he creído demostrar, son muy claras y muy sencillas. Existe el derecho penal indígena en algunos pueblos originarios de Latinoamérica; en otros, no. El derecho consuetudinario sancionador se estructura en torno a varios principios muy básicos, pero absolutamente esenciales en la cultura y tradición nativa, como son los referidos a la paz social y al equilibrio entre todos los miembros e instituciones del respectivo grupo humano. También ha quedado claro que los sistemas jurídicos aborígenes cuentan con una clasificación de hechos antisociales muy graves equiparados a lo que, en la tradición occidental, se denominan delitos. Algunos de estos injustos coinciden en ambos sistemas (homicidios, robos, violación, etcétera). Otros, en cambio, son propios del ordenamiento jurídico aborigen (adulterio, ociosidad, hechicería, por citar los más relevantes).

En materia de penas, hemos visto mayores diferencias y, entre estas, destacan la poca utilización de la sanción privativa de libertad, el recurso a consecuencias jurídicas de naturaleza corporal y el uso frecuente de la composición para llegar a la reparación del daño y a la satisfacción de la víctima, entendido este mecanismo como instrumento punitivo y no como mera institución civil de contraprestación. También se ha manifestado la exteriorización de ciertos rasgos comunes que estructuran un auténtico proceso penal en el que intervienen, de forma decisiva, las autoridades indígenas. Destacan, entre ellas, el jefe, el consejo de ancianos y el

81 Borja Jiménez 2001: 177 y s(s).

chamán, aunque el mayor poder de decisión corresponde al conjunto de la comunidad reunida en asamblea.

Al final, hemos valorado positivamente muchas de las instituciones del auténtico sistema punitivo indígena, porque cumple, de forma más satisfactoria, los fines que, comúnmente, se le asignan al derecho penal con carácter general.⁸²

Se han abordado estas cuestiones con mayor profundidad y se han tratado otras que ahora ni tan siquiera menciono, pero queda claro que se ha satisfecho suficientemente la pretensión que guiaba la elaboración de la presente investigación, que era muy modesta: dar a conocer las líneas básicas de un sistema jurídico punitivo nativo que convive, de hecho o de derecho, con el sistema normativo estatal en sociedades con un componente social muy heterogéneo como es el caso de los Estados latinoamericanos. Quería demostrar que no existe un derecho penal con principios universales e inmutables que sea válido para resolver los conflictos de convivencia más relevantes en toda sociedad, en toda cultura o en toda civilización. Soy consciente de que quedan sin resolver algunas cuestiones fundamentales que aquí han sido apuntadas o mínimamente desarrolladas, como las que hacen referencia a las formas y criterios de compatibilización de ambos sistemas jurídicos, o la atinente a la vigencia relativa o universal de los derechos humanos. Sin embargo, estas cuestiones desbordaban nuestro humilde planteamiento, que ha quedado plasmado en esta obra fruto de la experiencia de los últimos seis años. Si los acontecimientos sociales y políticos en Latinoamérica se desenvuelven por los cauces que ahora están transcurriendo, habrá tiempo para abordar esta problemática en ulteriores investigaciones que, estoy seguro, van a emprender muchos estudiosos de esta materia.

82 Expresado de forma muy sencilla, el derecho penal indígena pretende alcanzar las mismas metas que cualquier otro ordenamiento punitivo: «El Derecho Penal [...] no puede impedir que en este mundo se atormenten a las víctimas, pero probablemente podrá reducir el número de víctimas atormentadas» (Rössmer 1998: 153 y s(s), y 179).