

ANUARIO DE DERECHO
CONSTITUCIONAL
LATINOAMERICANO
2006

Tomo II



Konrad
-Adenauer-
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Sudamérica

© 2006 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E.V.

Año 12

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG E. V.

Tiergartenstrasse 35

D-10785 Berlin

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

Tel.: (#598-2) 902 0943/ -3974

Fax: (#598-2) 908 6781

e-mail: ius@kasuy.org

www.kas.de

Editor Responsable

Jan Woischnik

Asistentes de Redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

Impreso en Mastergraf

Gral. Pagola 1727 - Tel. 203 47 60*

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito legal 338.851 - Comisión del Papel

Edición amparada al Decreto 218/96

ISSN 1510-4974

Impreso en Uruguay – *Printed in Uruguay*

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido citando la fuente.

Bolívar Beltrán Gutiérrez (Ecuador) *

El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción

América es un continente con una gran población indígena. Puede afirmarse que es multiétnico, pluricultural, diverso, con alrededor de 41 millones de pobladores indígenas.

El momento histórico que atraviesa nuestra América es de extrema preocupación, porque se ha impuesto la institucionalidad, la forma de organización de los Estados uninacionales, desconociendo a ese gran conglomerado indígena que ha estado en estas tierras aun antes de la llegada de Europa.

Ahora la crisis de las instituciones judiciales ha llegando a los niveles más bajos y aquello se refleja en la falta de credibilidad, desconfianza, corrupción, etcétera. Tanto, que el Departamento de Estado de los Estados Unidos, en el programa denominado “Iniciativa regional andina”, en el año 2001, mencionaba en relación con las funciones judiciales:

Las ramas judiciales de la región son débiles e incapaces. Padecen de ineficiencia, equipos y entrenamiento deficientes, bajos salarios, corrupción generalizada y, en el caso de Colombia, intimidación. Como consecuencia, los casos legales, tanto criminales como civiles, languidecen durante años en el sistema, y frecuentemente resultan en decisiones cuestionables. Este fenómeno es el meollo del grave problema de la impunidad en la mayor parte de los países. La gente común no tiene confianza en el sistema judicial, lo que la empuja a buscar medios extrajudiciales para solucionar sus disputas o proteger sus intereses. Los inversionistas extranjeros han experimentado falta de protección segura de la Ley, lo cual obviamente desalienta la inversión.

* Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Doctor en Jurisprudencia y abogado. Diplomado Internacional en Pueblos Indígenas y Desarrollo (México). Integrante del equipo de investigación y de apoyo a los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador y director ejecutivo del Centro Lianas. <satei@andinanet.net>

En medio de esta crisis judicial el sistema legal indígena es desconocido, ha sido malinterpretado y se ha confundido su ejercicio. Ejemplos de ello son los informes de los medios de comunicación, que lo han difundido como *crónica roja* de la siguiente manera:

Una turba de miles de indígenas aymaras atacó el 26 de abril del 2004 a las autoridades de la provincia peruana del Collao, dando muerte al alcalde Cirilo Robles y al regidor Arnaldo Chambilla, a quienes acusaban de nepotismo y corrupción.

El 19 de mayo del 2004 otro linchamiento se produjo cerca de Llave, jurisdicción de Puno, al sur de Perú. Esta vez mil indígenas “ajusticiaron” a un boliviano acusado de robos.

El 15 de junio del 2004 en Ayo Ayo, al sur de Bolivia, la comunidad aymara secuestró y asesinó al alcalde Benjamín Altamirano bajo los cargos de delitos dolosos y actos de corrupción.

Los linchamientos como práctica de justicia indígena no son pocos.¹

Así transmite la prensa estos actos que nada tienen que ver con el sistema legal indígena, distorsionando y confundiendo esta legislación milenaria.

Las acciones delictivas que han sido mencionadas son una muestra del estado de descomposición de la justicia en general. En este sentido, tampoco puede afirmarse que la justicia indígena sea perfecta.

La justicia indígena no es linchamiento, mucho menos justicia por mano propia. Según el *Diccionario jurídico* de Guillermo Cabanellas, *linchamiento* es:

Forma popular de ejecutar justicia, aplicando la pena capital, sin esperar al pronunciamiento del fallo condenatorio por el tribunal competente, producida como reacción excesiva ante la comisión de un crimen.

Tampoco es justicia por mano propia o *ley del talión*, esto es, “ojo por ojo y diente por diente”. Linchamiento no es otra cosa que el nombre del sistema punitivo más espontáneo y sencillo, que castiga el delito con un acto igual contra el delincuente. La pena es el propio daño que se ha causado a la víctima.

El sistema legal indígena no tiene nada que ver con el linchamiento, ni mucho menos con la justicia por mano propia. Este sistema tiene autoridad y normas, no es espontáneo; es un sistema completo y cuenta con un procedimiento. La sanción no puede ser igual al mal que se ha causado a la víctima, es decir, hay una sentencia que no es punitiva sino sobre todo reparadora, sanadora, que intenta recuperar el equilibrio que ha sido alterado. Aquello que se ha publicitado, como los baños en agua fría, el trabajo, el hostigamiento y, como medida extrema, la expulsión de la comuna tienen como fin recuperar el equilibrio colectivo.

¹ Señales. *La Revista Latinoamericana*, n.º 32, agosto del 2004.

1. Sistema milenario

La vigencia del sistema penal indígena provoca resistencias y negatividad en algunos sectores de las sociedades uninacionales. Me reafirmo en manifestar que sobre todo se trata de desconocimiento, por cuanto:

No admiten la existencia de múltiples y profundos avances sobre la pluralidad jurídica. [...] Desde el punto de vista conceptual hay la pretensión de anclarlo únicamente en la noción antropológica, sin considerar que esas sociedades diversas conocidas como pueblos indígenas son entidades colectivas portadoras de un sistema de organización sociopolítica, de un ejercicio de la democracia participativa y de una forma de administración de justicia practicada desde tiempos inmemoriales, que permite desarrollar una institucionalidad acorde a sus códigos culturales.²

El debido proceso sumario e inmediato es una de las características del sistema. Para ello existen normas de carácter colectivo, que se expresan en las asambleas, con la presencia de autoridades legales y legítimas como los cabildos, consejos de gobierno, etcétera.

La ruptura del equilibrio individual o comunitario altera el modo de vida dentro de la comunidad indígena y es allí que se activan los mecanismos para el reestablecimiento del orden. En estos pueblos se sancionan delitos como el chisme, la mentira, el ocio y, lógicamente, varios de los delitos que surgen del sistema capitalista y que tienen que ver con la propiedad privada.

En el inicio del proceso penal las partes involucradas deben presentar las pruebas de acusación y de descargo, respectivamente; además se puede solicitar la presencia y declaración de testigos. Dentro del mundo indígena andino es frecuente el careo (cara a cara). La autoridad puede decidir la integración de una comisión que investigue los acontecimientos anteriores al hecho que motiva el proceso, las circunstancias en torno de la infracción, y a veces solicita a la comisión que sugiera un mecanismo de reparación.

Los miembros de las comunidades indígenas cometen infracciones como en cualquier sociedad, pero también puede cometerlas gente extraña a la comunidad; en esos casos se plantean interpretaciones en cuanto a qué autoridad es la llamada a conocer y resolver el conflicto. No es una cuestión fácil, ya que el infractor extraño puede no ser indígena y entonces surgen una serie de preguntas, como las siguientes:

1. Si un extraño indígena comete una infracción en una comunidad indígena vecina, ¿quién lo sanciona?
2. Si el infractor es un no indígena y comete un delito dentro de una comunidad indígena, ¿quién es competente para juzgarlo?

² Nina Pacari Vega: "Pluralidad jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida", ponencia presentada en el Coloquio sobre Administración de Justicia Indígena, Cuenca (Ecuador): Universidad Andina Simón Bolívar, 2002.

3. Si un indígena comete una infracción fuera de la jurisdicción indígena, ¿cuál es la autoridad que debe conocer y resolver su caso?

Para responder a estas interrogantes hay que tener presentes algunos principios legales, como los de competencia, autoridad, jurisdicción, debido proceso, garantía de derechos, etcétera.

En ese marco, es preciso aclarar que la *autoridad indígena* es competente para resolver todo tipo de acciones que alteren el equilibrio interno de la comunidad. Para la cosmovisión indígena no existe la separación o especialización por materias propia de la justicia ordinaria —jueces civiles, penales, de menores, militares, de tránsito...—; el sistema legal indígena es un todo y frente a una acción u omisión que altere la armonía interna comunitaria su intervención es inevitable. Por ello, si el infractor es miembro de la comunidad y su acción se dio en la jurisdicción indígena, la intervención de la autoridad de la comuna es inmediata y no existe duda.

En cuanto a la jurisdicción, no debe olvidarse que los pueblos indígenas están asentados sobre un territorio plenamente identificado, por lo que aquel espacio territorial es su jurisdicción. Es más: la ratificación del Convenio 169 de la OIT por parte de muchos Estados garantiza este derecho jurisdiccional.³

Las variables para el ejercicio y la aplicación del sistema legal indígena han sido numerosas.

Si el infractor indígena es de otra comunidad, son las autoridades de ambas las que tradicionalmente han resuelto el conflicto.

Si el infractor es no indígena y comete la infracción en jurisdicción indígena, existe la posibilidad de que la autoridad indígena intervenga y resuelva, si el infractor acepta ser juzgado en la comunidad, o bien que la comuna lo entregue a los jueces ordinarios.

Lo mismo ocurre —o debería ocurrir— cuando un indígena comete una infracción fuera del territorio indígena. El citado convenio 169 de la OIT establece esa posibilidad, al mencionar en su artículo 9, numeral 2:

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

³ Convenio 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo, parte II: “Tierras”, artículo 13:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

”2. La utilización del término “tierras” en artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna manera”.

Y en el artículo siguiente:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Es decir que la autoridad ordinaria debería tener presentes en su sentencia las características culturales de pertenencia del individuo al pueblo indígena o, en caso contrario, entregar al infractor indígena a la autoridad indígena para su correspondiente sanción.

Existe legislación de plena vigencia en América que regula la relación entre estos sistemas legales, lo cual permite la construcción, hasta ahora incipiente o desconocida, de la pluralidad jurídica como respuesta a la realidad innegable de esta convivencia legal.

3. Cosmovisión y filosofía indígena

Las sociedades o colectividades indígenas son entidades milenarias que se han desarrollado sobre la base de instituciones económicas, sociales, culturales, filosóficas, políticas y lógicamente jurídicas. En ese quehacer han sido —y varias continúan siendo— sociedades completamente desarrolladas en proceso permanente de perfeccionamiento.

La sociedad no indígena ha concebido al mundo desde el punto de vista de la perfección; por el contrario, para la mayoría de los pueblos indígenas el mundo nace de la imperfección, y es allí donde se confunden en uno solo el ser humano, la naturaleza y el cosmos: la sociedad basada en un modo de vida económico comunitario, la naturaleza que brinda los medios necesarios y suficientes para garantizar la seguridad alimentaria de la población, el cosmos en su permanente guía de conservación y orientación del desarrollo de todas las vidas.

Es una alianza estratégica y equilibrada que no sólo permite el desarrollo, sino que permanentemente intenta perfeccionarse. Por ello considero que varios de nuestros problemas surgen a partir de cómo concebimos la creación, la vida, porque de ello depende cómo es la existencia humana; para unos se trata de procesos individuales, excluyentes; para los pueblos indígenas son procesos comunitarios, incluyentes.

Parte fundamental de la supervivencia de estas colectividades milenarias ha sido la existencia y el ejercicio de su sistema jurídico; ello les ha permitido desarrollarse como sociedades organizadas en proceso de perfeccionamiento permanente.

4. Definición

En los últimos años se ha iniciado una serie de discusiones, investigaciones y teorizaciones sobre el quehacer legal en o de los pueblos indígenas. Varios autores y

los propios indígenas han dado definiciones de la más variada concepción, y hay que recuperarlas como un aporte a un proceso de construcción. Se lo ha definido como:

- derecho consuetudinario;
- derecho indígena;
- derecho quichua, aymara, maya, etcétera;
- justicia por mano propia;
- justicia tradicional;
- mecanismos alternativos de resolución de conflictos;
- sistema legal indígena;
- derecho originario;
- ley indígena.

Cada definición responde a una realidad y a un momento del quehacer social, y lógicamente cada una está enmarcada dentro de una concepción de un modelo de sociedad.

Para aquellos que sostienen que este modelo de organización social que se sostiene en relaciones económico-sociales capitalistas neoliberales es el perfecto, todo lo que está fuera de las normas impuestas y que se resisten al modelo de globalización es secundario, marginal, y si es posible intentan desconocerlo o excluirlo de manera deliberada, hasta el punto de definirlo como algo fuera de la ley y que atenta contra aquella. Por ello consideran el quehacer legal de los pueblos indios como *consuetudinario*, que viene de la costumbre y nada más, y cuando éste demuestra en la práctica su efectividad en la resolución de las controversias, lo minimizan diciendo que son *mecanismos alternativos de resolución de conflictos*, pero nunca lo reconocen como un quehacer milenario, colectivo, inmediato, ágil y duradero, sustentado en una institución sólida que le permite constituirse en un verdadero sistema legal de los pueblos indígenas.

Al responder y ser parte fundamental de una organización social, este sistema legal se constituye necesariamente en un eje de consolidación y desarrollo de estas colectividades; de allí que se caracteriza por ser:

1. *Milenario*, al igual que la existencia de las propias colectividades. Puede decirse que los pueblos están sometidos a sus propias leyes porque éstas derivan de su autoridad como pueblos.
2. *Colectivo*. No pertenece a tal o cual cabildo, a tal generación, ni menos a autoridad alguna, sino a la colectividad entera de ayer, de hoy y de mañana. No es derecho u obligación individual; su ejercicio y aplicación es responsabilidad comunitaria.
3. *Está en permanente proceso de perfeccionamiento*. El hecho de transmitirse de generación en generación le permite esta condición, sin alcanzar a ser la respuesta última a cada realidad y circunstancia que se presenta para su tratamiento.

4. *Es ágil, oportuno y dinámico.* Al ser un quehacer colectivo transgeneracional y reparar antes que reprimir, optimiza, prioriza y emplea el tiempo como medida reparadora, lo que le permite dar tratamiento y resolución en lapsos relativamente cortos. A la agilidad se une la oportunidad; estos dos elementos permiten una existencia dinámica del sistema legal indígena.
5. *Es justo.* En controversias el resultado puede parecer justo o injusto, según el lado de los intereses en que uno se encuentre, pero al ser un quehacer colectivo, sumario y dinámico, tiene pocas posibilidades de constituirse en injusto. Su garantía es el control y la participación social efectiva en su ejecución.
6. *Es oral.* No está escrito en textos ni es parte de la historia escrita, sino un quehacer que se transmite en las leyendas, mitos, en las reuniones familiares y comunitarias y en toda la vida diaria de estos conglomerados humanos.

En suma, el sistema legal indígena se adapta a los diferentes lugares y tiempos, de acuerdo con los modos de vida de cada pueblo.

Esta práctica ha nacido y existido con los pueblos, pero en el caso de América, una vez llegados los europeos, ha sobrevivido en la exclusión y la clandestinidad, en un proceso de resistencia que a lo largo de los tiempos le ha permitido ser reconocida.

Es necesario y urgente reconocernos como diversos y en esa diversidad unirnos, para juntos construir la pluralidad jurídica en el continente.