



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

## Jurisdicción indígena y Derecho Penal. Influencias y repercusiones del sistema penal en el desarrollo de los derechos de las nacionalidades indígenas en los países andinos

Hugo Bayardo Santacruz Cruz

**ADVERTIMENT.** La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) i a través del Dipòsit Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

**ADVERTENCIA.** La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) y a través del Repositorio Digital de la UB ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

**WARNING.** On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX ([www.tdx.cat](http://www.tdx.cat)) service and by the UB Digital Repository ([diposit.ub.edu](http://diposit.ub.edu)) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



## **Tesis Doctoral**

### **Doctorado en Derecho y Ciencia Política**

Jurisdicción indígena y Derecho Penal. Influencias y repercusiones del sistema penal en el desarrollo de los derechos de las nacionalidades indígenas en los países andinos

Hugo Bayardo Santacruz C

**Departamento de Derecho Penal y Ciencias Penales  
Universidad de Barcelona**

Programa de Criminología y Sociología Jurídico-penal

**Director**

Héctor Silveira Gorski

**Codirector**

Iñaki Rivera Beiras

Barcelona, 2016



*Dedicado a la memoria  
de mi padre (1954-2013)*



## **Agradecimientos**

Expreso mi eterna gratitud a mis directores de tesis por su crítico y constructivo acompañamiento.

A Christian por acogernos y a mi cuñada Anita por ser el impulso inicial de esta aventura que hoy se ve cumplida.

A mi madre por su cariño y apoyo constante.

A mi esposa y mi hijo por su constante motivación y por el tiempo en familia que me han cedido para realizar este trabajo.



## RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto analizar las influencias y repercusiones que ha tenido el sistema penal en el desarrollo de los derechos de las nacionalidades indígenas ubicadas en los países de Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia. La hipótesis de partida indica que el derecho indígena no es un derecho puro, sino que está compuesto por un conjunto de normas que han ido cambiando y enriqueciéndose conforme a los distintos momentos históricos, atravesados por las relaciones de poder y dominación así como por acciones de resistencia y emancipación. Se parte de la premisa de que el derecho indígena que hoy conocemos se encuentre conformado no solamente con normas de origen precolonial o colonial, sino también, y sobre todo, por las normas y principios que rigen el ordenamiento jurídico, en general, y el derecho penal, en particular. Atendiendo lo anteriormente señalado este trabajo inicia haciendo una aproximación a las formas de aplicación de la justicia indígena existente en los tiempos del Imperio incaico, por cuanto si bien este no fue el creador del sistema jurídico prehispánico con sus métodos pudo instaurar una organización más o menos uniforme que cambió radicalmente no sólo la organización política de la región sino que modificó las atribuciones jurisdiccionales que tenían las autoridades tradicionales. Se enfatiza el hecho de que la conquista y colonización española dio inicio al establecimiento de un nuevo orden social que: instrumentalizó las instituciones autóctonas e impuso un férreo control sobre todos los indígenas que, para efectos jurídicos, pasaron a ocupar el estatus de rústicos, miserables y menores. Así, pues, teniendo en cuenta este trío de viejos estados que configuraban el status de los indígenas se intenta demostrar que hasta la década de los años ochenta del siglo XX el sistema penal repercutió negativamente sobre los pueblos originarios debido a que se lo utilizó como un instrumento para asimilar a los indígenas, más con el surgimiento del Convenio 169 de la OIT el sistema penal deja de ser un medio útil para la asimilación de los indígenas y pasa a



mostrar su carácter selectivo frente a determinadas conductas protagonizadas por autoridades y líderes indígenas, sea por el ejercicio de la jurisdicción indígena o por el ejercicio del derecho a la protesta, lo que da lugar a que se considere que el derecho penal a tenido graves repercusiones sobre los derechos de estos colectivos.

## **ABSTRACT**

This paper aims to analyze the influence and impact of the criminal justice system on the development of the rights of indigenous nationalities located in the countries of Colombia, Perú, Ecuador and Bolivia. The hypothesis suggests that indigenous law is not a pure law, but it is composed of a set of rules, which have changed and enriched according to different historical moments, crossed by relations of power and domination as well as for resistance and emancipation actions. The premise is that the current indigenous law is based on the original precolonial and colonial rules, and specially on the rules and principles governing the legal system in general, and the criminal right, in particular. Taking this premise into account, this work makes an approach to the implementation ways of indigenous justice during the Inca Empire, because although this was not the creator of prehispanic legal system with its methods could establish an organization more or less uniform that radically changed not only the regional political organization but it modified the jurisdictional powers from the traditional authorities. We emphasize the fact that the Spanish conquest and colonization began the establishment of a new social order. This order instrumentalized indigenous institutions and imposed strict control over all Indians who, for legal purposes, occupied the status of rustic, miserable and lower. Thus, taking into account this trio of old states that integrated the status of indigenous, the work tries to prove that the penal system had a negative impact on indigenous peoples until the eighties of the twentieth century because it was used as an instrument to assimilate indigenous. However, the criminal system stopped being useful for the assimilation of indigenous with the emergence of Convention 169 of the ILO and it started to show a selective role against certain behaviours carried out by authorities indigenous leaders, either for the exercise of indigenous jurisdiction like for the exercise of the right to protest. All these facts lead to consider that the criminal law had serious repercussions on the rights of these groups.



## RESUM

El present treball té com a objectiu l'anàlisi de les influències i repercussions que ha tingut el sistema penal en el desenvolupament dels drets de les nacionalitats indígenes ubicades als països de Colòmbia, Perú, Ecuador i Bolívia. La hipòtesi de partida indica que el dret indígena no és un dret pur, sinó que està constituït per un conjunt de normes que han anat canviant i enriquint-se d'acord amb els diferents moments històrics, travessats per les relacions de poder i dominació així com per accions de resistència i emancipació. Es parteix de la premissa que el dret indígena que avui coneixem es trobi format no només per normes d'origen precolonial o colonial, sinó també, i sobretot, per les normes i principis que regeixen l'ordenament jurídic, en general, i el dret penal, en particular. Tenint en compte el que s'ha assenyalat, aquest treball s'inicia fent una aproximació a les formes d'aplicació de la justícia indígena existents en els temps de l'Imperi incaico, ja que si bé aquest no va ser el creador del sistema jurídic prehispanic amb els seus mètodes va poder instaurar una organització més o menys uniforme que va canviar radicalment no només l'organització política de la regió, sinó que va modificar les atribucions jurisdiccionals que tenien les autoritats tradicionals. S'emfatitza el fet que la conquesta i colonització espanyola van donar inici a l'establiment d'un nou ordre social que va instrumentalitzar les institucions autòctones i va imposar un ferri control sobre tots els indígenes que, per efectes jurídics, van passar a ocupar l'estatus de rústics, miserables i menors. Així, doncs, tenint en compte aquest trio de vells estats que configuraven l'estatus dels indígenes s'intenta demostrar que fins la dècada dels anys vuitanta del segle XX el sistema penal va repercutir negativament sobre els pobles originaris a causa de que es va utilitzar com a instrument per assimilar als indígenes, més amb el sorgiment del Conveni 169 de l'OIT el sistema penal deixa de ser un mitjà útil per a l'assimilació dels indígenes i passa a mostrar el seu caràcter selectiu enfront de determinades conductes protagonitzades per autoritats i líders indígenes, sigui per l'exercici de la jurisdicció indígena o per l'exercici del dret a la protesta, el que dóna lloc

al fet que es consideri que el dret penal ha tingut greus repercussions sobre els drets d'aquests col·lectius.

## CONTENIDO

<b>ABREVIATURAS</b>	<b>v</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>7</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b><i>La justicia indígena del imperio incaico en el siglo XV</i></b>	<b>19</b>
1 Introducción	19
2 La diversidad cultural y la división de clases	22
3 La expansión de la sociedad incaica	25
3.1 Organización y control social en el estado incaico	29
3.2 La justicia indígena en el Imperio incaico	37
3.3 Las conductas prohibidas	42
3.3.1 Infracciones del orden público	44
3.3.2 Infracciones del orden privado	47
3.4 Los castigos impuestos	49
3.4.1 La pena de muerte	51
3.4.2 Las sanciones corporales	54
3.4.3 Los encerramientos en cárceles	57
3.4.4 Las sanciones deshonrosas	59
3.5 La agravación y atenuación de las sanciones	60
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b><i>El derecho penal de la monarquía absoluta y sus repercusiones sobre los pueblos indígenas</i></b>	<b>65</b>
1 Introducción	65
2 El Derecho penal de la Monarquía y la tripulación de Colón	69
3 El Derecho indiano y el desplazamiento de la costumbre indígena	78
3.1 Concepto génesis y desarrollo del Derecho indiano	81
4 Las leyes de la colonia y la situación de los indígenas	88
5 El Derecho Penal Colonial	106
5.1 Tipología de los delitos	108
5.2 Las penas y su aplicación	114
6 La impronta colonial de la inferioridad del indio	124
6.1 El nuevo orden social y el inicio de la invisibilización del otro	126
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b><i>El influjo penal europeo y el tratamiento jurídico-penal del indígena</i></b>	<b>131</b>
1 Introducción	131
2 El continuismo del colonialismo jurídico	134
3 Los principales modelos penales adoptados por los países andinos	139
3.1 El Código Español de 1822	141
3.2 Los Códigos Españoles de 1848-1850 y 1870	144
3.3 El Código Belga	146
3.4 El avance del positivismo penal a Latinoamérica	149
3.4.1 El proyecto de Carl Stooss	151
3.4.2 El proyecto de Enrico Ferri	152
3.4.3 El Código Rocco	155
3.5 El interés por los textos alemanes	158
4 Evolución del concepto formal de la culpabilidad	161
5 Subsunción del elemento cultural en la categoría de la culpabilidad	171
5.1 Inimputabilidad	172
5.1.1 Inimputabilidad por diversidad cultural	179
5.2 El conocimiento de la antijuridicidad	183
5.2.1 Error de prohibición	186
5.2.2 Error de comprensión culturalmente condicionado	191
5.3 Las circunstancias atenuantes	202

<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b><i>El reconocimiento del derecho indígena y sus limitaciones</i></b>	
1	Introducción 207
2	Los antecedentes históricos de los derechos humanos 211
3	El reconocimiento internacional de los derechos indígenas 214
3.1	La Declaración Universal de los Derechos Humanos 215
3.1.1	Las críticas por su sesgo occidental e individualista 217
3.1.2	Los prolegómenos del derecho indígena 220
3.2	El Convenio 169 de la OIT como ruptura del asimilacionismo 224
3.3	La Declaración de las NU sobre los Derechos de los pueblos indígenas 227
4	Reconocimiento constitucional y penal del derecho indígena en los países andinos 230
5	La conformación de la diversidad cultural 231
5.1	Colombia 233
5.2	Perú 237
5.3	Bolivia 241
5.4	Ecuador 247
6	El proceso de coordinación entre la justicia indígena y la ordinaria 253
6.1	Las divergencias en los enunciados generales de competencia 268
6.1.1	Competencia territorial 269
6.1.2	Competencia personal 270
6.1.3	Competencia material 273
7	Los límites de la jurisdicción indígena 274
7.1	Derivados de los instrumentos internacionales 277
7.2	El consenso intercultural de la tutela de los derechos humanos 281

<b>CAPÍTULO V</b>	
<b><i>Aproximación teórica al funcionamiento del sistema de justicia indígena</i></b>	
1	Introducción 291
2	Justicia indígena: concepto 293
3	Componentes de la jurisdicción indígena 297
3.1	El elemento humano: definición y cifras 297
3.1.1	Definición como pueblos 303
3.1.2	Las cifras 305
3.2	El elemento orgánico: las autoridades indígenas 309
3.2.1	Atribuciones jurisdiccionales 317
3.3	El elemento geográfico o territorial 320
3.4	El elemento normativo: el sistema jurídico propio 324
3.4.1	Tipos de conflictos 326
3.4.2	El procedimiento tipo de resolución de conflictos 333
3.4.2.1	Willachina (aviso o demanda) 336
3.4.2.2	Apuykuna (averiguar o investigar el problema) 337
3.4.2.3	Chimbapurana o wahuichina (confrontación) 338
3.4.2.4	Killpichirina (imposición de la sanción) 342
3.4.2.5	Paktachina (ejecución de la sanción) 343
3.4.3	Las sanciones o ritos de sanación 347
3.4.3.1	Sanciones pecuniarias 350
3.4.3.2	Sanciones de exposición 351
3.4.3.1	Sanciones corporales 352
4	Características generales de los sistemas de justicia indígena 358

<b>CAPÍTULO VI</b>	
<b><i>Las tensiones entre la jurisdicción penal y la justicia indígena</i></b>	
1	Introducción 365
2	Diversidad cultural y Derecho penal 369
3	La influencia del Derecho penal sobre el Derecho indígena 374
3.1	Respecto de las conductas prohibidas 376
3.1.1	Principio de legalidad y la costumbre indígena 378
3.2	Respecto de los procedimientos 383

3.3	Respecto de las formas de sanción	388
3.3.1	La subsunción de la sanción indígena en las teorías de la pena	390
3.3.1.1	Las teorías absolutas	392
3.3.1.2	Las teorías utilitarias	395
3.3.1.2.1	Prevenición general negativa y positiva	395
3.3.1.2.2	Prevenición especial positiva y negativa	399
3.3.1.3	Las teorías eclécticas o de la unión	405
4	Las repercusiones del Derecho penal sobre los Derechos de los pueblos indígenas	406
4.1	Criminalización de las atribuciones jurisdiccionales	407
4.2	Criminalización de la protesta social y de las reivindicaciones indígenas	408
4.2.1	La construcción del enemigo y la neutralización de los dirigentes indígenas	410
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>417</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>425</b>





## ABREVIATURAS

<b>art.</b>	artículo
<b>CADH</b>	Convención Americana sobre Derechos Humanos
<b>CEPAL</b>	Comisión Económica para América Latina
<b>CIDH</b>	Comisión Interamericana Derechos Humanos
<b>COFJ</b>	Código Orgánico de la Función Judicial
<b>CONAICE</b>	La Confederación de Nacionalidades y Pueblos Indígenas de la Costa Ecuatoriana
<b>CONAIE</b>	Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador
<b>CONFENIAE</b>	Confederación de Nacionalidades Indígenas Amazónicas del Ecuador
<b>CONTOR</b>	Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
<b>CONVIN</b>	Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
<b>Corte IDH</b>	Corte Interamericana Derechos Humanos
<b>CP</b>	Código Penal
<b>CPP</b>	Código Procesal Penal
<b>DDHH</b>	Derechos humanos
<b>DNUDPI</b>	Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas
<b>DRAE</b>	Diccionario de la Real Academia Española
<b>DU</b>	Declaración Universal Derechos Humanos
<b>ECUARUNARI</b>	Confederación Kichwa del Ecuador
<b>ed.</b>	edición
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>INEC</b>	Instituto Nacional de Estadística y Censo
<b>Lib.</b>	Libro
<b>MP</b>	Magistrado/a Ponente
<b>MR</b>	Magistrado/a Relator/a
<b>OEA</b>	Organización de Estados Americanos
<b>OIT</b>	Organización Internacional del Trabajo
<b>ONIC</b>	Organización Nacional Indígena de Colombia
<b>ONU</b>	Organización de las Naciones Unidas
<b>PIDCP</b>	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
<b>PIDESC</b>	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
<b>Tít.</b>	Título
<b>Vol.</b>	Volumen



## INTRODUCCIÓN

Como bien lo consideraba el recordado profesor Francisco Tomas y Valiente, al decir que la historia sirve para entender el presente<sup>1</sup>, ésta investigación inicia observando el presente desde una visión histórica. Se muestra las ancestrales formas de control social empleadas por los pueblos indígenas previo a la llegada de los conquistadores ibéricos y como estas han cambiado desde que se implantó un nuevo orden social. Con el claro objetivo de dar contenido a lo que hoy se evidencia parcialmente en el ejercicio de la justicia indígena y las reiteradas críticas que se vierten sobre ella. Al ser tan distintas las culturas indígenas que habitaban en donde hoy se levantan los Estados latinoamericanos, en esta parte se hace referencia principalmente a los mecanismos de control social aplicados por el Imperio Inca, el cual fuera el pueblo que lograría derrotar, someter y gobernar a una multitud de grupos indígenas, imponiéndoles sus instituciones, autoridades, idioma, cultura, etc. por medio de la guerra y de su fuerte régimen jurídico.

Bajo esta consideración, se expone cuál era el estado de la cuestión previa a la llegada de las empresas conquistadoras a lo que hoy es llamado América Latina. Se hace referencia al hecho de que antes de consumarse la conquista, existieron sociedades que por su gran desarrollo habían llegado a conformar Estados imperiales imbuidos de un amplio poder político y militar sobre otros grupos, superando ese estado de barbarie o incivilización que caracterizaba a las sociedades en los primeros grados de desarrollo. Los imperios que se desarrollaban en estas tierras, protegían la estabilidad y el orden del Estado y consecuentemente de la comunidad, mediante la efectiva vigencia de una organización legal autóctona, encargada de instaurar el orden comunitario de los diversos pueblos que se encontraban sometidos a su poder.

Historiadores como Garcilaso de la Vega, hacen referencia a que las características propias de la organización política del imperio Inca, al ser excluyente de la propiedad privada sobre los medios de producción, condujeron

---

<sup>1</sup> Así se respondía a la pregunta que el mismo se planteaba: «¿Para qué sirve la historia? Si tuviera que responder a este interrogante, que así formulado bien parece la pregunta número uno del catecismo del historiador, contestaría con una frase tan escueta como las usuales en tales libritos: para entender el presente. Quien no haga ciencia de la historia con esa finalidad, escribirá libros muertos, acaso muy eruditos, pero carentes de interés» (citado en ANITUA 2005, 12-13).

a que figuren en su régimen de vida pocas leyes, pero que en su contenido abarcaban una amplia variedad de prohibiciones, cuya inobservancia comúnmente deparaba la muerte del infractor al haber incumplido los designios del Inca que encarnaba o tenía la calidad de una deidad terrenal.

Al ser las culturas andinas ágrafas el conocimiento de las conductas que atentaban contra las costumbres de la comunidad se lo hacía mediante el diálogo comunitario, así como por distintas formas de celebraciones que tenían un fuerte sentido simbólico. Cuestión que era totalmente ajena a lo que en occidente se conocía, ya que la prevalencia de las leyes escritas era lo que comúnmente regulaba la convivencia de las clases sociales de la metrópoli y que, en definitiva, terminarían de imponerse una vez que se consolidó el dominio español.

Es así, que vencido el Imperio incaico y concretada la conquista, comenzó a materializarse la imposición de las leyes que el derecho castellano traía para regir la vida de los colonos y en alguna medida para los líderes indígenas disidentes. El entramado de leyes incorporadas a las nuevas tierras, pasaba a ser un medio para consolidar el nuevo orden social que se estaba instaurando. Se impuso como únicos referentes conductuales los valores que eran protegidos y observados en la metrópoli, cosa que en el Nuevo Mundo llegaban a ser absolutamente incompatibles, pues todo lo que estaba permitido en el Abya Yala<sup>2</sup> se encontraba proscrito en la metrópoli española. De ahí que sea correcto afirmar que desde la consumación de la conquista, haya comenzado a darse un tratamiento punitivo diferenciado a los integrantes de los pueblos indígenas con el objeto de que por medio del castigo interioricen los valores foráneos; los mismos que con el devenir del tiempo han sido cambiantes y en sintonía con el modelo de Estado que ha reflejado esta realidad en las heterogéneas políticas criminales implementadas en el tratamiento de los indígenas.

En este contexto de relación e influencia, surge la periodización de la historia de América Latina en su tradicional división esquemáticamente, que a

---

<sup>2</sup> Abya Yala fue el nombre dado al continente americano por el pueblo indígena Kuna que habita en lo que hoy es Panamá. En la actualidad esta denominación es retomada y utilizada por muchos pueblos indígenas para referirse a América Latina

efectos de esta investigación aborda y enfatiza en la relación dada entre el derecho occidental y los pueblos indígenas en el ámbito del control social. En virtud de esto se considera principalmente las tres etapas o épocas denominadas como: *época colonial*, que va desde los albores de la invasión europea al Abya Yala hasta el siglo XVIII; *época republicana*, considerada como de transición que para los indígenas duró hasta las postrimerías del siglo XX; y por último la *época de reconocimiento*, que es el momento que actualmente se presenta en América Latina. Cada etapa se encuentra cubierta por momentos fundamentales y específicos, que claramente muestran las relaciones, tensiones y conflictos entre los distintos grupos indígenas y los poderes dominantes que llevarían al desarrollo actual de las sociedades latinoamericanas.

Se evidencia así que desde que *la época colonial*, el derecho castellano —inspirado en de distintos cuerpos legales como el romano, germano, canónico, etc.—, intentó tomar el control de la violencia que se presentaba entre los colonizadores y de estos sobre los indígenas. El mecanismo para conseguirlo sería a través de la trasplatación del marco normativo vigente en la metrópoli, así como la marcada diferencia de la posición social que la persona ocupaba dentro de la jerarquía social.

Desde occidente la mencionada jerarquía era concebida como el orden natural de las cosas, pues se creía que ésta había acompañado a la humanidad desde sus orígenes. Esto dio lugar a que se materialice la estratificación social, pues se dispuso la separación entre indios y españoles. Acontecimiento que en el estado de las cosas favoreció que los pueblos indígenas tuvieran la posibilidad de conservar y seguir reproduciendo su cultura en distintos ámbitos, uno de ellos precisamente sería la administración justicia la cual quedó supeditada y limitada a las prohibiciones establecidas por la corona, dado que esta se podía realizar siempre y cuando no fuera en contra de los principios organizadores del orden y disciplina establecidos por los monarcas.

Hay que señalar que la jerarquía social implantada aparejó también para los indígenas la consideración de *miserables*, algo que repercutió en el tratamiento penal que el derecho penal castellano daba a quienes ocupaban

este estatus. Juan de Solórzano y Pereyra, quien fuera uno de los compiladores de la Recopilación de las Leyes de Indias, apreciando la condición que ocupaban los *indios* dentro de la jerarquía social impuesta así como la protectoría que de ellos se había encargado a los obispos, consideró que estos eran jurídica y objetivamente incapaces, por tanto, sus características los ubicaban dentro del mismo grupo de quienes el derecho castellano reconocía una responsabilidad penal disminuida. Dentro de esta estaban los rústicos, miserables y menores de edad, a quienes en el tratamiento penal castellano les reconocía ciertas prerrogativas por la inferioridad que presentaban, desde la impunidad de algunos delitos hasta la atenuación o exención de determinadas penas. Pero así mismo para lograr evitar que las cosas se descontrolen en estos grupos, se crearon ciertos delitos especiales, cuyo círculo de sujetos activos se reducía a los integrantes de los pueblos indígenas que estaban siendo diezmados por el trabajo y las enfermedades. Entre los delitos más comúnmente sancionados estaban: el porte de armas, uso de caballos, la poligamia, la brujería, etc., que escapaban al conocimiento y sanción de su justicia propia, que todavía se mantenía dentro de sus territorios.

En los albores de siglo XVIII, con la llegada de los borbones al trono y la aplicación de las llamadas *reformas borbónicas*, es cuando comienza a desaparecer las formas propias de organización y de control de las dispersas comunidades indígenas que quedaban. La nueva dinastía española para hacer frente a la calamitosa situación económica que se les presentaba al asumir su reinado, producto de la recesión textil y la escasa extracción de metales, centró su interés en la explotación agrícola y con ello la consolidación del latifundio. Para que esto ocurriera, se despojó de los territorios a los indígenas y se pasó a formar en ellos grandes haciendas al mando de un patrono que tenía la calidad de amo y señor de todos los indígenas que se encontraban a su disposición.

Todo esto supuso una paulatina desaparición de la justicia indígena que ya no podía ser practicada y recreada porque sus territorios fueron ocupados. Se puede decir que incluso las reformas borbónicas fueron contraproducentes no sólo para las comunidades indígenas, sino para el equilibrio del poder

imperante. La burocracia del Estado colonial perdió injerencia en la vida económica al cederla en manos del poder latifundista, quienes en la coyuntura política no vieron mejor oportunidad para hacerse con el poder y propiciaron las luchas independentistas que desembocarían con la expulsión de los españoles pero manteniéndose el yugo sobre los indígenas.

Con la consumación de las luchas independentistas comenzó *la época republicana*, que al tener los caracteres de una transición del poder la tendencia fue conservar la legislación anterior y solamente promulgar algunas leyes destinadas a asegurar el poder político de quienes había dirigido la lucha independentista. Todo ello significó el mantenimiento del *statu quo* y con ello la indigna condición de los indígenas, que seguían siendo sometidos al sistema misional, a los terratenientes y a la normativa penal colonial que se mantuvo hasta que se estableciera una legislación propia.

Sin embargo, al intentar elaborar una legislación penal para los nuevos Estados constituidos se optó por incorporar legislación producida en occidente. Esta situación determinó que no se formule un cuerpo normativo penal de factura propia, la mayoría de normas fueron tomadas o simplemente transcritas de los códigos penales que llegaban en los navíos a América. No faltó que entre ellos, también se trajeran las obras de los impulsores del positivismo criminológico que en Latinoamérica causarían gran expectación al punto de fundarse lo que se ha considerado la criminología latinoamericana que incurrió en los mismos errores que sus pioneros.

Así mientras la organización política de los Estados se consolidaba, el derecho penal también había seguido desarrollándose, integrando nueva normativa que incluía un tratamiento diferenciado para los indígenas que ya no eran sólo miserables sino que en algunas legislaciones se los catalogó como barbaros. La influencia del positivismo criminológico acentuó el interés en los rasgos, atávicos, que se veían en los indígenas, razón por la cual se volvió adecuado mantenerlos en la condición de menores de edad, incapaces de controlar sus instintos y pasiones, por cuanto el indígena cumplía todos los rasgos de ser un criminal en potencia.

Llegado el siglo XX, y con éste la crisis económica mundial, comenzó a hacer mella en el modelo de Estado liberal. Nuevos actores tuvieron que surgir



de los procesos que intentaban enderezar la ingrata situación de los Estados exigiendo reformas estructurales. En esta coyuntura se implementan políticas públicas de integración de los indígenas, tolerando determinados aspectos de su cultura hasta lograr que este adquiriera los valores del resto de ciudadanos. Para ello se volvió a reconocerles algunos territorios como propios, dando lugar a una paulatina instauración de un indigenismo oficial, que se seguía inscribiéndose en una lógica evolucionista conforme lo hubo de hacer también el derecho internacional que penalmente seguía considerando a los indígenas como seres en grados evolutivos inferiores<sup>3</sup>. Su distinción, a efectos de determinar su responsabilidad penal se lo hacía mediante criterios objetivos personales que buscaban marcar el nivel de incivilidad tomando como referente los valores de la cultura hegemónica que para este tiempo era la sociedad mestiza.

Sería la doctrina penal indigenista la que vería en el relativismo cultural el derrotero a seguirse por sobre el evolucionismo cultural, defendiendo la pluralidad y la igualdad de las culturas y rechazando la valoración cultural que toma de referencia los patrones de otra cultura que se la considera como superior (AMRY 2007, 87). Dando con ello un giro importante en la consideración históricamente mantenida sobre los indígenas respecto de su perpetúa minoría de edad a efectos penales, cambiando así de la consideración de inimputables por características psicológicas a una inimputabilidad de carácter sociocultural.

Llegaría así, para los pueblos indígenas principalmente, la *etapa del reconocimiento*, planteando que es incuestionable que los mayores avances en el reconocimiento de los derechos indígenas han sido alcanzados en los últimos veinticinco años. La razón: el nuevo enfoque que el derecho internacional adquirió, al dejar de ser un instrumento del colonialismo y pasar a convertirse en un indispensable aliado de lucha de los grupos indígenas.

El cambio valió para que se presente en el plano internacional, la extrema desventaja en la cual se encontraban los pueblos indígenas en

---

<sup>3</sup> El Convenio 107 de la OIT en el art. 10.2 señalaba que «[a] imponerse penas previstas por la legislación general a miembros de las poblaciones en cuestión se deberá tener en cuenta el grado de evolución cultural de dichas poblaciones».

relación con la población de los Estados formados en torno a ellos. Los resultados de este cambio de paradigma fueron fructíferos. Se logró que desde esta nueva concepción que los Estados parte voluntariamente suscriban diversos instrumentos internacionales en pos de mejorar, de algún modo, los distintos aspectos que por más de cinco siglos<sup>4</sup> se venían causando perjuicio sobre pueblos originarios que sobrevivieron al genocidio y al sometimiento de los colonialismos.

En esta línea, los Estados latinoamericanos consecuentes con las obligaciones adquiridas en el plano internacional, inician el proceso de reconocer constitucionalmente la diversidad étnica y cultural, que por mucho tiempo estuvo invisibilizada y relegada. Para ello los Estados tuvieron que establecer, formalmente, una serie de derechos especialmente dirigidos a los pueblos indígenas, bajo una consideración distinta a la de los derechos colectivos de las agrupaciones antes conocidas, pues estos no eran solamente agrupaciones con objetivos y fines comunes, asimilables a los de tradición occidental, sino que en ellos había que tomarse en consideración su particular forma de ver el mundo al interior de las comunidades de origen ancestral, que los hacían diferentes y trascendentes del resto de agrupaciones. Situación que les hizo adjudicatarios de algunas prerrogativas, entre las cuales estaba el reconocimiento de la vigencia de la justicia indígena, que desde sus comienzos fue considerado como un derecho fundamental estrechamente vinculado a la supervivencia cultural de los pueblos indígenas.

No obstante, el poder de administrar justicia reconocido a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, a raíz del Convenio 169 de la OIT de 1989, fracturaba el principio de unidad del orden jurídico imperante en los países andinos, haciendo que desde el principio sea difícil de compatibilizar el pluralismo jurídico que se había reconocido, siendo hasta el presente un obstáculo difícil de superar al no advertirse una adecuada sintonía con el ordenamiento nacional.

El efecto de esta realidad ha impedido o cuando menos dificultado, una efectiva aplicación práctica de la justicia indígena, puesto que generalmente

---

<sup>4</sup> Entre estos están las tres centurias del coloniaje y los doscientos años oscuros de vida republicana que poco vino a cambiar su paupérrima situación.

cuando esta cumple el poder jurisdiccional otorgado, no queda exenta de críticas y cuestionamientos que se ven reflejados en el constante requerimiento al máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia de los distintos Estados.

En este contexto ha sido la Corte Constitucional, presente en cada uno de los países andinos, la que se ha convertido en el órgano encargado de expedir los lineamientos básicos a los cuales han de ceñirse las autoridades indígenas en el ejercicio del poder de administrar justicia, mediante la formulación de resoluciones que se constituyen en jurisprudencia vinculante que han de acatar las comunidades y pueblos indígenas en el ejercicio de la jurisdicción especial otorgada, ante la falta de instrumentos legales específicos que permitan una adecuada coordinación<sup>5</sup> entre la jurisdicción indígena y la ordinaria.

Sin embargo, como apuntó Norberto Bobbio, las controversias que tiene un interés político pueden ser examinados *ex parte principis* o *ex parte populi* (BOBBIO 1991, 187), es decir que la significación de un hecho es dependiente de la perspectiva desde la cual se lo mire, existiendo en este sentido una notable diferencia: entre la perspectiva que quien tiene el poder político, por una parte, y la perspectiva de quien se encuentra a merced de este poder, por otra. Ésta premisa permite mostrar la dicotomía que se encuentran permanentemente las Cortes encargadas de sustanciar y dar respuesta a los requerimientos exigidos. Debiendo considerarse que estas están conformadas por funcionarios que pertenecen a la cultura hegemónica, imbuidos por el pensamiento de impronta positivista de occidente y que en la mayoría de los casos son absolutamente ajenos a la realidad y cosmovisión de los pueblos indígena.

Esta situación de entrada plantea un problema en cuanto al enfoque axiológico de referencia. Puesto que no es lo mismo preguntarse el: ¿Hasta dónde puede alejarse la justicia indígena del marco constitucional?, que así mismo cuestionarse el ¿Hasta dónde puede aproximarse la jurisdicción indígena al referente constitucional establecido? Frente a estas interrogantes, y

---

<sup>5</sup> Únicamente Bolivia, el 29 de diciembre de 2010, ha promulgado una ley de coordinación, a través de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, N° 073.

en vista de que los dos enfoques buscan salvaguardar derechos fundamentales, la jurisprudencia constitucional de casi todos los países andinos, con excepción de la de Colombia, ha sido la que a falta de interpretación intercultural de los derechos fundamentales, ha terminado por constreñir el alcance de la justicia indígena, provocando disenso y no poco desconcierto en las autoridades indígenas, por la preponderancia del modelo de justicia ordinario sobre la justicia indígena. Derivándose de esto, una intermitente pero constante deslegitimación de la justicia indígena por parte de funcionarios públicos y judiciales. Y cuyo discurso termina siendo funcional no sólo para el mantenimiento de las desigualdades sociales, sino también para alimentar las velas jerarquías raciales que persisten en las sociedades latinoamericanas, que terminan por inferiorizar a los indígenas y a sus costumbres.

Uno de los aspectos que comportan la preponderancia normativa de la justicia ordinaria por sobre la justicia indígena, podría deberse al escaso valor que se da a la costumbre en las distintas ramas del ordenamiento jurídico y más aún en lo que atañe al Derecho penal. Es conocido que en materia penal la costumbre no constituye fuente inmediata de derecho, contrariamente a lo que otras ramas del derecho admiten, pues ven a la costumbre como fuente de derecho bajo una óptica integrativa —*secundum legem*—. Dentro de esta consideración se inscriben los códigos que establecen claramente que *la costumbre no constituye derecho sino en los casos que la ley se remite a ella*<sup>6</sup>, con lo cual permanentemente se califica a la costumbre como norma supletoria, cuya aplicación en el campo jurídico sería únicamente viable a falta de ley expresa y cuando no sea contraria a la ley<sup>7</sup>.

Con estos referentes, el objeto de ésta tesis se centra en realizar un estudio de las influencias y repercusiones del derecho ordinario, en general, y el derecho penal, en particular, en la vida y en el modo de ejercer la administración de la justicia dentro de las comunidades y pueblos indígenas, principalmente kichwas, de la zona andina. Para ello, aunque no se haya realizado un trabajo de campo, se ha recurrido a una amplia fuente bibliográfica

---

<sup>6</sup> Código Civil Ecuatoriano, art. 2.

<sup>7</sup> Código Civil Colombiano, art. 8.

que ha permitido tomar en consideración a varios pueblos indígenas de los cuales se ha sacado algunos detalles particulares que se los ha generalizado con el fin de obtener una visión general sobre determinados asuntos.

No obstante, al pretender establecer principios organizadores generales, a partir de casos similares, tiene costes obvios por el nivel de abstracción empleado. Sin embargo, superados estas consideraciones, serán apreciables situaciones importantes: la primera, es que a pesar de que los grupos indígenas sean muy diversos, resulta posible encontrar o determinar puntos de convergencia que permitan un estudio generalista. Y la segunda, que refiere que la gran mayoría de los pueblos indígenas, desde que tuvieron contacto con los colonizadores, han debido de pasar por un tratamiento penal diferenciado que no se ha basado en la diferencia cultural, sino en la inferioridad étnica en que se lo ha ubicado, así como también las políticas impuestas sobre su forma de vida han modificado sus formas de control social adaptándoles a los patrones impuestos.

En este sentido, para hacer un mejor análisis del tema se parte de una revisión histórica de la justicia indígena precolonial la cual si bien no tiene un código sistematizado de normas o leyes es susceptible de una evaluación histórica tomando en cuenta la relación existente entre las instituciones, los grupos sociales y la influencia de la religión que se dio hasta los primeros contactos con la organización social colonial, que impuso y estructuró las diversas formas de administración pública que marcarían el devenir económico, político y social de América latina. A este asunto se dedica el capítulo I de esta investigación, donde se prestará gran importancia a las formas de control social del Imperio Inca.

En el capítulo II se hace referencia al trasplante que se dio del Derecho penal castellano y la incidencia que tuvo este sobre las conductas indígenas que comenzaron a ser sancionadas al infligir los valores provenientes de la civilización occidental. Así mismo se hace referencia a los discursos de inferioridad tejidos sobre los indígenas, que serán los que acompañen a los indígenas en la consideración punitiva y social que se tenga de ellos, inclusive hasta la actualidad.

En el capítulo III se desarrolla el tema relativo al tratamiento que el derecho penal ha dado a los indígenas, haciendo al efecto un recorrido por los momentos más trascendentes que impusieron saltos en la continuidad histórica. Con lo cual se pasa seguidamente a plantear de forma sistematizada la forma por la cual las figuras penales latinoamericanas han abordado la responsabilidad penal del indígena principalmente en sus aspectos sustantivos penales.

En el capítulo IV se analiza lo concerniente al derecho internacional y las reformas constitucionales como hechos cruciales en el desarrollo de los pueblos indígenas, especialmente en lo que tiene que ver al reconocimiento de la jurisdicción indígena. Paralelamente a esto se plantea los límites establecidos respecto de esta jurisdicción especial teniendo en cuenta las características de los derechos humanos y su vigencia universalmente aceptada. Además, se pone especial énfasis en la interpretación intercultural que se deben tener estos a la hora de interpretar el cumplimiento de una sanción indígena, siguiendo para ello la jurisprudencia dictada por la Corte Constitucional de Colombia, la cual ante la falta de una normativa especial ha asumido el reto de regular y determinar los límites de la jurisdicción especial indígena mediante consideraciones antropológicas, políticas y jurídicas de corte intercultural.

En el capítulo V, trata sobre un asunto que es centro de polémica en los Estados latinoamericanos como lo es: la administración de justicia indígena y las formas de ejercerlas, para ello se toma en cuenta el cambio que representó pasar de la movilización reivindicatoria de derechos, al hecho de tener que administrarlos y ejecutarlos dentro del entorno cultural propio. Deteniéndonos en conocer los argumentos que la deslegitiman y la vinculan como una forma de control social anquilosada, así como los tipos de conflictos que son conocidos y resueltos según sus costumbres.

En el capítulo VI, se analizan los intentos por relacionar judicialmente los dos sistemas de justicia y la dificultad existente de colocar en un único cuerpo legal la diversidad étnica, cultural y normativa que tienen los distintos pueblos indígenas. Se señala además que al tener estos sistemas de justicia principios jurídicos distintos el sistema de justicia ordinario tiende a creerse más

garantista y humano en cuanto a la aplicación de las consecuencias jurídicas de las conductas punibles.

Es de resaltar el hecho de que en el presente trabajo se utilizara el término *indio* principalmente cuando éste se encuentre ligado al discurso colonial, ya que en lo demás se preferirá la utilización de la palabra indígena. El motivo de esta preferencia semántica es debida: por un lado, a que este término desde la colonia entraña un sentido peyorativo, y por otro lado, debido a que solamente los directamente aludidos son quienes están facultados para reivindicar dicha denominación. Por ello es que al no pertenecer a esta población, y conforme lo recogen las diversas Constituciones andinas e instrumentos internacionales, se prefiere utilizar el término indígena en vez del otro término que, *per se*, resulta ofensivo.

De la misma manera, para hacer referencia al sistema jurídico nacional, que en algunos países toma la denominación de: justicia estatal, justicia ordinaria, sistema jurídico nacional, sistema judicial nacional, entre otros; se ha optado por utilizar mayoritariamente la expresión justicia o jurisdicción ordinaria; con excepción de los casos en que se cite y se consigne la denominación literal que cada país otorga a estos sistemas de justicia en sus respectivas normas.

## CAPÍTULO I

### La justicia indígena del imperio incaico en el siglo XV

#### 1 Introducción

Ante la imposibilidad científica que el humano originario de América sea el resultado de una evolución biológica surgida en estos territorios, se afirma con rotundidad que la vida humana arribó y no se originó en este continente. Se estima que la llegada de los primeros grupos humanos se presentó hace aproximadamente unos 50 mil años debido a las migraciones que se dieron desde Asia a través del estrecho de Bering justamente cuando éste se encontraba congelado.

De éstas movilizaciones, de hombres y mujeres que habrían estado ya conformados como *homo sapiens*, comenzaría a poblarse de vida humana los extensos territorios Abya Yala. Territorios que en sus inicios resultarían ser agrestes y hostiles, tanto por el congelamiento como por la escasez de alimentos y las frecuentes trepidaciones de la tierra, provocadas en muchos de los casos por las erupciones de los volcanes ubicados en la cordillera de los Andes que fue precisamente el lugar que vería florecer en sus faldas a una de las civilizaciones más desarrolladas del planeta.

El temor que representaban los fenómenos naturales así como la búsqueda de lugares con mejores condiciones climáticas que posibiliten la vida de las sociedades propició, que tras miles de años los movimientos migratorios se fueran diseminando y ocupando diversos lugares que hasta entonces se encontraban deshabitados.

Algo común que presentaron todos estos grupos humanos que emprendieron la marcha en los inexplorados y enigmáticos territorios, fue la ausencia de un poder central que ejerza control sobre ellos. Su ausencia favoreciendo enormemente para que estos primeros grupos humanos tuvieran la libertad suficiente para andar errantes por los distintos territorios, definiendo por su propia cuenta y dentro de su particular comprensión del entorno el conjunto de técnicas, costumbres y pautas de comportamiento, destinadas a



dirigir y organizar la vida de sus incipientes organizaciones iniciales<sup>8</sup>, que en suma darían origen a lo que etnológicamente se conoce como *cultura*; y que tras un sinfín de modificaciones, o mejor dicho de «una secuencia de acontecimientos y fenómenos interrelacionados entre sí con algún nivel de coherencia, sin descartar la intervención del azar» (MALO 2002, 19), hoy es fuente de lo que integra la herencia social de los pueblos indígenas de la zona andina.

La dispersión humana originó una asombrosa multiplicidad de asentamientos cuya fijación en sus inicios fue temporal. Los primeros grupos humanos condicionados por las características del entorno, harían sus desplazamientos constantemente con el fin de buscar alimentos y provisiones que les sean útiles para su subsistencia y la elaboración de sus herramientas. Llegando muchos grupos humanos incluso a adentrarse en territorios selváticos que para los mismos conquistadores fueron inexpugnables hasta no hace mucho tiempo. Pero esta situación pese a lo favorable que podría parecer, determino que muchos grupos aborígenes se aislen en localidades muy inhóspitas y pierdan contacto con otros grupos que buscaban cubrir las mismas necesidades vitales. La ausencia de contacto con otras culturas, desembocó en que estos grupos quedaran rezagados en comparación con el desarrollo que experimentaron otras culturas contemporáneas que, tras miles de años y por el legado e influencia de otras de su entorno, aprendieron a domesticar los animales, a cultivar la tierra y a organizar de distinto modo su estructura social.

Por otro lado, los arqueólogos atendiendo los marcados progresos que se dieron en las culturas precolombinas, en lo atinente a la ocupación espacial y avances en la producción, señalan que las culturas andinas a la llegada de los españoles habían atravesado diferentes periodos: Precerámico, Formativo, Desarrollo regional e Integración, y que conjunto compondrían la denominada *Época Aborigen* (AYALA 2008). Cada uno de estos períodos tenía características que los diferenciaban y los encumbraban en estadios diferentes de desarrollo, desde los más sencillos hasta los más complejos.

---

<sup>8</sup> Se considera que los primeros movimientos migratorios estuvieron formados por recolectores y cazadores que llegaron hasta la parte sur del continente americano hace 20.000 años a.C. No obstante con el advenimiento de la agricultura y la cerámica, alrededor del año 1800 a.C., es cuando se comienzan a distinguir e identificar instituciones, cultos, economía, organización social y formas de resolución de conflictos.

En este sentido, y por la evidencia de los restos arqueológicos, se ha establecido que las culturas andinas inicialmente eran nómadas con una organización social y política fundamentalmente de orden patriarcal que se sustentaban económicamente en la caza, pesca y la recolección de productos agrestes, encontrándose organizados por regulaciones simples<sup>9</sup> si se las confronta con las culturas que irían desarrollándose y complejizándose debido al cumulo de conocimientos y de prácticas que irían adquiriendo.

Cada generación agregó o modificó algo al fondo común de conocimientos y técnicas heredadas, llegando así a surgir las comunidades agrarias que al modificar lo existente en beneficio propio, verían aumentar considerablemente su población y con ella la complejidad de su estructura social; dando paso a la formación de señoríos étnicos o de tribus que uniéndose a otros similares, ya sea de forma violenta o mediante alianzas, como se había vuelto costumbre, darían origen al Estado que en su esencia no significaba una suma de individuos, como la apreciación de nuestro tiempo, sino más bien como una agregación de familias unidas por la idea de una descendencia común, pues como afirmaría Maine, lo seguro es que las «antiguas sociedades se miraban como procedentes de un mismo tronco, y no comprendían que la unión política tuviese otro fundamento» (MAINE 1893, 91).

Se considera que al sembrar y cosechar productos suficientes para preservar la vida y extirpar el hambre y la miseria, surgieron hechos de gran incidencia en la sociedad. Por un lado, el cambio del medio y modo de producción en las culturas que implementaron la práctica de la siembra y el pastoreo, dio paso a que se produzca una estabilización espacial que transformó a los grupos étnicos de nómadas a sedentarios. Los grupos aborígenes dedicados a la labranza comenzarían a adquirir una mayor dependencia a la estrecha y vital relación entre cultivo y la subsistencia del grupo. Relación que incluso les permitiría obtener productos sobrantes que se ahorraban y posteriormente se redistribuían con festejos entre todos los integrantes de la sociedad, definiendo así un modelo de vida colectivo

---

<sup>9</sup> Contrario a sostener la simplicidad de estos ordenamientos es Eugenio Zaffaroni quien expresa que «la simplicidad de los ordenamientos los estadios prehistóricos, [...] frecuentemente son considerados falsamente, como regulaciones simples del comportamiento, cuando en realidad suelen tener una gran complejidad normativa que generalmente pasa por alto el observador de nuestra cultura» (1998, 320).

impregnado de profundas características simbólico-rituales. Por otro lado, se produjo un aumento demográfico que aparejo la formación de una red de funcionarios —nobleza, clero, ejército y burocracia—, creados especialmente para dirigir y controlar a la sociedad que cada vez se volvía más compleja, y en la cual estos funcionarios, que integraban una clase superior al campesinado, se veían más beneficiados de los recursos producidos exclusivamente por la masa de súbditos.

## **2 La diversidad cultural y la división de clases**

A la llegada de los españoles a la zona Andina en el año de 1532, precisamente cuando Francisco Pizarro emprende la Conquista de lo que sería conocido posteriormente como Perú, habían una multiplicidad multiforme de culturas que iban desde las que tenían un nivel de desarrollo mínimo y otras que tenían una entidad constituida por un gobierno, por unas instituciones y por un territorio, es decir lo que en filosofía política se conoce como Estado.

En el primer caso estaban las culturas que se caracterizaban por su forma de vida, donde sus miembros eran cazadores y recolectores que se limitaban a satisfacer las necesidades más elementales de sus miembros; prescindieron de la acumulación de productos excedentes que pudiesen comercializar, no solamente por las condiciones climáticas y las continuas sequías que presentaba su entorno, sino también porque no estaban sometidas a ningún aparato estatal que obligue coercitivamente a producir más de lo necesario, disponiendo así de mayor libertad para dedicarse a otras actividades tendientes a fortalecer la cooperación, solidaridad, reciprocidad y la igualdad entre sus miembros, puesto que no existían diferencias sociales, excepto las establecidas por el orden natural según el sexo, edad y, sobre todo, los vínculos de sangre.

En contraposición a las anteriores, existieron culturas que habitaron un mayor ámbito territorial comunicado e interconectado por una impresionante red vial construida mediante la utilización controlada de la fuerza humana que estaba dirigida por caudillos que por fuerza o hechicería los gobernaban.

Hay que señalar que estas organizaciones uniéndose a otros similares consolidaban confederaciones o alianzas guerreras de carácter temporal o

permanente, con complejas interrelaciones que modificaron la organización política de las comunidades, puesto que la forma de sometimiento de sus integrantes pasaba de la obediencia de cacicazgos de carácter local a la obediencia de cacicazgos de carácter supra local, que concentraban sus esfuerzos y prioridades alrededor de la dependencia directa de la creciente producción comunitaria llevada a cabo en extensas tierras que se encontraban ubicadas a distinta distancia en espacios geográficos discontinuos pero ecológicamente bien delimitados (PEASE 1992, 53).

Es decir dentro del mosaico cultural que existía a la llegada de los conquistadores ibéricos, había grupos étnicos con disímil nivel de organización política, desde aquellos grupos aborígenes de cultivadores, recolectores y cazadores, hasta las tribus que alcanzaron muestras visibles de desarrollo en términos económicos, sociales y políticos. En el área andina, a fines del siglo XV y principios del siglo XVI, si bien existieron tribus que llegaron a conformar macroetnias organizadas y estructuradas complejamente, la que más trascendería por su complejidad y especialización, tanto en el uso de los territorios como en la administración y distribución de la población fue la cultura Inca<sup>10</sup>.

Los incas son concebidos como paradigma de la vida organizada y civilizada de la humanidad andina, pues como dice Espinoza, al sur del área andina, fuera de lo que una vez fue el Tahuantinsuyo «no se encuentra nada que la historia de la civilización deba recordar» (1995, 37). Los Incas serían quienes utilizando su gran capacidad política y su gran poderío militar lograrían conquistar y despojar de grandes territorios a numerosos grupos étnicos, ampliando paulatinamente sus dominios sobre extensas zonas donde implantarían su organización social y definirían su estructura propia: basada en

---

<sup>10</sup> Por un lado, la denominación de *incas* es la versión castellanizada de la palabra *ingas* de origen aymara. (TEMOCHE 2007, 39), la misma que tiene un doble sentido, tanto para denominar al soberano que era el Inca o Sapa Inca, como también para referirse a todo el conglomerado de habitantes del Imperio Incaico. Por otro lado, es necesario señalar que el Estado Inca se consolidó sobre las bases culturales de los señoríos étnicos que quedaron tras la destrucción de los Estados de Huari y Puquina por los invasores aymaras procedentes de lo que hoy es Chile (ESPINOZA 1995, 31-36).

el respeto de la propiedad común<sup>11</sup>, el trabajo colectivo y una rígida jerarquía social piramidal.

En la cúspide (plana) se ubicaba la realeza representada por el soberano que era: *el Inca o Sapa Inca (el único rey)*, cuya consideración era equiparable a la de un Dios terrenal. Bajo la máxima autoridad del Estado incaico y su esposa la *Coya*, se ubicaba la nobleza integrada por los *ayllus* reales, los cuales eran los descendientes de los soberanos que habían ocupado el poder y a quienes para mantener su significado social y cultural dentro del sistema jerárquico les estaba reservado funciones sociales específicas dentro del Imperio, así como también eran los encargados de transmitir las hazañas y las glorias del soberano fallecido del cual conservaban su momia, así como, sus grandes extensiones de tierra, sus sacerdotes, mujeres, servidores, etc.

La nobleza fue una clase social muy cerrada<sup>12</sup>, eran los únicos que podían alargar sus orejas como elemento diferenciador del resto de la población, rasgo característico que no pasaron desapercibidos para los españoles, quienes con el poder de definición, autoconferido, los denominaron como los *orejones*. Dentro de esta casta de nobles figuraban, aunque en una jerarquía menor, el resto de funcionarios y burócratas que no pertenecían a la nobleza de sangre inca; entre estos estaban los curacas de las regiones conquistadas, los sacerdotes en sus diferentes categorías y los militares.

Formando la base de toda la estructura social mencionada, estaba toda la masa de gente que integraba los *ayllus* y que expresamente estaba destinada a prestar su fuerza humana para desarrollar los trabajos y los tributos. Este último podía cumplirse de dos formas: por un lado, estaba el tributo entregado con servicios personales que se lo cumplía bajo la institución de la *mita*, que era un sistema de trabajo obligatorio y universal realizado por los integrantes de los diferentes pueblos en favor del Estado incaico. Por otro

---

<sup>11</sup> Contrario a esta afirmación Franklin Peace sostiene que «[l]o que hallamos en realidad en los Andes es una comunidad en el trabajo y no la existencia de una propiedad común» (1992, 58).

<sup>12</sup> Maine considera que la casta, es el estado que sigue a la división social de clases, y representa «la más peligrosa y embrutecedora de las instituciones humanas» (MAINE 1893, 25)

lado, estaban los tributos en especie, que eran almacenados en los depósitos, *tambos*, del Estado.

Las formas de jerarquización social y las obligaciones que soportaban sobre todo quienes estaban en la base social, se hicieron extensivas al espacio andino ocupado por el Tahuantinsuyo<sup>13</sup> y cuyos límites convergían en el Cusco<sup>14</sup>. Ciudad de santuarios y palacios que agrupan a las castas dominantes y donde se establecería el centro de su poder. Desde este lugar simbólico sería precisamente donde comenzaría a orquestarse las campañas expansionistas de la cultura inca, que tras siglos de avances y conquistas, la historia los colocaría como el Estado imperial más importante de toda América del sur, que llegó a abarcar una superficie de más de 2 millones de kilómetros cuadrados y entre once y doce millones de habitantes.

### 3 La expansión de la sociedad incaica

Zaffaroni señala que cuando las sociedades se verticalizan y van tomando la forma de ejércitos —*ejercitoforme*—, con clases, castas, jerarquías, etc. comienzan a conquistar a otras (2011, 22); y esto precisamente fue lo que ocurrió con la sociedad incaica.

Se sostiene que en un principio las conquistas incaicas no perseguían ningún dominio permanente, por eso es que sus iniciales avances ocurrieron en los territorios contiguos al Cusco, sobre grupos étnicos vecinos a los que si bien se les imponía a veces algún tributo no se consideraba dejar guarniciones militares que aseguren su ocupación. De modo que una conquista a pequeña escala, muchas veces repetitivas por las rebeliones que emprendían los pueblos conquistados, sería la tónica que predominaría desde aproximadamente el año 1280 d. C., hasta casi un siglo antes de la llegada de la invasión española, 1438; debido a que en ese lapso de tiempo se produce la victoria sobre los Chancas y la consiguiente conversión del señorío inca al propiamente Estado imperial incaico<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> En la actualidad estos territorios comprenderían los Estados de Perú, Ecuador, Bolivia, Argentina, Chile y, en cierto momento, el sur de Colombia (ESPINOZA 1995, 41).

<sup>14</sup> Existen dos formas gráficas igualmente validadas para esta palabra: Cuzco y Cusco. Sin embargo, aquí se utilizará la segunda opción por constar así en la Constitución Peruana en su art. 49, donde señala que el *Cusco* es su capital histórica.

<sup>15</sup> Esta situación sería aprovechada por los españoles para justificar su conquista, aduciendo

Con la derrota de los Chancas ante el Inca Yupanqui, que incorporó a su nombre el título de Pachacuti, los Incas emprenderían la dominación cultural y política de casi todos los pueblos del área andina desde el año 1438 hasta el año 1532. Siendo Pachacuti uno de sus más reconocidos artífices y fundador de la gran expansión incaica<sup>16</sup>, conforme lo registran los diferentes relatos de los cronistas que lo ubican como mejor político que guerrero (TEMOCHE 2007, 23-32).

A este personaje, se le atribuye la creación<sup>17</sup> de la institución de los *mitimaes* y de las *mitas*. La primera, consistía en trasladar una porción de la población de las zonas conquistadas a otra de más antigua pertenencia al Imperio, con el fin de desnaturalizarlos de su entorno y evitar su reagrupación. La segunda institución, en cambio, eran jornadas de trabajo obligatorio que debían de cumplirse en favor del Estado «de acuerdo a los grupos de edad y sexos de los individuos, a quienes retribuía y redistribuía para mantenerlos contentos» (ESPINOZA 1995, 114).

Paralelamente a estas instituciones, los incas utilizaron la religión y el idioma como medio para ir alcanzando una homogeneidad étnica. Era común que tras las victorias en los territorios que los incas conquistaban construían templos sagrados, como forma simbólica de establecer sus espacios de dominio, en algunos incluso se formaban centros administrativos con palacios, templos solares y casas de las llamadas Vírgenes del Sol, tomando el modelo de la ciudad del Cusco (POMA DE AYALA 1989, 131). Similar situación ocurría con el idioma, respecto del cual se delegaban personas encargadas de enseñar el *Runa-sini*, más conocido como Quichua a todas las poblaciones subyugadas, las cuales a pesar de la desorganización en que quedaban, tras de efectuarse los desplazamientos de sus miembros, no desaparecían y más

---

que al no haber un de larga trayectoria que el poder sea heredado de padres a hijos, como ocurría en la metrópoli española, «los incas eran ilegítimos usurpadores y violentos dominadores que habían subyugado a los “señores naturales” de la tierra» (PEASE 1992, 16).

<sup>16</sup> Principalmente se considera que fueron: Pachacuti (1438- 1471) con quien se inicia el modelo imperial, Tupac Yupanqui (1471-1493) amplió las fronteras del imperio de norte a sur y Huaina Capac (1493-1527) quien continuo con las políticas expansionistas de su padre y que a su muerte empezaría la decadencia del imperio (ESPINOZA 1995, 135).

<sup>17</sup> Así lo señala Cieza de León, quien dice que esto se remonta «desde el tiempo del rey Inga Yupangue [...] que luego que conquistaban una provincia de estas grandes, mandaban salir o pasar de allí diez o doce mil hombres con sus mujeres, o seis mil, o la cantidad que querían» (CIEZA DE LEÓN 2005, 119).

bien algunas se integraban con mayor facilidad por cuando casi todas participaban de los mismos elementos culturales.

Aunque los cronistas e historiadores resalten con mayor avidez que las conquistas incaicas fueron hechas violentamente mediante guerras y frecuentes incursiones militares, no es menos cierto que en gran parte de estas crónicas, también señalan claramente la existencia de frecuentes alianzas que eran utilizadas como estrategias políticas para lograr la integración de los grupos étnicos.

De ahí que fuera común que junto con las huestes militares incas vayan acompañadas por un «número considerable de cargadores que llevaban ropa, generalmente de lana, y otros recursos apreciados» (PEASE 1992, 54), como regalos para agradar a los curacas de los otros grupos étnicos, quienes a cambio de la magnitud de la generosidad del Inca ofrecían dar periódicamente mano de obra para los trabajos estatales. Se comenzaba de esta manera a articulando local con lo Estatal, siendo esta acción de aliarse lo que precisamente permitiría que en un territorio excepcionalmente heterogéneo surgiera un Estado como el del Tahuantinsuyo.

No obstante, hay que señalar que antes de que la cultura de los incas se imponga coercitivamente a los demás pueblos, los designios del Inca encaminados a utilizar la mano de obra disponible en otros grupos étnicos, pasaba por intrincado proceso de ruegos que dependían de la anuencia del resto de curacas. Estos petitorios perdurarían por un largo tiempo, puesto que hasta que el inca no logró un pleno sometimiento de los grupos étnicos, no estuvo en capacidad de disponer discrecionalmente, de la fuerza de trabajo que poseían los pueblos vecinos. Es por eso, que inicialmente rigió una forma de reciprocidad que se apoyaba en la institución de la *minka* que consistía en una petición o «ruego», que el inca hacía a los curacas, a quienes según la costumbre debían de ser invitados al territorio del Inca donde serían agasajado y colmado de presentes, en pomposas ceremonias que duraban días, con el fin de que el inca convenciéndoles con su generosidad obtenga la mano de obra necesaria para materializar su voluntad (ROSTWOROWSKI 1988, 63).

A todo esto se debe añadir que las alianzas, que coadyuvaron a la rápida expansión del Tahuantinsuyo, no se limitaron únicamente a la entrega



de valiosos y numerosos regalos. En algunos casos dependiendo de la importancia de los grupos étnicos, y paralelamente a los presentes entregados, se concertaban y celebraban matrimonios entre el Inca y las integrantes de las castas descendientes de los principales de los grupos étnicos o de estos con las mujeres de las panacas o ayllus reales de los incas. De esta manera se consolidaban las relaciones de reciprocidad que habrían de tenerse, *a posteriori*, con el Tahuantinsuyo, así como también las prerrogativas que disfrutarían los grupos étnicos integrados; puesto que, la incorporación al incanato por las alianzas determinaba un el tratamiento diferenciado que debían recibir las tribus o ayllus que pasaban a formar parte del Tahuantinsuyo.

Para que las culturas conserven sus costumbres dependía en gran medida de la forma en que los grupos étnicos pasaban a formar parte del Estado incaico. Si esta integración se la hacía por medio de alianzas, que en el fondo consistían en una sumisión hacía el emperador inca, éste a cambio de la pacífica voluntad de someterse a sus designios les permitía tener determinado privilegios que les favorecían para que puedan conservar sus «formas de organización social así como también sus rasgos culturales o religiosos preexistentes [...] insertándolos en el complejo sistema del Tahuantinsuyo» (AYALA 2008, 11). Por el contrario, si la imposición de la autoridad del inca se producía mediante el establecimiento de una guerra con los grupos étnicos que se resistían a «recibir nuevas leyes y costumbres y adorar nuevos dioses» las disposiciones eran distintas (GARCILASO DE LA VEGA 1986a, 32).

Al mediar la violencia y resistirse a la autoridad del Inca conllevaba a que los pueblos sometidos pasarán a sujetarse totalmente al imperio<sup>18</sup>, sin ninguna concesión que les permita guardar sus formas organizativas propias u otras exenciones que se conseguían mediante las alianzas, la reciprocidad, es más estos eran disgregados a otros ayllus a fin de que no se sublevaran en contra de la autoridad del Inca que se convertía en su soberano absoluto.

---

<sup>18</sup> Existieron excepciones con algunas tribus conquistadas, como es el caso del curacazgo llamado Ayarmaca que a pesar de tener históricas luchas con los Incas «conservaron y gozaron durante el apogeo inca de un *ceque* propio en el sistema religioso del Cusco; aunque habían perdido todo su antiguo poderío, los incas no pudieron arrebatárles ese privilegio» (ROSTWOROWSKI 1988, 28),

### 3.1 Organización y control social en el estado incaico

Como lo sostiene José de la Riva-Agüero, no debe de encuadrarse al Imperio incaico dentro de una historia narrativa maravillosa, como «un blando idilio con música galante, según lo imaginaron los garcilasistas del siglo XVIII y de buena parte del XIX» (1966, 363).

La intimidación, la rudeza y crueldad serían los recursos frecuentemente empleados para mantener el orden social y político del Imperio incaico. Su máxima autoridad el Inca o Sapa Inca, considerado como descendiente de su mayor deidad el Dios Sol, era el encargado de dirigir y disponer las normas jurídicas que debían de cumplirse en todo el Imperio. Normas que estaban impregnadas de cierto misticismo que incluso como Garcilaso de la Vega afirma, que no faltaban quienes confiesen voluntariamente sus pecados, creyendo férreamente que al no haber cumplido las disposiciones del Inca eran causantes de los males que en un determinado momento afectaban a la comunidad, ofreciéndose a ser castigados con la muerte a fin de agradar a su Dios y así evitar que los males se incrementen (1986, 87).

La voluntad del Inca era por todos respetada con absoluta sumisión<sup>19</sup> y obediencia. Sus designios solamente se encontraban limitados, en pocas ocasiones, por las tradiciones heredadas o por el surgimiento de determinados intereses que le eran más beneficiosos. De él dependía el establecimiento de las leyes que permitan dar continuidad al modelo económico y político establecido. Debiéndose señalar que aunque su modelo haya sido etiquetado como socialista o comunista agrario<sup>20</sup>, lo cierto es que se caracterizó por ejercer una dominación política centralista, que reglamentaba unilateralmente el conjunto de las actividades de toda la sociedad, al punto que pocos fueron los ámbitos de la vida personal o comunitaria que no estén controlados de acuerdo a las necesidades e intereses del Estado, que de una u otra forma gravitaba dentro de la búsqueda de una mayor producción.

---

<sup>19</sup> Era tal el respeto que se le tenía que: nadie podía acercársele calzado ni mirarle directamente a la cara por ser el hijo del sol.

<sup>20</sup> Hay discrepancias en torno al modo de producción, siendo las más representativas las sostenidas por José Mariátegui quien plantea como base el comunismo agrario (MARIÁTEGUI 2007, 43), Louis Boudin, que defendía un socialismo andino y Jorge Basadre que contrario a estas estas dos tesis plantearía que lo que verdaderamente existió en el Estado incaico fue un modelo semejante al modo de producción asiático.

Y es precisamente por esto que la organización entorno al trabajo obligatorio determinaba que no quede ni un resquicio para la holganza o la vida disoluta. Se establecieron disposiciones para que la gente permanentemente se encuentre haciendo alguna actividad conforme a la distribución de las labores según las edades, sexo, cargo, o de acuerdo a sus limitaciones físicas —lisiados, cojos, ciegos, sordos etc.—, en fin todos tenían una actividad asignada y «al que no tenía que hacer hacía sogá, o traía leña o paja para su casa, o tejía conpana o hacía sogá o hacía ojotas, o sobaba pellejo» (POMA DE AYALA 1989, 224).

En este contexto, es claro decir que para mantener el orden social y político establecido, fue imprescindible la implantación de un sistema de justicia muy prohibitivo y severamente sancionador, muchos comportamientos por muy sutiles que parecieran eran castigados con extrema dureza por el mero hecho de haber incumplido la ley, ya que implícitamente en todas las prohibiciones estaba envuelta la desobediencia a la voluntad del Inca, cosa que era suficiente gravosa como para imponer de por sí un castigo ejemplarizante.

Al ser una sociedad ágrafa<sup>21</sup>, era imposible que las leyes que se establecían lleguen a conocer mediante algún código. Sin embargo, nunca existió dificultad para que las normas después de su formulación sean inmediatamente llevadas a las diferentes regiones, ya que estas eran conocidas mediante la transmisión oral y la imposición de sentencias concretas (ZAFFARONI 1998, 331) y ahí se podría decirse que se encuentra el verdadero mérito del Imperio incaico que si bien no fue el creador del sistema jurídico prehispánico, con sus métodos pudo instaurar una organización más o menos uniforme en la cual se daba apertura a la aplicación de las normas propias de los ayllus en conexión con el derecho estatal establecido por la autoridad central.

Es necesario mencionar que la información sobre las disposiciones vigentes y demás requerimientos que adquirirían el valor de ley eran

---

<sup>21</sup> Aunque los indígenas andinos no conocieron la escritura, sí tuvieron un sistema de registro propio denominado *quipus*. Poco se conoce de este, pero algunos llegaron a considerar, escribe Basadre, que los quipus servían para registrar: leyes y gobiernos y hazañas, como lo creyó Mórúa, o incluso disposiciones testamentarias, como lo afirmaría Cabello Balboa (1985, 82-83).

rápidamente comunicados y dados a conocer por medio de los *chasquis* (corredores, postas), que en una versión moderna representarían a unos hombres correo. Estos eran quienes tras recorrer largas distancias, como si se tratase de una carrera de relevos, llevaban y propagaban las disposiciones que debían de cumplir los distintos grupos étnicos. Solamente a través de ellos las noticias y disposiciones podían llegar a conocerse con rapidez, porque los chasquis una vez emprendida la carrera no se detenían hasta terminar de comunicar el mensaje confiado, y esta situación era literalmente cierta, ya que la comunicación al otro chasqui se lo hacía sobre la marcha sin perder ni un minuto de tiempo (ESPINOZA 1995, 418).

Llegados los chasquis con la información que contenía las normas jurídicas a ser impuestas, estas eran comunicadas inmediatamente a las personas en espacios abiertos por los funcionarios a quien el Chasqui había transmitido la información. Se habla entonces de que la figura del *pregonero* no haya solamente servido para publicitar campañas guerreras, sino también, es probable que «aprovechando de la ocasión de ferias, mercados y romerías, [el pregonero] comunicará públicamente al pueblo determinadas órdenes o leyes» (BASADRE 1985, 84).

El conocimiento de las disposiciones, que no podían ser desobedecidas, motivaba a que las autoridades inicien la tarea de adecuar las disposiciones promulgadas, al orden social establecido en cada región. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las nuevas disposiciones no derogaban inmediatamente las anteriores leyes que se encontraban establecidas, a menos que contradijeran completamente a las impuestas por el Inca. Las recientes disposiciones se iban incorporando o «arrimándose a las costumbres antiguas de aquellas provincias donde se había de guardar, porque todo lo que no era contra su idolatría ni contra las leyes comunes tuvieron por bien aquellos Reyes Incas dejarlo usar a cada nación como lo tenían en su antigüedad» (GARCILASO DE LA VEGA 1986a, 31-32).

Con las conquistas y la constante expansión territorial el derecho incaico también llegó a ubicarse por encima de las costumbres regionales. Para los incas los objetivos de las conquistas se encaminaban prioritariamente a la producción de rentas estatales, a través de una sumisión política llevada a

efecto por una formidable ordenación social que lo abarcaba todo. No hay que olvidar que para lograr un buen gobierno, y la adecuada organización judicial, se hizo ineludible incorporar los gobiernos locales al gobierno central, con la implementación de un excesivo número de funcionarios y burócratas que den cumplimiento a las normas impuestas.

Para materializar la administración de justicia, la división del Estado incaico contemplaba una distribución territorial que aparejaba el establecimiento de autoridades de distinto rango y jurisdicción. Las referencias a este respecto señalan que: la repartición de esas autoridades en cada una de esas secciones territoriales se desplegó de la siguiente manera: a) *regiones o suyos*, fueron las mayores extensiones territoriales que convergían en el Cusco que era el corazón del imperio y sede del poder supremo. Existieron cuatro suyos (jurisdicciones) denominados como: Chinchasuyo, Cuntisuyo, Antisuyo y Collasuyo, y de cuya unión propiamente se conformaba el Imperio incaico o Tahuantinsuyo (ALBÓ 2011, 134). Representando a cada *suyo* se encontraban los *apocunas o aposuyos*, los mismos que eran hombres de entera confianza del Sapa inca; al cual debían de servirle como asesores para cualquier decisión de importancia lo cual implicaba que debían de permanecer en el Cusco para poder cumplir sus funciones, en lo que algunos cronistas han llamado el Consejo Real del Inca; b) *humanis* o provincias, donde se establecían templos, depósitos, y demás construcciones, bajo el mando del *tucricuts* o *totricuts* o gobernador del Sapa inca, que seguían en importancia a los *apocunas* y tenían «bajo su competencia la jurisdicción civil, penal, militar, económica y administrativa» (ESPINOZA 1995, 370); c) *sayas* o partes, era la división que se daba en las provincias, generalmente en dos partes —*anansaya* y *urinsaya*—, cada una de ellas con un número variable de «jefes locales y tradicionales de ayllus (pachacas), huarangas, sayas y reinos, que en general recibían el nombre de *curacas*» (ESPINOZA 1995, 374). Serían, pues, los *curacas*<sup>22</sup> como líderes tradicionales, convertidos en instrumentos al servicio de los intereses del poder central, quienes cerraban esa ingente

---

<sup>22</sup> Dependiendo del número de familias confiadas bajo, el curaca adquiría el rango de: «Camáyoc 5 familias, Chunca Camáyoc 10 familias, Pisca Chunca Camáyoc 50 familias, Pachaca Camáyoc 100 familias, Pisca Pachaca Camáyoc 500 familias, Guaranca Camáyoc 1000 familias, Pisca Guaranca Camáyoc 5000 familias, Hunu Camáyoc 10000 familias» (PEASE 1992, 119).

cadena de poder que había comenzado desde el máximo soberano el Sapa Inca, que en definitiva personificaba al juez supremo y único dispensador de perdones.

De esta manera se encontraban insertos en las cuatro regiones en las que estaba dividido el Estado incaico, las distintas autoridades encargadas de administrar derechos e impartir justicia en todos los asuntos, pues esta fue precisamente su rasgo distintivo: el carácter exclusivamente público del derecho incaico (SOLER 1992, 106). Hay que decir que este fue un Estado vigilante del cumplimiento de las leyes que el Inca ordenaba; donde el simple conocimiento de alguna conducta prohibida, ya sea porque fue comunicada al curaca o este la percibió personalmente, el procedimiento se iniciaba hasta el establecimiento de la sanción. Según Jorge Basadre con esto se halla la férrea injerencia del Estado en buscar «la eliminación del proceso popular o su reducción a casos en que se trataba de delitos que no interesaban al Estado» (1985, 219).

En primera línea se encontraban los curacas, de estos dependían aspectos esenciales que vinculaban directamente a la población con los requerimientos del Estado y entre cuyas funciones se encontraban: la organización y reparto de los productos obtenidos, la intervención en la formación de las *mitas*, la mejora y mantenimiento de la infraestructura agraria, y sobre todo la administración de justicia que permitía guardar el orden y cumplimiento de las disposiciones ordenadas, pues ellos eran «los jefes de aldea [que] prestaban especial atención a que nadie perjudicase al prójimo o que procediese contra él injustamente, castigándose con rigor especial el robo de mujeres, la violación y el adulterio» (LAS CASAS 1948, 58).

Con la jerarquización de los funcionarios se puso de manifiesto que la valorización de las infracciones y el establecimiento de sanciones quedaban únicamente en manos de las autoridades que el Estado incaico reconocía. Se dejaba sin ninguna autoridad a las antiguas instituciones democráticas que eran los consejos de ancianos que otrora había regido a las comunidades con decisiones habían tenido gran influencia la opinión pública. El nuevo orden social impuesto por los incas durante aproximadamente seis décadas, entre

1471 y 1532, cambió radicalmente la organización política de la región y también con ello las atribuciones jurisdiccionales que tenían los curacas.

Si bien es cierto que la administración estatal no prescindió de los servicios de los jefes locales, tampoco es menos cierto que se les recortó las atribuciones que esto tenían, ya que ante el cambio del orden social imperante estas no podían quedar indemnes, puesto que a la par de que se respetaba su autoridad y se la motivaba con el reconocimiento de privilegios que no eran alcanzables por ninguna persona de la comunidad, se recortaban las amplias potestades que tenía en los distintos asuntos. Cuestión que sin duda engendró mucha indignación entre algunos curacas que no se resignaban a ceder su poder y pasar a ser «bisagras conectando el poder hegemónico con los ayllus de su señorío o reino» (ESPINOZA 1995, 380), por lo cual no era extraño que se insubordinaran y provocaran revueltas contra el poder imperial, alentando sublevaciones que no prosperaban y que eran zanjadas con varias víctimas.

No obstante, es de señalar que sofocados los levantamientos encaminados a buscar la recuperación de la jurisdicción y fueros perdidos de los curacas, se ordenaba que los líderes<sup>23</sup> y en ocasiones el pueblo sean sancionados severamente, lo cual intimidaba mucho que incluso refiere Cieza de León «ninguno de los naturales, aunque más poderoso fuese, osaba intentar ninguna rebelión, y si alguna intentaba, luego era castigado el pueblo donde se levantaba, enviando presos los movedores al Cuzco» (2005, 326). Así mismo, el mencionado autor justifica la forma de proceder que los incas aplicaban después de sancionar a los curacas traidores, ya que considera que pese a ser una conducta sumamente grave, por dirigirse en contra de la máxima autoridad Inca, la solución era bastante prudente en cuanto a la afectación del derecho sucesorio que dejaban los curacas, pues a su parecer, el tratamiento era muy juicioso porque no privaban a los descendientes del curaca de ocupar dicha autoridad ya que «si por ventura alguno cometía delito o se hallaba culpado en tal manera, que mereciese ser privado del señorío que tenía daban y encomendaban el cacicazgo a sus hijos o hermanos, y mandaban que fuesen obedecidos por todos» (2005, 120). Consiguiéndose

---

<sup>23</sup> Puede ejemplificarse el caso del líder de los Mascas de la parcialidad Urin cusqueña, llamado Guasi Guaca quien fuera «capturado y paseado como rehén por las calles de la ciudad» (TEMOCHE 2007, 40).

mediante este proceder un doble propósito, por un lado, se conseguía sancionar al infractor y servir de ejemplo para que los demás de incurriesen en la misma conducta; y por otro lado, se lograba evitar que por la aplicación de la justicia los integrantes de los grupos étnicos detestasen la autoridad del Inca.

Es de destacar que las sublevaciones, a pesar de comprometer seriamente el orden establecido, el arrepentimiento de los involucrados antes de entablar las confrontaciones sumamente violentas, daba lugar al perdón. Aspecto que a decir de Jorge Basadre, sería una forma extrapolable a la exclusión de la sanción cuando la rebelión sólo quedaba en calidad de tentativa (1985, 211). Fuera de estos casos, estaban los curacas que dócilmente se habían sometido y conformado con mantener una cuota de poder, restringiendo su jurisdicción al conocimiento de situaciones de no eran graves dentro de los ayllus, pues las más gravosas que excedían el ámbito de sus potestades debían ser resueltas por otras autoridades jerárquicamente superiores, las cuales dependiendo de la transgresión asumían el conocimiento del asunto, considerándose si la infracción vulneraba las normas propiamente del Inca, el encargado era un funcionario imperial, en cambio si los comportamientos comprometían normas locales o regionales eran las autoridades regionales las encargadas de impartir la sanción merecida.

Además, cabe decirse que junto a la limitación de la jurisdicción de los curacas, se crearon responsabilidades punibles tanto por el desempeño como por los excesos de su gestión, siendo los curacas, como señala Basadre, responsables tanto por los insuficientes aportes tributarios que daban los subordinados que estaban bajo su mando, como por las infracciones que cometían estos en sus territorios cuando antes su autoridad no estaba sujeta a sanción alguna (BASADRE 1985, 220).

Dentro de las características del Imperio incaico y de todas las culturas que llegaron a desarrollarse en el Etapa Aborigen en el Abya Yala, cabe decirse que no conocían ni distinguían ninguna clase de derecho que no fueran los que se desprendían de las prácticas y costumbres conocidas. Summer Maine, refiriéndose a las condiciones primitivas de las comunidades, dejaría sentada esta apreciación al señalar que en estas comunidades se «mezclaban las prescripciones civiles, religiosas y morales, sin darse cuenta de las



diferencias esenciales de las mismas [...] sólo en una época más avanzada de civilización empiezan a distinguirse el derecho de la moral y la religión del derecho» (MAINE 1893, 22).

Si bien es cierto que la jurisdicción y competencia de los funcionarios no se encontraba limitada en razón de la materia<sup>24</sup>, pues los funcionarios respetando la naturaleza y gravedad de las infracciones podían atender todo tipo de controversias, no es menos cierto, también, que sí existió una limitación en su jurisdicción en razón de las personas, prueba de ello es la presencia de los fueros especiales para los distintos miembros de la nobleza. Claro ejemplo de ello son los que tienen que ver con el clero, donde el sacerdote principal del Imperio, llamado *Huillac Umu*, estaba encargado de conocer y sancionar las controversias que se presentaban con los sacerdotes, vírgenes del sol y demás personas que ejercían una función directa con el Estado, su jurisdicción en materia eclesiástica abarcando todos los territorios, en razón de que la religión y el idioma fueron los elementos de unificación de los grupos étnicos conquistados con el Imperio inca.

Por otro lado, los principios que regulaban el comportamiento de los individuos dentro del grupo social se sustentaban en base a una triple exigencia: *ama quilla*, *ama llulla* y *ama shua* (no ser ocioso, no mentir y no robar). Exigencias que de hecho no tienen un origen definido por los historiadores, pues lo que existe son solamente especulaciones que intentan aproximar de alguna manera a su existencia. En este sentido están las opiniones que sostiene que estos bastiones de la estructura social del Imperio incaico habrían sido ya considerados por las culturas anteriores a su formación, por cuanto la cultura inca se integró en sus inicios a una serie de esquemas organizativos socio-políticos preexistentes, como lo fueron los señoríos y reinos que brotaron independientes después de que se esfumaran los Estados de Huari y Puquina, por lo tanto, el Estado incaico habría tomado estas pautas de comportamiento, al igual que algunas prácticas mágico religiosas de culturas

---

<sup>24</sup> La referida distinción de Henry Maine, no llegarían a desarrollarse en el seno de los pueblos indígenas, pues propiamente esta distinción llegaría una vez acabado el último eslabón de un proceso económico-social y político autóctono; es decir cuando fue impuesta la conquista y colonización del Aby Yala. A partir de Ahí el Derecho Penal y Civil que estaban fusionados en el Estado incaico, comenzarían a distinguirse por el individualismo económico implantado por la colonia, porque en ella es donde se establece y se fija la vigencia del derecho a la propiedad privada, y a la cual se asocia principalmente el Derecho Civil (BASADRE 1985, 207).

tempranas y las elevaría a deberes de carácter público cuyo incumplimiento acompañaba determinadas consecuencias jurídicas que variaban en su severidad.

Sea cual fuere su origen, lo cierto es que los tres postulados se convirtieron, dentro de la estructura social incaica, en los paradigmas a seguir en todo el Tahuantinsuyo. De hecho estas prácticas consolidaron costumbres que alcanzaron el valor de norma de cumplimiento obligatorio, entremezclándose con ellas influencias divino-religiosas que buscaban imponer la conformación de las conductas según el orden social vigente, esto se advierte en razón de la estructura prohibitiva de los principios; los cuales sobrepasando cualquier referencia ética que se pueda esgrimir, lo que se pretendía era afianzar y conservar el Imperio, ya que estos principios no estaban hechos bajo un prisma del deber ser: sé veraz, sé honrado, sé trabajador; sino en dirección de sancionar las conductas que incumplían la prohibición.

### **3.2 La justicia indígena en el Imperio incaico**

Inicialmente en los grupos primitivos la idea de castigo no se inspiraba en conseguir un beneficio colectivo, sino únicamente lo que se pretendía era saldar el daño causado acudiendo: ya sea a la venganza privada o cualquier forma de compensación entre particulares. Sería con el surgimiento del Estado y las formas del ejercicio del poder, donde las resoluciones vindicativas de los conflictos, por parte de los miembros de los grupos étnicos comienzan a perder vigencia ante una nueva forma de control, que pretende asegurar mediante el cumulo de prohibiciones y sanciones —venganza pública—, la estabilidad del orden imperante.

Bajo esta visión, aunque un tanto ilusoria<sup>25</sup>, el Estado incaico asume el papel de ente regulador de los conflictos y de las sanciones, no con el objeto de buscar solucionar equitativamente a las partes en conflicto, sino más bien con la intención de proteger y fortalecer el orden imperante. Y solamente

---

<sup>25</sup> Eugenio Zaffaroni, señala como ilusoria la idea de fijar estrictamente períodos de evolución o etapas de progresión del derecho penal ya que este no tiene una continuidad histórica lineal. Es claro en afirmar que «la división de esta “progresión” en venganza privada, venganza pública, humanización y período actual, no deja de indicar un progreso lineal que en la historia no se ha dado» (1998, 317-319).

colateralmente buscar la protección de los subyugados, en virtud de que «[l]a defensa del orden establecido por el Estado constituye una de sus tareas esenciales, en tanto que las relaciones de individuo a individuo que en nada interesan a ese orden permanecen en el terreno de la mera costumbre» (BASADRE 1985, 207).

La protección del orden público fue un aspecto prioritario para el Imperio incaico. Su materialización fue consecuencia de la implantación de un firme régimen jurídico que busco dar respuesta los conflictos cotidianos mediante la imposición de severos castigos, propios de un gobierno despótico y totalitario que no pasaba por alto sancionar con gran dureza cualquier conducta que se apartase mínimamente del régimen establecido, al punto que Cieza de León, diría que los incas llegarían a ser «tan justicieros [...] que no dejaban de mandar ejecutar el castigo aunque fuese en sus propios hijos» (2005, 129).

Desde que el Estado se constituyó en el ofendido pasó a asumir el monopolio del castigo, dejando atrás la arraigada costumbre que el ofendido tenía de tomar la justicia con su propia mano y autoproclamarse con derecho a castigar, se creó una red de funcionarios destinados a conocer los comportamientos prohibidos, pusieron todo el empeño en que se rompa la relación que había entre agresor y víctima, asumiendo que cada hecho proscrito antes que ser una ofensa para la víctima que lo había sufrido, este representaba un incumplimiento a las leyes del Inca y como tales debían ser sancionadas, aunque la víctima no haya buscado el castigo del ofensor ya sea por perdón o porque la misma parte agraviada hubiera dado su consentimiento.

La venganza personal o colectiva como forma de resolución de conflictos, mantenida por algunos de los grupos étnicos incorporados al Imperio incaico, fue tolerada excepcionalmente en algunos casos; permitiendo al agraviado recurrir a la venganza como forma de solución de conflictos, tal como lo practicaban las viejas culturas señoriales (BASADRE 1985, 209). Más sin embargo, no se puede obviar que estas fueron solamente excepciones, puesto que al margen de la conservación de las costumbres y de las leyes que cada grupo étnico poseía, estaba el cumplimiento de las disposiciones del Inca, que con su poder omnipresente, mandaba a cumplir a todos sus súbditos, sin miramiento de costumbres arraigadas en las comunidades incorporadas al

Imperio, ya que todos debían de cumplir a cabalidad las normas jurídicas impuestas porque, como recalca Garcilaso de la Vega, «los Incas nunca hicieron leyes para asombrar los vasallos ni para que burlasen de ellas, sino para ejecutarlas en los que se atreviesen a quebrantarlas» (1986, 180).

La instauración de un control desmedido, condujo a que desde la esfera Estatal se proceda paternalmente con cada sujeto: tutelándolo, clasificándolo, distribuyéndolo o vigilándolo como si se tratase de un menor de edad a quien no le faltara un mínimo de bienestar. Fue algo consustancial a al ordenamiento del Imperio, pues a decir de Pedro Pizarro «[e]l curaca lo miraba y repasaba todo y, para tener a raya y en constante actividad a sus subordinado, recorría a toda prisa, día tras día, las calles de su distrito, velando por que los indios no tuvieran ni poseyeran más de lo que se les había asignado» (FRIEDERICI 1987, 212).

Las sanciones impuestas bajo el Imperio inca no buscaban conseguir la reparación del mal causado, sino más bien, defender los intereses del Imperio, toda vez de que la aplicación de las brutales sanciones que generalmente desembocaban en la muerte del condenado por liviano que fuese el delito, lo que explícitamente pretendían era causar la intimidación de los potenciales infractores «por haber quebrantado el mandamiento y roto la palabra del Inca, que lo respetaban como a Dios» (GARCILASO DE LA VEGA 1986, 85).

Hay que señalar que al cometimiento de conductas desaprobadas seguía un proceso formalizado que terminaba en la sanción del infractor. Llevado el acusado ante el curaca este oía a las partes implicadas en una audiencia pública, donde los comparecientes debieron haber hecho las presentaciones de los elementos que tenían para sostener su acusación o inocencia. Utilizando para ello pruebas testimoniales, religiosas o de cualquier otra índole que les fueran lo más beneficiosas, en las cuales no debió faltar el tormento de los acusados o la consulta a sus divinidades. Sobrepasado esta fase el juzgador, valorando la acusación presentada, juzgaba y sentenciaba al infractor dentro de cinco días, evitando demoras innecesarias pues ellos entendían que por la dilación del castigo muchos se atrevían a delinquir (GARCILASO DE LA VEGA 1986, 88-107).

El veredicto del curaca no podía retroceder en la ejecución una vez establecido. No se admitían suplicas ni ruegos para liberarlos de los castigos impuestos, vengan estos de los propios condenados o de sus familias, por cuanto ceder ante estas pretensiones significaría afectar la majestad del inca y del sequito de consejeros que eran los que disponían la obligatoriedad de las leyes. Por lo cual establecida la sanción, de conformidad a los castigos que marcaban las costumbres, la ejecución se llevaba de forma inmediata por los verdugos de los cuales se dice que «eran rentados dándoles tierras y exceptuándoseles de ciertas cargas» (BASADRE 1985, 221).

La aplicación de sanciones draconianas era algo consustancial al carácter guerrero sobre el que se asentaba el Estado incaico (ZAFFARONI 1998) y que a fin de cuentas no resultaba ser diferente al común de las prácticas universalmente utilizadas, no sólo por las sociedades primitivas sino también por las que en occidente se consideraban más civilizadas. En este contexto, la severidad de sus leyes resultaban ser sumamente necesarias para combatir la desobediencia que se derivaba entre otros aspectos, de las recientes incorporaciones de pueblos, de los extenuantes trabajos y de los ineludibles tributos que se debían a favor del Estado.

Sin embargo, esto no desembocaba en que los castigos se apliquen arbitrariamente y sin ningún control porque los jueces carecían «completamente de arbitrio, pues este arbitrio *disminuía la majestad de la ley*» (SOLER 1992, 107). Y es más las decisiones tomadas por los órganos más inferiores en la impartición de justicia eran informadas, estadísticamente, a las autoridades superiores de forma periódica, a fin de mostrar que la justicia se había aplicado de conformidad a lo que el Inca había establecido; existiendo inspectores<sup>26</sup> encargados de verificar que la administración de justicia sea cumplida por los distintos funcionarios, a quienes de ser necesario eran denunciados ante un funcionario de instancia superior (CANALS 1973), pues las autoridades gozaban de un fuero que hacían que sus excesos únicamente fueran corregidos y sancionados por el gobierno central (ESPINOZA 1995).

---

<sup>26</sup> Guamán Poma al referirse a estos, menciona que su labor antes que ser efectiva era temida por el pueblo, ya que en vez de dedicarse a observar que la ley del Inca se cumpla estos buscaban llevar noticias de delitos al Inca con el fin de agradarlo, frente a lo que el pueblo «no osaba hablar delante de ellos» para evitar así ser castigados (1989, 361).

Garcilaso de la Vega, reconocía que si las autoridades destinadas a impartir justicia incumplían y no castigaban a quienes lo merecían, el castigo pasaba a ser revertido sobre ellas con la diferencia de que éste se encontraba mucho más agravado, debido a que se le endosaban «dos culpas, una por no haber hecho bien su oficio y otra por el pecado ajeno, que por haberlo callado lo había hecho suyo [por lo tanto] No podía el juez arbitrar sobre la pena que la ley mandaba dar, sino que había de ejecutar por entero, so pena de muerte por quebrantador del mandamiento real» (1986, 85-86).

Los reclamos por la administración de justicia se los hacía en sus propios territorios, sin necesidad de que tengan que trasladar sus controversias a otras tierras, pues muchas veces representaba más caro el trasladarse que el reconocimiento de lo pedido. Por eso es que los casos se resolvían dentro de sus tierras sin costo alguno<sup>27</sup>, convirtiéndose la gratuidad en un aspecto que era bien apreciado por quienes la pretendían, tal como lo habría de manifestar Fernando de Santillán, para quien «una de las principales causas porque los indios alababan la gobernación del inga, y aún los españoles que algo alcanzan della, es porque todas las cosas susodichas se determina sin hacerles costas» (JIMÉNEZ DE LA ESPADA 1979, 30).

No obstante, a pesar de la rigidez de la justicia del incario, ésta no era ejercida de forma igualitaria. La acentuada jerarquización social, hacía que las clases que se encontraban por encima del pueblo se beneficien de un tratamiento favorable en lo que respecta al conocimiento y decisiones de las autoridades destinadas a impartir justicia. Toda vez que al estar sometidos a un fuero diferente también el tratamiento sancionatorio cambiaba, en la medida en que los castigos consuetudinariamente establecidos para determinados actos, eran substituidos por otros que se les tenía como menos deshonrosos para las clases consideradas jerárquicamente superiores. Buscando incluso ante circunstancias de extraordinaria gravedad mantener el renombre de la nobleza como clase, por cuanto la elevada notoriedad social que ostentaban hacía que cualquier tipo de sanción por menor que fuera ésta afectara su honra, ya que «siendo el sufrimiento algo subjetivo, determinadas penas que podían parecer

---

<sup>27</sup> Los *tucricuts* o gobernadores del Sapa inca, en cumplimiento de sus amplísimos roles, «[i]nspeccionaban sus jurisdicciones sin ocasionar gastos a los *runas* quienes no tenían por qué recibirles con fiestas en honor suyo» (ESPINOZA 1995, 370).

de poca monta al hombre común, al ser aplicadas a los nobles cobraban gravedad» (CANALS 1973, 345).

Las categorías sociales imprimían la patente desigualdad legal que existía a la hora de aplicar justicia dentro del Estado incaico. En este contexto, el control social formal era sumamente severo e invariable cuando la sanción comprometía solamente a gente del pueblo, debido a que a estos se les exigía compulsivamente el cumplimiento irrestricto de sus obligaciones. En cambio a las castas privilegiadas se sometían a un fuero distinto del común, siendo juzgadas por funcionarios de superior jerarquía o incluso hasta el propio Sapa Inca, era quien asumía prioritariamente el enjuiciamiento nobiliario, tratando personalmente los asuntos más graves que afectaban la autoridad y poder del Estado; así como de aquellos que comprometían a la nobleza, con lo cual no es de extrañar que se diga que hubo una distinción «entre nobles y plebeyos, siendo más benigna para los primeros» (ZAFFARONI 1998, 331).

### 3.3 Las conductas prohibidas

El catálogo de infracciones así como las consecuencias jurídicas de los mismos reflejaban los principales conflictos existentes y las formas de resolverlos. Formas que si bien se presentan como bárbaras e inhumanas, son propias del tiempo en que se desarrollan puesto que, como sostiene Garcilaso de la Vega «se podría decir que eran leyes de gente prudente que deseaba extirpar los males de su república» (1986, 87).

Aunque en principio si bien es cierto, como señala Guillermo Prescott, que «Las leyes eran pocas y sumamente severas [dentro de] una nación que tenía poco comercio, ningún dinero, y casi nada que pudiera llamarse propiedad fija.» (1851, 16). No es menos cierto que las prohibiciones castigadas abarcaban a una amplia variedad de hechos, contrariamente a lo que sucedió en los Imperios de occidente<sup>28</sup>.

Se puede decir que casi todas sus leyes se aplicaban a asuntos criminales de mayor o menor gravedad entre los que estaban: el asesinato, el

---

<sup>28</sup> Así lo señala Luis Rodríguez Manzanera, al recordar que los romanos distinguían un reducido número de crímenes entre los cuales estaban: «traición a la patria, parricidio, sacrilegio, estupro e incesto. Es decir, se identifica como crimen los delitos muy graves, y así es como la palabra crimen se va a aplicar generalmente a homicidio y aún más justamente al homicidio calificado» (L. RODRÍGUEZ 1981, 9).

adulterio, la violación, la brujería, el coito con las vírgenes del sol, la holgazanería, o aquellos que afectaban a la organización del Tahuantinsuyo o a sus divinidades, entre las que principalmente estaba el Inca, quien es expuesto en las crónicas como un ser sagrado al cual los súbditos lo consideraban como el hijo de su mayor divinidad que era *el Sol*, por tanto cualquier mandamiento que de éste se incumpliera significaba una especie de sacrilegio por la naturaleza teocrática de su organización política. Con lo cual quien era castigado, más que por el hecho, su sanción se debía al quebrantamiento del mandamiento del Inca (RICO 1998, 50).

Luego de que Maine notara que en los pueblos primitivos lo que predominaba era el Derecho Penal sobre el Civil, se formó una coincidencia entre los autores, en decir que de todas las ramas que conforman el derecho la que más claramente se puede apreciar dentro de los pueblos originarios es la de orden penal<sup>29</sup>. Entre ellos Valentín Letelier, quien sostiene que los pueblos primitivos e incluso de algunos modernos y contemporáneos, la acción sancionatoria o penal es la que mayor extensión ocupa las legislaciones sean estas escritas o consuetudinarias. En el primer caso, ejemplifica, con el admirable monolito en el cual se encuentra la legislación más antigua de las conocidas como es el Código de Hammurabi, en el cual se encuentran delicadamente talladas las 282 disposiciones de las cuales 100 son de carácter punitivo. En el segundo de los casos hace referencia a las leyes consuetudinarias de las culturas indígenas que estuvieron conformando el Imperio incaico y en las cuales sin duda consideró los tres preceptos que regulaban regíamente sus costumbres: *ama quilla*, *ama llulla* y *ama shua* (no ser ocioso, no mentir y no robar) (LETELIER 1967, 292-294).

No obstante, al no existir en el Estado incaico un registro escrito que plasme fielmente las prohibiciones y sanciones sobre las cuales estaban regidos, las principales fuentes de información a este respecto han sido las informaciones recogidas por los cronistas que acompañaban a los conquistadores, dado que estos no sólo registraban los hechos relacionados

---

<sup>29</sup> Bronislaw Malinowski, sería la excepción, considera que el derecho primitivo si bien es prohibitivo no quiere decir que todas sus leyes sean penales o criminales, por lo cual él señala que no esto no da paso a considerar que sus leyes se las ubique «más allá de la línea que separa el derecho *civil del penal*» (1982, 71-73).



con la conquista sino también anotaban información sobre la vida cotidiana de los indígenas, de sus costumbres, de sus gobernantes y sobre todo de las formas de su justicia (CHIVI 2012, 278). Es por ello que las distinciones y clasificaciones propuestas por los historiadores son variadas y de carácter meramente didáctico<sup>30</sup>. En este contexto, en un sentido amplio y a muy grandes rasgos, es posible considerar que las infracciones dentro de la organización política del incanato se dividían en infracciones del orden público e infracciones del orden privado.

### 3.3.1 Infracciones del orden público

Al ser el mantenimiento del sistema económico, político y social, un aspecto esencial para el desarrollo y estabilidad del incanato, las conductas que llegaban de cualquier manera a afectar a los mismos, eran tenidas como muy graves y en vista de aquello, la respuesta debía corresponderse con la misma gravedad. Soliendo para estos casos sancionar con mayores sufrimientos que otras penas capitales que conducían al mismo fin pero sin tantos suplicios.

Dentro de estas infracciones, por la gravedad y el rigor persecutorio, se pueden contemplar principalmente cuatro clases de infracciones:

a) *Contra la seguridad del Estado.*- Dentro de este primero grupo, por la fuerte injerencia teocrática en la organización política del incanato, las conductas de mayor significación fueron las «que afectaban la intangibilidad del Inca.» (ZAFFARONI 1998, 331), y por extensión aquellas que se dirigiesen a la familia real o tuviera relación con ella o la afectara. Así mismo, estaban todas aquellas que enfrentaban a las instituciones que habían sido impuestas a los ayllus y señoríos conquistados. En tal virtud se pueden estimar que dentro de estas infracciones estaban: la rebelión, la traición, la deserción, el asesinato<sup>31</sup> del inca o de su familia real y todas aquellas que tenían que ver con la religión.

---

<sup>30</sup> Algunos las clasifican las infracciones hasta en diez categorías, a saber: «1º Contra la seguridad del Estado. 2º Contra el sapainca. 3º Contra la religión. 4º Contra la organización administrativa. 5º Contra la administración de la justicia. 6º Contra los deberes de función. 7º Contra el honor sexual y las buenas costumbres. 8º Contra la vida y la salud. 9º Contra los bienes ajenos. Y 10º Contra la honra u honor» (ESPINOZA 1995, 434).

<sup>31</sup> Se cuenta el caso de Inca Urco que quiso asesinar a Cusi Yupanqui, el cual luego de fallar su emboscada «fue apresado y luego asesinado en un lugar llamado Chaupillusca, donde se hizo pedazos, arrojando los trozos de su cuerpo a la corriente.» También se conoce que

Se puede señalar que cuando se trataba del Inca hasta los comportamientos más inocuos entrañaban una consideración gravemente desvalorada. En este sentido Jorge Basadre, no descarta que dentro de estas conductas también se puedan incluir los desacatos al soberano en cuanto a la manera de presentarse ante él (BASADRE 1985, 216), ya que como lo registrara Cieza de León, nadie estaba exento de que cuando se presentase a hablar con el Inca entrase: de espaldas, descalzo y llevando una carga sobre los hombros, como homenaje de sumisión y respeto (CIEZA DE LEÓN 2005, 327).

En lo atinente a la religión, sin lugar a dudas fue una institución cuyo irrespeto aparejó varias infracciones por la amplitud de las víctimas, ya que esta podía ser cualquier persona, cosa o lugar consagrado a sus dioses, esto es, alejados de los usos comunes y reservados al culto de lo divino, entre los que estaban: la profanación lugares de culto, blasfemias, sexo consentido o no con las vírgenes del Sol, etc.

*b) Contra el Derecho administrativo.*- Las conductas que perturbaban el régimen administrativo eran todas las que se daban en relación a los comportamientos arbitrarios de los funcionarios en el cumplimiento de sus deberes, especialmente las que involucraban aspectos de orden judicial pues al que «dejaba de acusar delito del súbdito, aunque fuese holgar un día solo sin bastaste causa, hacía suyo el delito ajeno, y se castigaba dos culpas, una por no haber hecho bien su oficio y otra por el pecado ajeno» (GARCILASO DE LA VEGA 1986, 85).

Así también, estaban las conductas que se daban mayoritariamente dentro de los subyugados tales como: la inobservancia de las obligaciones señaladas con la dominación, los tributos y los daños indirectos a la economía (BASADRE 1985, 216). En el primer caso se hace referencia a la prohibición de cambiar los modelos y los colores de vestidos y tocados<sup>32</sup>, resistencia a utilizar

---

Pachacútec sufrió otro intento de asesinato por parte de los «cuyos y cahuiñas [a quienes] castigó ejemplarmente devastando sus aldeas, matando a unos y deportando como mitmas a otros» (ESPINOZA 1995, 100-107).

<sup>32</sup> Aunque en el imaginario social la vestimenta de los indígenas se reduce a un taparrabos, sino a la desnudez plena, lo cierto es que esto no era la regla. Luis Capoche un cronista de la época menciona que los indígenas disponían de distintas indumentarias afirmando que «los indios de una nación no usaban el vestido y traje de la otra sino que se diferenciaban los vestidos en los colores y labores con que estaban hechos, y los tocados con

la vestimenta fijada, el cambio de residencia sin autorización o el incumplimiento de tradiciones funerarias; siendo en esta última donde se creó una prohibición expresa por la disparidad de costumbres fúnebres practicadas por las diversas culturas anexionaban al Estado incaico. Pues a la par de que se ordenó que las deudas de los difuntos se extinguía con la vida del deudor, se ordenó que los muertos debían ser enterrados únicamente en las bóvedas fijadas para tal fin ya que quedaba absolutamente proscrito que el entierro sea realizado en las inmediaciones de la propia casa del difunto como era la costumbre.

En cuanto a las aportaciones tributarias, principalmente las dadas en especie, Jorge Basadre fija una lista de infracciones en las que señala las múltiples formas en las que se incurría en el cometimiento de una infracción tributaria ya sean por «no cultivar las tierras cuyos productos servían como tributos; tributar menos de lo señalado; defraudar tratándose de objetos tributados; no cumplir con el aporte de pagos especiales; abandonar el puesto durante el servicio obligatorio» (1985, 216). Se incluye, además, dentro de esta categoría aquellas manifestaciones de ociosidad de la gente del pueblo, ya que si no se encontraba trabajando no podía generar ningún tributo que pudiese ser redistribuido con posterioridad.

Respecto de las acciones de efecto colateral en la economía, estaban todas aquellas que se daban: ya sea cortando o quemando sin autorización los árboles que producían frutos y que eran necesarios para la alimentación o servían como madera para sus construcciones. También estaban absolutamente prohibidas las cacerías de animales, a menos que sean de aves menores para alimento de los gobernadores Incas y curacas. La razón a decir de Garcilaso de la Vega, fue que permitiendo que cazasen libremente como otrora los *runas* se volverían holgazanes y descuidarían las actividades agrícolas necesarias, no tanto para su sustento sino para el pago de tributos al Estado (1986a, 20). La cacería se convirtió en un privilegio exclusivo del Inca con predilección del por la cacería de vicuñas. Guamán Poma, consideraba que al infractor de esta prerrogativa exclusiva del Sapa Inca se le sancionaba

---

diversas insignias» (citado en CHUQUIMIA 2012, 155).

con la muerte, puesto que se lo enviaba a que el «león y zorra lo matasen por los daños que resultaban» (1989, 131).

### 3.3.2 Infracciones del orden privado

a) *Contra la sexualidad.*- La fijación en la pureza de la mujer y la negación de la propia elección de su libertad sexual determinó que aquellas mujeres que todavía no habían sido entregadas a los hombres de las distintas jerarquías sociales, estén prohibidas de tener relaciones sexuales con hombres que las pretendiesen. La pérdida de la virginidad era castigada severamente en la mujer, no tenía ningún valor o era casi irrelevante si esta había tenido relaciones sexuales seduciendo o dejándose seducir, pues igualmente era castigada con la muerte a diferencia del varón que corriendo con suerte podía lograr sobrevivir.

A decir de Basadre el incanato lo que pretendía controlando a la mujer era imponer, lo que él llama, la *consolidación conservadora* de las relaciones sexuales, por cuanto aduce que solamente así se explicaría la consideración del delito de actos como «desfloración de las vírgenes, violencia sexual, incumplimiento de la costumbre de comprar a la novia, desacato de las limitaciones fijadas por la edad mínima para casarse, exogamia, matrimonio con persona prohibida, poligamia del pueblo sin concesión oficial, sodomía, etc.» (BASADRE 1985, 217).

También se pueden considerar dentro de esta categoría, las relaciones incestuosas que han acompañado desde los mismos orígenes a la cultura inca, ya que las leyendas tejidas sobre sus orígenes señalan que los Incas fueron producto de una relación incestuosa entre sus predecesores: Mama Huaco y su hijo Manco Capac (ROSTWOROWSKI 1988, 32). Con lo cual al ser el incesto una conducta realizada por los caudillos que sentaron las bases de lo que llegaría a ser un imperio, su cometido quedó exclusivamente autorizado para el Inca, quien era el único que podía casarse con su hermana carnal, mientras que para el resto de la población el incesto estaba expresamente prohibido cuando involucraba a la familia nuclear, más no cuando este ocurría dentro del ayllu o familia extensa, es decir las uniones sexuales podían efectuarse entre

varones y mujeres pertenecientes a un mismo ayllu<sup>33</sup> siempre y cuando estas no involucren a sus parientes —madre, hija, hermana, prima, tía, comadres, etc.—, bajo la advertencia de ser castigados con gran rigor (POMA DE AYALA 1989, 50).

En cuanto a la violación y el estupro, que encuadran en esta categoría, Sebastián Soler refiere que en estos se «admitían el subsiguiente matrimonio y el delincuente sólo era fustigado» (1992, 108). Hecho que únicamente era posible con las mujeres que no tenían ninguna categoría especial dentro del imperio, pues de lo contrario cualquier ofrenda a la honra de éstas era castigada con la muerte del infractor e inclusive en unos casos de la mujer aunque esta no hubiese consentido en absoluto.

*b) Contra la vida.*- Si bien existía una protección de la vida, no toda acción que vaya en contra ella se encontraba sancionada. Al ser una sociedad teocrática las ofrendas o sacrificios en los cuales implicaba quitar la vida a una persona, su protección no estaba del todo garantizada ya que toda privación de la vida en cumplimiento de la liturgia dirigida a sus divinidades era permitida.

La misma crueldad y permisibilidad había cuando las muertes ocurrían en escenarios en los que se involucraba o se ponía en cuestión el poder del Imperio, o cuando estos ocurrían en guerras, rebeliones, persecuciones, etc. No obstante, las muertes que se daban fuera de los casos permitidos por el Estado incaico, se convertían en infracciones que merecían ser sancionadas (JIMÉNEZ DE ASUA 1964, 932). Casos como el asesinato, parricidio, aborto, y demás formas de muerte violenta entre los subyugados estaban prohibidas, bajo advertencia de repetir en el agresor los mismos métodos comisivos empleados en la infracción.

Guamán Poma, quien en una suerte de ley de talión, manifiesta que la disposición del Inca estimaba que «cualquiera persona que matare que muera como lo mató, si fuere con piedra o con palos lleve la pena y se ejecute y

---

<sup>33</sup> Sigmund Freud, en su libro *Tótem y tabú*, contrario a estos planteamientos aduciría que la prohibición del incesto respondería a rígidos propósitos sociales. Entendería que tras la prohibición de las relaciones sexuales de los miembros de un clan tribal, regidos por un mismo tótem, se encontraba algo más profundo un *mito primordial*. Freud tras de leer a Darwin, conjeturo que la rivalidad por las hembras llevó a los machos jóvenes a matar al patriarca poderoso, la «la culpa provocada por este crimen edípico primitivo fue el origen de las normas totémicas tribales sobre el homicidio y el incesto» (APPIGNANESI y ZARATE 2002, 120-122).

sentencie» (1989, 132); y aunque esto no constituya la regla, por cuanto al ser la víctima un ascendiente, descendiente, cacique, miembro del clero, etc., como asegura Jorge Basadre, no bastaba replicar el mismo modo de la ofensa en el agresor, sino más bien debía el castigo manifiestamente incrementado (1985, 217).

c) *Contra la propiedad.*- Al ser un Estado carente de moneda y dependiente de un modo de producción colectivo, el interés por las riquezas o la envidia de lo ajeno se encontraba muy disminuido<sup>34</sup>, lo cual limitó en gran medida la perpetración de infracciones que afecten a la propiedad (JIMÉNEZ DE ASUA 1964, 933). Sin embargo, las infracciones que podrían estar incluidas en esta categoría podrían ser: el incendio, daños de animales, muerte de animales, y por supuesto el robo (BASADRE 1985, 211). En esta última infracción es necesario mencionar que no todas las formas de robo eran sancionadas. Las autoridades valorando distintos elementos y circunstancias del caso, llegaron incluso a dejar impune al «trabajador que hurtase por necesidad propia o de los suyos. En lugar de él era castigado el jefe que no había cumplido sus deberes de proveer víveres o lana» (SOLER 1992, 108).

### 3.4 Los castigos impuestos

Se puede considerar que la rigidez de los castigos aplicados en la justicia indígena andina precolonial, se derivaba de la propia dureza del estilo de vida que llevaban los grupos aborígenes. El convertirse en sociedades complejas y autosuficientes, incrementó sus labores pero no disminuyeron las limitaciones que la naturaleza imponía al humano en sus objetivos de subsistencia y desarrollo basados en la producción agrícola. Por lo cual el sistema de convivencia y de relación de orden colectivo debió de estar en relación con la severidad del medio circundante, es por eso que la característica que más distinguió a la justicia indígena precolonial fue la dureza de sus sanciones que en algunos casos se extendían a la familia o incluso al ayllu del condenado por el carácter colectivista de estas sociedades.

Todas las infracciones, sean en contra del orden público o privado, se encontraban amenazadas con la imposición de algún tipo de sanción. Con lo

---

<sup>34</sup> Prueba de ellos es que: las casas, palacios y templos, no se hallaban protegidos por puertas o algún tipo de seguridad que precautele los bienes que se encontraban en su interior.

cual cualquier incumplimiento representaba suficiente motivo para poner en marcha la aplicación de la justicia indígena incaica y con ella sus implacables leyes que buscaban en todo momento escarmentar e intimidar a la población.

Los castigos al no provenir de un catálogo bien definido, se regían por el conocimiento de casos precedentes que inspiraban la decisión del juzgador. Pero esta apreciación no siempre influía de la misma en casos que tenían una análoga realización, puesto que por la amplia discrecionalidad y la casuística aplicada por el juzgador a la hora de resolver los conflictos, determinaba que casos similares tuvieran desenlaces diferentes. Con lo cual, aunque pueda creerse que las costumbres seguidas en el campo de la justicia sancionatoria indígena, resultaran ser lo suficientemente conocidas para prever con antelación las posibles respuestas jurídicas ante el cometimiento de las distintas infracciones, lo cierto es que cabe la posibilidad de que este conocimiento no fuera una realidad presente en todos los casos.

Así mismo, es insoslayable que dentro del Imperio incaico existió una amplia variedad de castigos que se extendieron por toda la zona andina, desde los de carácter simbólico hasta las formas más grotescas ejecuciones capitales y que eran aplicadas indistintamente a las infracciones que se daban tanto en el orden social público como el privado. Hay que tener en cuenta que al ser una sociedad que no manejaba ninguna moneda, así como tampoco sus miembros disponían de bienes particulares, porque la economía colectiva sustentada en la propiedad colectiva del suelo así lo impedía, difícilmente de modo general hubiese podía fijarse como castigo la imposición de sanciones pecuniarias, aunque en algunos casos hubiese podido contemplarse<sup>35</sup>.

Garcilaso de la Vega, así mismo, alegaba que en el Estado incaico no se contemplaba las sanciones de carácter pecuniario o confiscatorio. Aduce que la intención era la eliminación de los males del Estado y más no aprovecharse de «la hacienda de los malhechores y dejarlos con más libertada para que hiciesen mayores males» (1986, 86). Aspecto que en definitiva plantea que los

---

<sup>35</sup> En este sentido las apreciaciones que hace Cieza de León, respecto de las sanciones pecuniarias giran en torno de dos formas. Una es la *confiscación de bienes* a vasallos de elevado rango cuando este incurría en deslealtad o desobediencia y otra sería el *aumento de impuestos* cuando las familias no tributaban conforme a las aportaciones debidas (BASADRE 1985, 215).

incas, sobre cualquier sanción pecuniaria, preferían las ejemplarizantes por su gran efecto intimidatorio.

Por tanto, tomando en cuenta esta apreciación, y excluyendo a las sanciones pecuniarias o confiscatorias, se puede establecer que dentro del orden social incaico estuvieron presentes cuatro categorías importantes de castigo: la muerte, las corporales, los juicios divinos en cárceles y las deshonrosas; siendo desarrolladas en lugares que, a decir de Guamán Poma, se encontraban designados para dicho fin, como podían ser ríos, cerros, lagunas peñas, e incluso cárceles y prisiones (1989, 222).

#### 3.4.1 La pena de muerte

Si la característica marcadamente mencionada de la justicia del incario fue la dureza de sus castigos, la pena de muerte sin lugar a dudas fue la que la singularizó<sup>36</sup>.

Las formas de aplicación de la pena capital eran tan variadas como las infracciones que atendía: asesinatos, violaciones, adulterio, incesto, el coito con vírgenes del sol, sodomía, el hurto de bienes imperiales, la desertión, la indisciplina militar, ciertos delitos fiscales, las defraudaciones de los recaudadores, la pereza habitual, el aborto, la traición, la brujería (ZAFFARONI 1998, 331).

Guamán Poma conocedor de las tradiciones del Cusco, por haber nacido<sup>37</sup> en tierras andinas en el ocaso del imperio incaico, registra e ilustra gráficamente, con una serie de dibujos, las formas de ejecutar las sentencias en el Tahuantinsuyo entre las cuales estaban:

a) *Apedreamiento*.- Llamado *Uipillai*, dirigido contra quienes hubieran cometido adulterio. Esta sentencia era aplicada tanto al hombre como a la mujer cuando ambos habían consentido en dicha relación. Y al parecer habría

---

<sup>36</sup> Incluso se sostiene que los mismos verdugos que ejecutaban la pena de muerte se caracterizaban del resto de verdugos, pues se dice que estos se distinguía por llevar «insignias especiales» (BASADRE 1985, 221).

<sup>37</sup> Distintas son las fechas que se atribuyen a su nacimiento, algunas apuntan a que este nació 1526 cuando todavía el imperio inca se mantenía y otras consideran que el año debe ser posterior a 1535, considerando la propia afirmaciones de Guamán Poma que dice: «yo no nací en tiempo de los incas, para saberlo todo» (1989a, 242).



sido alternado con azotes y destierro diferenciado, para quien no hubiera dado su consentimiento en la relación adúltera.

El apedreamiento también era el castigo que se aplicaba cuando había reincidencia, pues cabe anotar que esta era una infracción que en la primera ocasión era castigada con azotes (POMA DE AYALA 1989, 132).

*b) Colgamiento.*- Se daba principalmente contra los jóvenes que no había cumplido el mandato de guardaban su honra y hubieren mantenido relaciones sexuales. Se plantea que la mujer sea cual fuere la forma en que hubiese incurrido en esta prohibición fuera «colgada de los cabellos o de las manos en una peña viva» (POMA DE AYALA 1989, 132). Mientras que al hombre solamente le correspondía esta sanción si él había sido el que corrompió a la mujer. En tal caso eran sancionados los dos, a pesar de que la mujer solamente haya sido víctima de la seducción, ya que como se ha dicho la mujer era siempre responsable de haber incumplido la prohibición, por tal motivo ambos eran colgados hasta su muerte.

*c) Hoguera.*- Fue considerada una forma vil de muerte y se la aplicaba a quienes hacían brujería dando «bebedizos y ponzoñas, los que matan a los indios». La férrea creencia en el misticismo y el poder de las fuerzas sobre naturales derivó a que la brujería sea fuertemente sancionada, cuando se atribuía que ésta obraba o usaba sus poderes para hacer el mal. El castigo fue tan riguroso que era extensivo a toda su descendencia para acabar con cualquier posibilidad de que cualquier miembro de la familia haya aprendido la brujería y pudiese aplicarla, escapando a ella únicamente «los niños que fuesen de teta porque no sabían del oficio» (POMA DE AYALA 1989, 217-223).

*d) Decapitación.*- Las jerarquías sociales existentes hicieron que esta sea un castigo reservado para los miembros de la nobleza, pues este no era tenido como un castigo infamante (JIMÉNEZ DE ASUA 1964, 928).

*e) Horca.*- Su aplicación era la más frecuente y se aplicaba en casos de: asesinato, aborto, incesto, sodomía; y en algunos asuntos como el incendio o el soborno a funcionarios solía ser complementada con la incineración de los cadáveres. (BASADRE 1985, 213)

f) *Descuartizamiento*.- Era una sanción de menor uso y estaba destinada a ser aplicada a los casos de traición militar<sup>38</sup>, asesinato de una persona de sangre y brujería. En este último caso Guamán Poma, advierte que el mal atribuido a la brujería debía de afectar al Inca o a las máximas autoridades del imperio. Comprobada esta situación el sujeto responsable era descuartizado y sus partes terminaban siendo utilizadas para fabricar distintos instrumentos<sup>39</sup>: de su piel «tambor [...] de los huesos flauta, de los dientes y muelas gargantilla y, de la cabeza/mate de beber chicha» (POMA DE AYALA 1989, 132), además como se ha señalado anteriormente, también el castigo se transmitía a toda su descendencia, la cual perecía en la hoguera y de la que tan sólo se libraban los niños de pecho (POMA DE AYALA, 192).

También se puede considerar que eran castigados de forma parecida quienes cometían incesto, pues para estos las disposiciones determinaban que al infractor «le sacarán los dos ojos, y le harán cuartos, y le pondrán en los cerros para memoria y castigo» (POMA DE AYALA, 133).

e) *Emparedamiento*.- Llevado a efecto sobre todo en aquellos que involucraban sentimental o sexualmente a las mujeres que tenían la calidad de ser una de las escogidas del grupo denominado de las Vírgenes del Sol, por cuanto estas ofrecían su clausura y su pureza a perpetuidad, sin que nadie, incluso ni ellas mismas, este en la atribución de vulnerar o de disponer lo que habían ofrecido a su máxima divinidad. Garcilaso de la Vega sostiene que esta sanción aunque nunca se vio ejecuta, se encontraba plenamente dispuesta para ser cumplida sin ningún miramiento, previéndose que para la mujer que era integrante de las llamadas Vírgenes del Sol y que desobedecía el mandato de conservar su virginidad fuera enterrada viva, emparedada, mientras que el hombre que se atrevía «mandaba la ley matar con el delincuente su mujer e hijos y criados, [...] parientes y todos los vecinos y moradores de su pueblo y todos sus ganados...» (GARCILASO DE LA VEGA 1986, 179).

---

<sup>38</sup> Esta forma de “castigo” se menciona que ocurrió cuando los incas vencieron a los chancas, en 1438, siendo sus principales héroes «convertidos en tambores, embutiéndolos con paja y ceniza para ser guardados en un depósito como trofeos de la victoria.» (ESPINOZA 1995, 98).

<sup>39</sup> Ejemplo de ello sería el castigo impuesto por Atahualpa quien tras vencer a los generales de su hermano Huáscar : «[I]es sacaron los ojos, los asaetaron, de sus cráneos forrados en oro hizo Atahualpa copas en que beber, y de los cadáveres de cuantos murieron en el campo de batalla mandó levantar pirámides horrendas, como un conquistador asiático.» (RIVA-AGÜERO 1966, 353).

f) *Despeñamiento*. - Aplicado a los que cometían incesto e infanticidio.

g) *Arrastramiento*. - Así como se consideraba a la decapitación como una forma digna de sanción, el arrastramiento fue tenido como la forma más infamante de muerte, y estuvo especialmente prevista para los casos de asesinato de altas dignidades.

h) *Destierro*. - Se castigaba de esta manera a los que enterraban a sus difuntos en la casa, a las adúlteras, e incluso al matador del adúltero (SOLER 1992, 108).

Existieron dos formas de destierro: una que se relaciona con la realización de trabajos forzados y otra era la expulsión de forma permanente territorio al cual el infractor pertenecía. Esta última lejos de pensarse de que el desarraigo buscará tener algún impacto en la familia del transgresor o que este representase una medida de autoprotección de la comunidad. Lo cierto es que la expulsión en esencia era el establecimiento de la pena de muerte, pero en un estado latente. Las razones eran que fuera del círculo civilizado instaurado dentro de las culturas que componían el Imperio, existieron otras culturas donde el canibalismo era practicado por distintos motivos<sup>40</sup>. Esta situación sería aprovechada por la justicia indígena incaica para castigar a los transgresores, enviándolos desterrados a la selva a fin de que sucumban ante las tribus antropófagas que el mismo Cieza de León diera testimonio directo de su existencia, al decir «[...] vi junto a mí cuatro indios, y arremetieron a un indio que entonces llegó allí, y con las macanas le mataron, y a las voces que yo di lo dejaron, llevándole las piernas, sin lo cual estando aun el pobre indio vivo, le bebían la sangre y le comían a bocados sus entrañas» (2005, 43).

### 3.4.2 Las sanciones corporales

Aunque todos los castigos impuestos en definitiva terminan siendo sanciones corporales, en este caso se hace alusión a aquellos castigos que recaían sobre la integridad física del infractor como forma complementaria o

---

<sup>40</sup> Jiménez de Asúa, refiriéndose a los motivos de la antropofagia, señalaba que esta era una práctica muy arraigada. De hecho siguiendo las observaciones que hiciera Lombroso respecto del criminal nato y el salvaje en relación a que en estos predomina el embotamiento de toda sensibilidad humanitaria, sostiene que el canibalismo «[...] podía tener muy distinta causa: costumbre, venganza, y celebración de victorias, sin que faltase la necesidad de procurarse alimento, causa de no pocas guerras entre las tribus [...]» (1964, 919).

subsidiaria de sanción, o como sanción propiamente impuesta a infracciones que por su menor gravedad no preveían que ameritara ser impuesta la pena capital, aunque por su severidad algunos terminaba produciéndola. En este sentido, se puede considerar que dentro de este tipo de sanciones corporales estaban:

a) *Despeñamiento*.- Su aplicación correspondía en los casos de incumplimiento del mandato de guardaban la honra y la integridad sexual de los jóvenes. Como se ha mencionado anteriormente la mujer en estos casos resultaba ser frecuentemente castigada con el colgamiento de los cabellos o de las muñecas, sin embargo, en el hombre se valoraba si este había caído en la seducción de la mujer. Y de así creerlo, el castigo correspondiente eran «quinientos azotes y que pase por el tormento [para luego] que le suelten de alto de una vara al lomo del dicho hombre» (POMA DE AYALA 1989, 132). Castigo que si bien en la mayoría de los casos desembocaba en la muerte del castigado, en algunos casos éste lograba sobrevivir padeciendo severas pérdidas de movimiento del cuerpo o de alguno de sus miembros.

b) *Tormento*.- Fue una verdadera forma de castigo, no pretendía obtener ninguna confesión como prueba de culpabilidad del infractor<sup>41</sup> y se lo ejecutaba en los casos de sacerdotes perjuros y borrachos. En el primero de los casos se lo encerraba con animales salvajes; mientras que en el segundo caso el castigo consistía en el aplastamiento del vientre cosa que a la final desembocaba en la muerte del infortunado bebedor (POMA DE AYALA, 222-223).

Dentro de las formas de tormento también podrían incluirse las sanciones vejatorias, como la que ocurría cuando se sancionaba la ociosidad. La ociosidad al convertirse en una de los deberes públicos, era un villipendio que ameritaba ser sancionado severamente, más no así para los, curacas, noblezas, sacerdotes que no estaban obligados a desarrollar las actividades que se imponían al campesinado o *jatunruna*. Los funcionarios del inca recorrían vigilando que se cumpla con las labores designadas o se esté desempeñando alguna actividad útil para la comunidad, caso contrario su detección era reprimida severamente. A este respecto Garcilaso de la Vega

---

<sup>41</sup> Contrariamente a lo que vendrían a implantarse en el Abya Yala a través de la Inquisición, la cual emplearía el tormento como elemento probatorio para castigar a los indígenas.

manifiesta que cuando alguien no regaba la tierra cuando le tocaba hacerlo «dábanle en público tres o cuatro golpes en las espaldas con una piedra, o le azotaban los brazos y piernas con varas de mimbre por holgazán y flojo» (1986, 222), mientras que por la Guamán Poma, señala que a los perezosos «si no lo limpiaba ni estercolaba su chacra [las mismas hiervas y malezas les] «hacía moler y revuelto con orines [...] le daban de beber» (1989, 224).

Los menores de edad también eran sometidos a tormentos con los castigos que no dejaban de ser severos. Los niños y adolescentes que si bien por sus conductas —desobedientes o malcriadas— no entrañaban mayor reproche social, la sanción impuesta era ejemplarizante. Se sentenciaba a los niños a «que los viejos que tenían muy grandes uñas traspasaba las orejas de banda a banda» (POMA DE AYALA 1989, 224), mientras que a los adolescentes eran castigados con cincuenta azotes. Tal rigidez se la aplicaba como un escarmiento que ha de recordar la disciplina que deberá guardar cuando lleguen a adultos, mientras tanto estos debían comportarse conforme las normas que mandaban para su edad<sup>42</sup>.

c) *Azotes*. - Según Guamán Poma, los azotes eran la sanción para los mentirosos, los perjuros, los sucios, los jugadores y los desobedientes o malcriados (BASADRE 1985, 213). Pero no sólo estos tipos de infracciones pues con frecuencia se aplicó de forma complementariamente a varias conductas que aparejaban la pena capital.

El apropiarse un individuo de cosas que le son ajenas, inclusive cuando estas hubieran sido halladas y no devueltas o restituidas a sus dueños, era una conducta asimilable al robo. En este tipo de conductas no se consideraba el valor ni el propietario de las cosas, bastaba que el individuo violara la propiedad de la cosa ajena, para que incurra en esta prohibición que en principio se encontraban sancionadas con quinientos azotes, ya que la reincidencia acarrearía la muerte.

En el caso del adulterio, sí uno de los dos había forzado al otro, solo este era apedreado y el otro o la otra recibía un castigo de «docientos azotes

---

<sup>42</sup> Guamán Poma así mismo señala algunas normas que debían cumplir los adolescentes diciendo que los «muchachos y a las muchachas hasta treinta años no les mandaban comer cosas de sebo, ni miel, ni vinagre, ají, ni regalos, ni consentían que bebiesen chicha hasta ser hombre o mujer de edad, hasta que tuviesen licencia de sus mayorazgos [...]» (1989, 51).

con sogas de toclla y destierro». En las relaciones sexuales entre jóvenes, mientras «el que se dejó acometerse lleva castigo azotes con choclocopa, un azote de cabuya en la punta hecho pelota, de dentro tiene piedra que le muele las entrañas; con ella le da cincuenta azotes», añadiéndose para el caso de la mujer una sanción social que determinaba que ella «nunca más se ha de casar ni ha de ser manceba en su vida»; consideración llegaba a ser muy grave ya que de por sí las mujeres eran tenidas como objetos del estado, y como tal estaban destinadas, en el mejor de los casos, a ser vírgenes del Sol o para ser dadas como esposas concubinas, a los *curacas*, guerreros, hombres del pueblo o inclusive a los *yanacunas* que eran generalmente los prisioneros de guerra que no habían sido sacrificados y que se los tenía en calidad de esclavos.

### 3.4.3 Los encerramientos en cárceles

Se puede afirmar, con rotundidad, que mientras duró la hegemonía del Imperio incaico nunca existió la privación de la libertad en lugares de internamiento como forma de sanción propiamente dicha<sup>43</sup>. Como bien lo sostiene Melossi, la cárcel fue inexistente dentro de los sistemas anteriores a la era de producción capitalista, no en tanto a su conocimiento sino en cuanto a sanción en sí misma. Recalca que si bien pudieron existir lugares de encierro, «no es correcto afirmar que la simple privación de la libertad, prolongada por un período determinado de tiempo y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento, era conocida y utilizada como pena autónoma y ordinaria» (MELOSSI y PAVARINI 2005, 19).

Es por esto que la cárcel en el incanato no debe de entenderse como un lugar de seguridad y custodia de personas que previamente fueron sancionadas, sino más bien como un sitio específico que era utilizado para llevar a efecto propósitos muy distintos. Por un lado, como lugares determinados para llevar a cabo las medidas de carácter procesal, poniendo a buen recaudo principalmente a los integrantes de la nobleza hasta que se celebre el juicio en su contra. Y por otro lado, para cumplir sanciones al estilo

---

<sup>43</sup> Incluso historiadores como Waldemar Espinoza, llegan a afirmar que Pachacuti luego de fundado e instaurado el Imperio en sus conquistas «asoló los pueblos o ayllus ayarmacas [y] Capturó al Tocay Cápac, a quien condenó a prisión perpetua.» Agregando, además, que por iniciativa del Inca Pachacuti se construyeron «cárceles duras, llamadas sancaihuasis, con finalidades sancionatorias» (1995, 104-113).

de las ordalías o juicios de Dios (ZAFFARONI 1998, 331), donde el fin no se vinculaba estrictamente con la privación de la libertad, sino más bien como medio probatorio apartado de toda investigación razonable.

En este contexto, Guamán Poma ha señalado la existencia de dos tipos de cárcel: *la cárcel de zancay* y *la cárcel de pinas*; y aunque inicialmente las encasille como castigo, la descripción que hace posteriormente de las mismas llevan a comprender que estas se encuentran desvinculadas del internamiento, pues las actividades que se llevaban en los mencionados lugares muestran el carácter esencialmente procesal que tenían estas en el Imperio incaico.

a) *La cárcel de zancay uasi*.- Según Guamán Poma, este sitio funcionaba únicamente en las ciudades donde el inca podía sustentarlo y siendo especialmente utilizada para la sanción de los traidores. Su construcción se la hacía debajo de la tierra, eran calabozos en forma de bóveda lóbregas y oscuras (1989, 217). En su interior se encerraban a los sentenciados para que sean devorados por diversos animales salvajes: serpientes, culebras ponzoñosas, tigre, buitres, cóndores, sapos, lagartos, etc.; que seguramente habrían sido cazados en las grandes cacerías multitudinarias, dirigidas y reservadas exclusivamente para el Inca (GARCILASO DE LA VEGA 1986a, 19). En estos lugares los condenado que afirmaban su inocencia tenía una oportunidad para demostrarla, como una suerte de *juicio divino*, donde el que proclamaba su inocencia debía de demostrarla encerrado con los animales en la zancay uasi, donde teniendo la suerte que de sobrevivir dos días, cosa que generalmente no debió ocurrir, el Inca lo mandaba a sacar dándolo «por libre, sin culpa; y así lo perdonaba y lo volvía la honra, y así dicen que escapaba» (POMA DE AYALA 1989, 217).

b) *La cárcel de pinas*.- Estaban distribuidas por todas las regiones del Tahuantinsuyo y como se ha mencionado anteriormente su utilidad era de carácter procesal. En estos lugares los infractores aguardaban ser sentenciados a alguna de las sanciones establecidas: muerte, azotes, destierro, etc. En estos lugares se conservaba la diferenciación de las jerarquías, para la gente del pueblo se disponía que estas permanecieran completamente aisladas del exterior, sin que les sea permitido comunicarse y solamente conformarse con la alimentación esencial. En cambio para los

señores de las castas de mayor jerarquía que habían sido previamente apresados por los alcaldes de corte (POMA DE AYALA 1989, 130), en estos lugares a más de mantenerlos a buen recaudo, se les permitía tener las atenciones que por nobles merecían. Dejando en evidencia la desigualdad de clases existente, pues para el común de los indígenas era una medida cautelar de aislamiento, mientras que para los nobles el aislamiento no estaba previsto ya que no estaban prohibidos de ser visitados y mucho menos de disminuir las atenciones a las que su casta tenía acceso.

No obstante, fuera de las formas de cárcel señaladas por Guamán Poma, debe mencionarse la presencia de sanciones y costumbres que objetivamente representaban privaciones de libertad para quien las cumplía. En el primer de los casos se menciona la forma que tomaba el destierro en algunos casos —como en el adulterio o enterramiento de los difuntos en las casas—, donde existía la posibilidad de que este sea diferenciado tanto para la mujer como para el hombre. Así para la mujer se preveía el destierro a los templos para que sirvieran en estos lugares de adoración durante toda su vida, mientras que para los hombres, en cambio, el castigo consistía en desterrarlos enviándolos a una suerte de trabajos forzados, en las minas, sembríos de coca, o cualquier lugar que lo requiriese. También se debe de anotar como forma de privación de libertad, las movilizaciones colectivas que se imponían como sanción a las poblaciones que incurrían en rebelión, pues a estas se les castigaba trasladándoles «a territorio que se hallase entre poblaciones leales y en obligarles a llevar indumentarias especiales» (ZAFFARONI 1998, 332).

En el segundo aspecto referido puede ejemplificar el caso de las mujeres que quedaban viudas. A estas la tradición imponía que debían quedar encerradas en sus casas y tapadas la cara por el tiempo de seis meses, período que una vez concluido debía complementarlo con un año adicional de luto, siendo advertida de al no tener marido su destino era ser eternamente viuda ya que se mandaba a que esta no se junte en convivencia con nadie (POMA DE AYALA 1989, 131-132).

#### **3.4.4 Las sanciones deshonorosas**

Estas sanciones al igual que las corporales podían ser impuestas de forma principal, accesoria o encontrarse contenidas en la misma calificación del



castigo. Y aunque pueda parecer que estas eran tenidas como menos rigurosas e irrelevantes frente al resto de castigo, lo cierto es que eran, también, tenidas como muy afrentosas sobre todo para las castas dominantes (BASADRE 1985, 214).

Para la nobleza al ser una casta intocable los reproches públicos representaban como la pena capital para el pueblo. Las sanciones consideradas como deshonrosas para estos principalmente se relacionaban con la destitución de los cargos que ostentaban, con la destrucción de momias de antepasados y con la supresión del recuerdo del condenado de la memoria colectiva<sup>44</sup>.

Por otro lado, para el pueblo entre las sanciones deshonrosas más comunes estaban: el corte de cabello, exposición a la vergüenza, amonestaciones públicas (ZAFFARONI 1998, 332); Y por añadidura, aquellos castigos que implicaban la destrucción de los cuerpos de los condenados. Ya sea cuando estos eran quemados, descuartizados o se dejaban los restos expuestos a los animales. Hecho que era muy deshonroso por cuanto se dejaba sin la celebración de los rituales mortuorios respectivos, lo que significaba que los condenados quedaban impedidos de entrar en el mundo de sus antepasados en la otra vida.

### **3.5 La agravación y atenuación de las sanciones**

La justicia incaica a pesar de ser inquebrantable y rígida por la majestad del Inca que ella representaba, en determinados casos y ponderando ciertas circunstancias los jueces tenían la posibilidad de variar la responsabilidad de los infractores (SOLER 1992, 107). Esta situación permite plantear que dentro de la justicia indígena incaica existieron factores que influían al momento de imponer la sanción ya sean agravándola o atenuándola.

En el primer caso, para la agravación de la sanción se tenían en cuenta la calidad de la víctima, la gravedad de la infracción y la reincidencia.

---

<sup>44</sup> Ejemplo de ello es la sanción de suprimirlo de la historia oficial del Imperio a un Inca. Sanción que era considerada como la más grave que se podía aplicar a un soberano. Ni la pena de muerte mediante suplicios se podía considerar equiparable a este tipo de sanción, prueba de ello es lo sucedido con el Inca Urco, a quien Cusi Yupanqui mando a que sea relegado al olvido.

a) *La calidad de la víctima.*- La jerarquía social origino un agravamiento en el establecimiento de las sanciones, pues en vista a esta se valoraba tanto la calidad de la víctima como la gravedad de la conducta. En el primer caso, la víctima privilegiada que cualificaba la infracción, era principalmente el Inca o la nobleza del reino, en estos casos al infractor, sin más, se le imponía la pena de muerte por muy insignificante que resultase ser el hecho. En otros casos como en el aborto la sanción se encontraba agravada en razón del sexo del feto, puesto que si era hombre la sanción era la muerte; mientras que si era mujer la pena se fijaba en «doscientos azotes» y el destierro (POMA DE AYALA 1989, 131).

b) *La gravedad de la infracción.*- En este caso y paralelo al anterior, si la conducta a más de afectar a las clase noble o al propio Inca era considerada dentro de las de mayor gravedad, no solamente que al infractor se le agravaban los suplicios de la sanción, sino que este agravamiento ampliaba el número de partícipes<sup>45</sup>, puesto que se llegaba al extremo de no sólo involucrar en el castigo a los miembros de la familia sino a los antepasados del infractor, ya que no era de extrañar que por el misticismo existente se violasen tumbas<sup>46</sup> para incorporar en el castigo a sus ancestros, deshaciendo los restos que quedaban de ellos (BASADRE 1985, 208). Por otro lado, estaban los hechos que sin ser graves para la comunidad buscaban reprender por la omisión del deber que tenía principalmente el padre con sus hijos, es el caso de las infracciones cometidas por menores de edad, donde el agravamiento de la sanción se representa por la extensión del castigo hacía el padre, el cual debía responder por no haber cumplido con la obligación de enseñar a su hijo comportarse conforme a los valores y requerimientos acordes al orden establecido, ya que como afirma Sebastián Soler, los padres tenían hacía los hijos un deber especialísimo de instrucción en lo concerniente al conocimiento de las leyes (1992, 108).

---

<sup>45</sup> Maine considera que las depravaciones del individuo en una sociedad primitiva, son vinculados a los méritos y faltas del grupo del cual procede. En este sentido sí la infracción es de considerable gravedad para el orden social, su descendencia sería igual de responsable por cuanto «El crimen es un acto colectivo y sus consecuencias se extienden al mayor número de personas que las que han tomado parte en él» (MAINE 1893, 90).

<sup>46</sup> El castigo a los difuntos en sus sepulturas se lo hacía por el gran significado que estas se les confería. Se dice incluso que prestaban tanta dedicación a las sepulturas que a veces sus viviendas lucían descuidadas en comparación con aquellas (CIEZA DE LEÓN 2005, 156-157).

c) *La reincidencia.*- En las culturas anteriores a la aparición del Estado se comenta que era desconocida la valoración de la reincidencia, no porque no existiesen conductas reincidentes sino porque esta situación no era tomada en cuenta a la hora de retribuir el daño cometido. Más sin embargo, con los Incas la reincidencia era ampliamente considerada para la agravación de una sanción. Se mantenía como una advertencia latente a quien había cometido alguna conducta prohibida leve con anterioridad, por cuanto no existía reincidencia en lo que se refiere a comportamientos graves toda vez de que estos siempre eran sancionados con la pena capital. Claro ejemplo de esta agravante se da en cuanto a la reincidencia e los menores de edad, por cuanto la sanción que se contemplaba por primera vez cuando este incurría en el incumplimiento de su obediencia, era el azotamiento que podía variar en cantidad según la falta incurrida. Pero la cuestión era distinta y determinante cuando este reincidía, pues al no haber escarmentado con la sanción de azotes, se disponía que sin importar su minoría de edad estos fueran «desterrados a las minas de plata o de oro» (POMA DE AYALA 1989, 132).

En cuanto a la atenuación de las sanciones, en las iniciales culturas dirigidas por el consejo de ancianos, es decir aquellas conformadas por cazadores y recolectores de alimentos, era inexistente puesto que en estos grupos étnicos, no se encontraron en la capacidad para realizar una apreciación que no vaya más allá de la mera valoración objetiva de los hechos desvalorados. Con lo cual no era de extrañar que sus respuestas vindicativas vayan dirigidas sin ninguna consideración contra: dementes, menores de edad, animales e incluso objetos<sup>47</sup>.

Contraria a esta realidad, y aparejada ineludiblemente a un período histórico más desarrollado, estuvieron varias civilizaciones que previa a imponer la sanción consideraban diferentes circunstancias que no se relacionaban objetivamente con el hecho sancionado sino más bien a aspectos propios del infractor. Sin que por esto se lleve a afirmar que existía una obligatoriedad de valorar en todos los casos factores que sean

---

<sup>47</sup> Situación que no ocurría solamente en el Abya Yala, puesto que en el mundo occidental desde el siglo XIII al XVII, a decir de Eugenio Zaffaroni, los juicios a animales «fueron frecuentes [...] especialmente a cerdos que habían matado o comido a niños» (ZAFFARONI 2011, 30).

predeterminados en el infractor, no existía reglas preestablecidas ara este y otros asuntos similares, la aplicación era más casuística ya que se debe recordar que lo que existía era una justicia muy violenta que buscaba intimidar y más no reparar el daño cometido.

Dicho esto, es necesario resaltar que los Incas consideraron algunos elementos personales que influían a la hora de imponer la sanción y consecuentemente atenuarla. Tal es el caso de la *minoría de edad*, pues los comportamientos impropios llevados a cabo por menores de edad, si bien no estaban exentos de culpa, tenían una sanción atenuada, por cuanto los Incas a decir de Garcilaso: «[r]espetaban la edad que tenía para quitar o añadir de la pena, conforme a su inocencia» (1986, 85-86). Inocencia que la atribuían a su inmadurez, pues sus comportamientos eran propiamente los que podrían calificarse como «travesuras de muchachos» que de por sí eran ya sancionados de manera menos severa, máxime si se considera de que la pena capital se encontraba establecida para un gran número de comportamientos inclusive por ínfimos que fueran.



## CAPÍTULO II

### El derecho penal de la monarquía absoluta y sus repercusiones sobre los pueblos indígenas

#### 1 Introducción

La versión oficial sobre el descubrimiento de América no deja de ser llamativa por el misterio que existe en su narrativa. En ella se entrelazan los hechos verídicos con varias leyendas de sus principales protagonistas, de los cuales Cristóbal Colón no se encuentra ajeno a este cumulo de especulaciones<sup>48</sup> puesto que en la biografía de este enigmático hombre no sólo caben las leyendas, hazañas, o intensiones de expansión del cristianismo que se tejieron en su nombre, sino también los prejuicios y las ansias de riqueza que motivarían su atrevido y polémico descubrimiento<sup>49</sup>.

La llegada de Colón y la implementación de un nuevo orden social sustentado en la servidumbre y la esclavitud, trajo consigo el mayor genocidio de la sociedad humana (TODOROV 1998, 14) que acabo con la vida de millones de indígenas y arruino el desarrollo natural de sus civilizaciones, todo porque a tierras indígenas había llegado el sello de una «civilización devastadora» (MARTÍ 2005, 8).

De los dos países, España y Portugal, que se lanzarían a explorar y conquistar el desconocido mundo ultramarino, la empresa que mayor connotación alcanzó fue la organizada por España al mando del enigmático Cristóbal Colón. En efecto, este navegante tras acordar con los Reyes Católicos las capitulaciones que le conferían los títulos y demás privilegios a recibir en caso de concretar su objetivo, salió de Granada lleno de promesas y esperanzas pero también con ansias de aventura y sed de descubrimiento como habría de ser el sueño común de los navegantes del viejo mundo desde

---

<sup>48</sup> Lo enigmático de su vida surge desde la fecha y el lugar de su nacimiento, pasando por cuestionar si él navegante antes de su proclamado descubrimiento había ya estado en tierras americanas o incluso llegando a polemizar no solo sobre la miseria en la que se encontraría a su muerte, sino también sobre las interpretaciones de la firma sentada en su testamento de índole triangular

<sup>49</sup> La polémica sobre si Colón era el descubridor del Nuevo Mundo, fue zanjada en la obra Antonio de Herrera y Tordesillas, quien con una postura intermedia entre descubrimiento y casualidad sostendría que lo que verdaderamente hubo fue un *descubrimiento fortuito de América* (FERNÁNDEZ 1989, 145).

que estos «comenzaron a utilizar el poder del viento, el poder del agua y la fuerza explosiva de la pólvora» (BASADRE 1956, 215).

Llegado Colón a una de las islas de los Lucayos, que los indígenas denominaban Guanahani, rompía doce años de indiferencia e inclusive burlas que había despertado su audaz proyecto que no había encontraba sintonía con los conocimientos que marcaban la hegemonía en tierra firme<sup>50</sup>. Sin embargo, su llegada era solo el inicio de lo que estaba por producirse, puesto que apaciguada la euforia del momento, y retomada la confianza de su tripulación que por momentos estuvo perdida ante la incertidumbre de encontrar tierra, Colón tomó posesión de los territorios llamando a sus capitanes y al escribano que iba a bordo, a fin de que dieran fe y testimonio de que se tomaba posesión de los nuevos territorios en nombre de los Reyes Católicos «como modo de adquirir el dominio (*occupatio*) en su modalidad de *insula in mari nata*» (MATA 2010, 67) .

El acontecimiento sucedido sería de tal magnitud que los historiadores de la época no tardaron en hacerse eco de la grandeza de esta hazaña. Los recursos de sus argumentos serían provenientes de la información que iban obteniendo del suceso, sea por la apreciación directa de los hechos o simplemente por el relato de los múltiples expedicionarios que regresaban después de realizar su cometido<sup>51</sup>. Cualquier información resultaba ser valiosa para reafirmar que este hecho constituía algo sin parangón, algo que «ni siquiera los efectos de la conquista de los tesoros persas que Alejandro Magno volcó sobre el mundo helénico» (GALEANO 2004, 22), podían ser lo suficiente estimables para cotejarlo con lo que había ocurrido el 12 de octubre de 1492.

Con la llegada de Colón al Abya Yala, se marcaba el acontecimiento más crucial y determinante en la historia de dos civilizaciones, pues si bien

---

<sup>50</sup> Hay que señalar que hasta ese momento en el saber de los hombres de ciencia no encajaba la redondez de la tierra, por tanto cualquier aventura más allá de las aguas conocidas del océano, generaba una incertidumbre que inclusive hacía creer que tras el majestuoso horizonte, en el que se juntan el cielo con el mar, lo que predecible era que haya una caída al vacío o un descenso del que no habría fácil retorno.

<sup>51</sup> Entre estos historiadores esta López de Gómara, que sin conocer presencialmente América y basándose en relatos de los navegantes, entre los que estaban los de Cortés, escribió su obra *Historia general de las Indias*; la misma que a su culminación, en 1522, la dedicaría solemnemente al emperador Carlos V, señalándole la importancia que representaba este acontecimiento, ya que para Gómara «la mayor cosa después de la creación del mundo, sacando la encarnación y muerte del que lo creó, es el descubrimiento de las Indias» (1999, 7).

inicialmente estas habían sido completamente desconocidas, los sucesos que se desarrollarían con posterioridad en su gente y en sus territorios los dejarían estrechamente vinculadas por largos siglos, en los cuales maliciosamente la vida, dignidad e la imagen de los indígenas se iría deteriorando a pasos agigantados. Pronto solamente una sombra quedaba de la pasividad, inocencia, humildad, bondad y demás virtudes apreciadas en un primer momento en la inmensa generalidad de los aborígenes. Sobrepasadas las benévolas apreciaciones hechas sobre los indígenas, estos rápidamente fueron violentados y controlados por los españoles, Iniciándose con este acontecimiento el cataclismo que truncaría el desarrollo natural de las diversas sociedades que desde hace miles de años habían estado asentadas en territorios compartidos por todos; y que a raíz de la llegada los invasores estos se privatizarían en favor del peculio personal de cada aventurero, debido a que estos pasaron a ser los absolutos dominadores de las tierras conquistadas.

La actividad llevada por los desembarcados en el Abya Yala no era despreciable, la ingente dominación y explotación que lo españoles llevarían sobre los indígenas permitió que la metrópoli experimente, aunque sea momentáneamente, un mejoramiento económico que permitió mostrar el poderío español que se estaba consolidando frente a los demás países europeos tras el proceso de reconquista que finalizó en 1492 con la toma de Granada y su anexión a la Corona de Castilla por parte de los Reyes Católicos impostura.

De ahí que el criterio impuesto sobre cualquier realidad fue por mucho tiempo únicamente el descrito por los conquistadores, los cuales terminaban por presentar a los aventureros como modelos de todas las virtudes<sup>52</sup> que habían llegado al Nuevo Mundo para civilizar e impartir la fe cristiana a los salvajes e inhumanos habitantes de aquellas tierras, porque el «dominador se cree siempre portador de un mensaje *universal*; su revelación a otros pueblos es, según él, un bien impagable que justifica con creces el dominio. La expansión de la única religión verdadera o de la civilización se puede presentar

---

<sup>52</sup> Defendiendo estas imposturas se puede mencionar a los historiadores como Ramón Menéndez Pinal con *Mis páginas preferidas* y más recientemente a Julián Marías con su obra *España inteligible, Razón histórica de las Españas*, quienes coinciden en ver en los conquistadores como forjadores de una hazaña guiada por el altruismo, sin otro deseo que cristianizar a los barbaros y llevarlos a la civilización que ellos traían.



como la cara benéfica del colonialismo, sólo porque se considera de validez universal» (VILLORO 1998, 141).

Es así que la falta de fidelidad de los hechos, en las obras que se recogían en esos tiempos, se propendió a generalizar la infravaloración de los pueblos indígenas. El salvajismo, la herejía y la incivilidad, fueron los adjetivos progresivamente utilizados para referirse a estos, circunstancia que negativamente terminaría convirtiendo a los indígenas en enemigos de la noble causa que significaba para occidente la conquista; encubriéndose la lúgubre intención que se direccionaba y hundía sus garras en el enriquecimiento y apropiamiento del oro existente en los aún inexplorados territorios.

La existencia de las grandes cantidades de metales preciosos despertaba un tenaz interés en España, incluso se podría inferir que desde un principio estas fueron las motivaciones que marcaron lo que Colón había de buscar en estos territorios<sup>53</sup>. Se dice que él estaba plenamente convencido de la abundante e inagotable existencia de oro en esos territorios, por las lecturas que habría hecho del *Libro de las maravillas* de Marco Polo (DELACAMPAGNE 1983, 22), en cuyas páginas este legendario navegante aseguraría que en esos territorios desconocidos habría de encontrarse abundante cantidad de oro y de perlas rosadas que por su gran tamaño y color tendrían un mayor valor que las perlas blancas (GALEANO 2004, 27).

La constancia o prueba de su ávido interés por el oro es sin duda el diario de sus viajes. En este se puede apreciar la ambición o fascinación que, por este escaso y preciado metal, sentía el enigmático navegante<sup>54</sup>. Las continuas referencias a este preciado metal hacen pensar que esta era la meta o el objetivo perseguido inicialmente, ya que con posterioridad la duda desaparece por ser evidente que el motor impulsor de los posteriores viajes de

---

<sup>53</sup> Todorov Tzvetan haciendo una lectura exhaustiva de los diarios, cartas e informes escritos por Colón, considera que a pesar de estar expresamente registrado en esos documentos las ansias de encontrar oro, no es suficiente para afirmar que éste haya sido el móvil esencial. Sostiene que a Colón «si le importa la riqueza, es porque significa el reconocimiento de su papel de descubridor; pero prefería para sí el burdo hábito de monje. El oro es un valor demasiado humano para interesar verdaderamente a Colón [...]» (TODOROV 1998, 19).

<sup>54</sup> En su diario se encuentran referencias de este precioso metal desde el día siguiente de su llegada, escribe que «Determiné [...] ir al Sudeste a buscar el oro y piedras preciosas» (*Diario*, 13.10.1492). [...] «Y creía el Almirante que estaba muy cerca de la fuente, y que Nuestro Señor le había de mostrar donde nace el oro» (17.12.1492; pues en esa época el oro “nace”)» (TODOROV 1998, 18).

conquista se lo hacía únicamente por la obtención de cuantiosos beneficios económicos y sociales que se ofrecían y que solamente fueron posibles mediante el sangriento despojamiento de las riquezas y territorios de los pueblos indígenas, a través de la guerra y la esclavización.

## **2 El Derecho penal de la Monarquía y la tripulación de Colón**

La intervención de los reyes Católicos en la organización<sup>55</sup> de la empresa de Colón no sería netamente de índole económico, sino también su accionar es captado desde el punto de vista político mediante la cesión de atribuciones de orden administrativo, económico y militar, que esperaban ser retribuidos posteriormente con el ensanchamiento de sus dominios políticos y los beneficios económicos que se pudieran de estos derivar para la Corona.

Se menciona que el 12 de mayo de 1492 Colón luego de que estuviera reunido con los Reyes Católicos firmando las capitulaciones que le conferían los títulos y demás privilegios que se mantendrían latentes hasta conseguir su objetivo, salió de Granada pletórico de promesas y esperanzas pero consiente de que le «faltaba lo más arduo tal vez: buscar la gente, más dinero y los navíos capaces de enfrentarse con el Mar Tenebroso» (TAYLOR 1989, 55). Sin embargo, su preocupación respecto de la gente que habría de aventurarse en su empresa sería aplacada sin mayores inconvenientes por la buena acogida que tuvo su intrépido proyecto entre los súbditos de la Monarquía.

Las motivaciones particulares que movieron a cada miembro de la tripulación fueron lo suficientemente fuertes como para ignorar que esta empresa desde sus iniciales planteamientos había sido desestimada por la Junta de Salamanca por temeraria, oscura y contraria a los designios de Dios. Lewis Hanke sostiene que si bien las aspiraciones de cada hombre variaban, estas terminaban gravitando solamente entre dos polos: el económico y el religioso pues, considerando lo que se sabe de la conquista, afirma que la gente que se embarcaría rumbo a América «fueron a veces tan misioneros como los fieles más devotos. Unos cuantos eclesiásticos fueron tan mundanos como Pizarro en su búsqueda de riqueza y de una vida fácil en América.

---

<sup>55</sup> Pocas serían las ocasiones en que la Corona intervenga en la organización de viajes al Nuevo Mundo. Tras el viaje de Colón solamente se cuentan «la expedición de Pedrarias Dávila organizada entre 1513 y 1514 y la expedición de Magallanes» (DOUGNAC 1994, 55).

Muchos españoles, sin embargo, representaron ambos motivos» (TAU y MARTIRE 2005, 58).

En tal virtud las expectativas que impulsaron a cada uno de esos hombres a embarcarse se sobrepusieron a los múltiples vaticinios que oscurecían ese viaje. Las plazas para esta empresa descubridora fueron cubiertas casi en su totalidad, de no ser por la falta de cuatro hombres para alcanzar el número requerido de tripulantes. Interviniendo aquí nuevamente la corona haciendo gala de su poder y cubriendo las plazas faltantes con hombres que se encontraban condenados<sup>56</sup> por la justicia penal.

Es así que la tripulación estaría conformada, por tres clases de tripulantes: primero, los hombres experimentados que tenía un conocimiento técnico de las corrientes marinas y de la dirección de los vientos, segundo, los tripulantes que tenían una menor o ninguna especialización en las tareas dentro de las embarcaciones y tercero, aquellos hombres que tenían la calidad de criminales<sup>57</sup> y que la corona perdonó la vida a cambio de embarcarlos, a la fuerza, en las carabelas aventuraras (TAYLOR 1989, 58), no como una muestra de indulgencia sino como una mera conmutación de su pena<sup>58</sup>, ya que estos debían de regresar a España una vez cumplido el tiempo de servicios prestados en favor del rey.

Por otro lado, también debe considerarse que dos de las carabelas que tuvo a disposición Colón fueron conseguidas mediante un castigo impuesto por la Corona a los habitantes de Palos. La orden señalaba que dichos habitantes debían de servir al rey con dos carabelas armadas a su costa por dos años. El castigo que motivaba la exigencia de los Reyes, eran por unos daños contra Diego de Lepe que era familia de los Pinzón y que por su influjo en la marinería

---

<sup>56</sup> En este caso uno solo de estos, Bartolomé Torres, habría sido condenado por homicidio, mientras que los otros eran culpables de planear la fuga de prisión de un amigo en común. La utilización de criminales para los viajes al Nuevo Mundo sería utilizada hasta el año de 1510, fecha en la que se prohibiría el acceso de este tipo de personas a América, mediante Real Cédula suscrita por Juana *la Loca*.

<sup>57</sup> El 22 de junio de 1497 se autorizó formalmente la permisibilidad de que pasaran al Nuevo Mundo cualesquiera los delincuentes castellanos varones, con excepción de los condenados por delitos de herejía y lesa majestad (TOMAS Y VALIENTE 1983, 332).

<sup>58</sup> Cabe indicarse que esta conmutación temporalmente no se la podría relacionar con la de galeras puesto que la pena e galeras aparece con posterioridad al descubrimiento de América, implantada por ley de Fernando de Aragón en el año de 1510 y regulada con posterioridad por el emperador Carlos V mediante pragmática de 31 de enero de 1530, considerada como la primera disposición reguladora de los servicios forzosos de remo (LAS HERAS 1991, 304).

de la villa es muy posible, a decir de Taylor, que los hermanos pinzón hayan terminado de pagar el costo de la expedición (TAYLOR 1989, 58).

En este contexto y apreciándose el amplio poder político que el matrimonio de los reyes católicos consiguió, tras la unión de las coronas castellana y aragonesa en 1469, se puede considerar que el primer aporte significativo de la monarquía española fue el de autorizar la realización del viaje de Colón, completar la tripulación con condenados y por medio del cumplimiento de una sanción penal poner a disposición de Colón dos de las tres carabelas que zarparían rumbo a lo desconocido.

Cabe señalar que a finales del siglo XV coincidente con el proyecto del viaje de Colón, los Reyes Católicos se hicieron con el control de la administración de justicia, siguiendo los pasos iniciales de unificación del derecho llevado adelante por Fernando III y Alfonso X, después de un gran período de dispersión normativa. Su actuación permitió mermar la aplicación: local, consuetudinaria y autónoma del derecho penal de los siglos medievales, imponiendo la supremacía de un *Derecho penal real* que pasaba a tener un amplio poder de definición capaz de fijar los actos que tendrían la calidad de delitos y la pena que debían de soportar quienes los cometiesen. Actividad que no sería fácil cumplir por la interpretación que tendrían las leyes reales en cada localidad, toda vez de que la uniformidad de las leyes penales se vería entorpecida por las costumbres de cada lugar y la discrecionalidad que tenían las autoridades, presentándose un matiz localista a las diferentes penas y formas de ejecutarlas (TOMAS Y VALIENTE 1969).

No obstante, a pesar de estas dificultades y las luchas que existieron por la vigencia tanto del viejo como del nuevo derecho penal real, lo evidente es que el triunfo se lo llevaría la realeza que supo instrumentalizar bien sus leyes penales como un mecanismo para consolidar su autoridad sobre las prerrogativas que disfrutaban la burguesía municipal y los señores feudales, apuntalaba de esta manera la estructura de un estado concentrador del poder que no tenía más límites que los que se impone a sí mismo.

A pesar de la poca claridad que la monarquía tenía a la hora de plantear el establecimiento y configuración de los delitos y las penas, sus leyes debían de ser observadas incluso por el mismo rey en el tratamiento de un conflicto,

pues el rey «no podía imponer su voluntad sin tomar ninguna cosa disputada, aunque le perteneciera, antes de que el súbdito fuera oído y vencido de acuerdo con el derecho» (TAU y MARTIRE 2005, 46).

Para el cumplimiento del Derecho Penal real se hizo necesario que surjan instituciones que se encuentren bajo su dependencia y que sean encargadas de aplicar sus leyes, puesto que desde el instante en el que *ius puniendi* se convierte en una atribución monárquica, estos pasan a ser los encargados de tutelar el orden público y la paz dentro de sus reinos, debiendo de actuar y neutralizar la pervivencia del binomio ofensa-venganza mediante la aplicación de «la ley real y de los oficiales y jueces nombrados por el monarca» (TOMAS Y VALIENTE 1969, 25).

Las atribuciones que pasan a tener los reyes desde el momento que se conforma un Derecho penal real, obligó a que su interés se centre en lograr la obediencia a sus oficiales de justicia. Para que esto suceda los reyes no desestimaron respaldar las actuaciones de éstos funcionarios, incluso cuando sus decisiones se confrontaban con la jurisdicción eclesiástica que mantenía una jurisdicción especial llegando inclusive a expulsar a algunos clérigos por propiciar reclamaciones, que los Monarcas las estimaban como atentatorias a su poder de impartir justicia. La jurisdicción real se impuso claramente sobre la iglesia<sup>59</sup>, su poder empezaba a desplazar cualquier orden jurisdiccional establecido anteriormente, imperando sobre todos la ley y la voluntad de los monarcas, a pesar de que la monarquía se empeñaba en proteger la fe cristiana y hacer tarea suya la persecución de quienes la afectaban de alguna manera. Por ello es que los Reyes Católicos para conservar la pureza de la religión católica, se valieron de dos instituciones: la Hermandad o Santa Hermandad (1476) y la Inquisición española (1478). Esta última que sería la que «en 1492 bajo la dirección de Tomás DE TORQUEMADA (1420-1498); este reino la impondría en América, primero en Lima en 1570 y luego en México en 1571» (ANITUA 2005, 25), pero sin jurisdicción sobre los crímenes

---

<sup>59</sup> Para Baneyto Juan un patente ejemplo de esta situación se refleja en el enfrentamiento que la reina tuvo con el arzobispo de Toledo, en 1485, hecho en el que la reina manifiesta la amplitud de su jurisdicción diciendo que «la jurisdicción superior de todos sus reynos era suya, et por esta superioritat de sus ofiçiales tenían jurisdicción en qualquier lugar de sus reynos donde estouiesen, aunque fuese de Iglesia o de qualquier de las Ordenes, o en otra qualquier tierra que touiese preuilegio de los reyes, con qualesquier prerrogativa y asençiones [...]» (TOMAS Y VALIENTE 1969, 31).

contra la fe cometidos por los indios, pues dichos asuntos quedaban sometidos a las vistas de idolatría que a fin de cuentas serían el equivalente a la inquisición para los españoles, debido a que estas se formaron como auténticos tribunales encargados de investigar y castigar a quienes atentaran contra los dogmas cristianos. Por ello es que se puede decir que en América a pesar de que la Inquisición fue sistema penal dominante durante la conquista y colonización, resulto ser «considerablemente menos cruel y cruenta que en aquellas formas de juzgamiento que imperaron en Europa durante la Inquisición, sobre todo si nos referimos a la Inquisición española» (STRUENSEE y MAIER 2000, 19).

Sin embargo, los monarcas no contaban con una legislación que permita una aplicación adecuada de las normas jurídicas que den precisión a su *ius puniendi*, por lo cual en sus inicios optaron por dar vigencia al orden de prelación legal fijado por don Alfonso XI en las Cortes que se habían reunido en 1348 en Alcalá de Henares (ZAFFARONI 1998, 353). Este ordenamiento de leyes establecía que primeramente se habría de aplicar las leyes sancionadas en Alcalá conocidas como el *Ordenamiento de Alcalá*; le seguirían a estas la aplicación de los fueros en cuanto estuvieran en uso, subsidiariamente, se aplicarían *Las Siete Partidas*<sup>60</sup> formuladas en el reinado de Alfonso *El Sabio* en 1263; «y en último término se estaría a la interpretación que diera el rey en caso de duda o silencio de las disposiciones citadas» (TAU y MARTIRE 2005, 48).

Según menciona Eugenio Zaffaroni, este *Ordenamiento* duraría hasta 1485, tiempo en que por la confusión legislativa y la falta de vigencia de las Partidas se publicaría las *Ordenanzas Reales de Castilla*, las cuales posteriormente serían superadas secuencialmente por: las *Leyes de Toro* de 1505; después *la Nueva Recopilación* de 1567; y finalmente, ya sin ninguna injerencia en el Nuevo Mundo, la *Novísima recopilación* de 1805 (ZAFFARONI 1998, 355-357).

---

<sup>60</sup> Siete fueron las Partidas en las cuales Alfonso el Sabio dividió su famosa compilación, clasificándola de la siguiente manera: la Partida I, se ocupa de Derecho Natural y Canónico; la Partida II, del derecho público; la Partida III, lo concerniente a la administración de justicia; la Partida IV, del Derecho de Familia; la Partida V, de las obligaciones y contratos; la Partida VI, del derecho sucesorio, y la Partida VII, dedica al proceso penal y procesal.

Dentro de las primeras *Ordenaciones*, la pena corporal fue la consecuencia común para quienes cometían delitos, y Colón como hombre de su tiempo ya desembarcado en América no iba a desconocer las usuales formas de castigo, aplicándolas tanto a los indios como a su propia gente, a la cual sin contemplación desterraba, mutilaba, azotaba e incluso esclavizaba como castigo<sup>61</sup>. Y es que en tiempos de la Conquista de América se mantenía la idea de que el cuerpo del condenado debía de convertirse en el reflejo de la gravedad de su acto, el receptáculo de la violencia legal que trataba de equiparar el daño en el cuerpo del culpable.

Entre los diversos castigos que se imponían por el cometimiento de algún hecho constitutivo de delito, la pena de muerte fue la sanción que tuvo predilección en los jueces de la época. Su aplicación no era uniforme, las formas y los diferentes instrumentos que podía emplearse antes de causar la muerte de quienes infligían o transgredía las normas, eran muy variadas tanto en su diseño como en el nivel de sufrimiento que estos producían.

Sin embargo, la diferenciación social existente y la consiguiente producción de élites, que no estaban sometidas directamente a las formas de control y dominación que se hacía para el pueblo, influyó decisivamente para que en la sanción también se hagan distinciones: así por ejemplo, la decapitación quedaba reservada para toda la nobleza castellana, frente a otra forma de muerte que era la horca considerada como un castigo infamante destinado al común de los plebeyos, y que con el advenimiento de la modernidad<sup>62</sup>, ésta comenzaría a salir de las arboledas de la comarca y pasaría a ser ejecutada sobre estructuras especialmente construidas para estas ejecuciones y que consistían «en un marco de maderos sobre el que se apoyaba una escalera de mano suficientemente ancha para que por ella pudiera ascender el verdugo y el maniatado reo» (ESLAVA 1993, 150).

---

<sup>61</sup> Así lo considera Consuelo Varela quien sostiene que en el gobierno de Colón: «Por un pedazo de tocino añejo, por un vaso de vino fueron azotados nueve hombres metidos en una trailla. Mayor castigo recibían los que traficaban con el hambre de sus compañeros, como Vanegas o Gallego, que fueron ahorcados por vender alimentos de la alhóndiga. Otros por la misma pena fueron desterrados, desorejados, desnarigados e incluso esclavizados, como le ocurrió al pobre Luquitas» (VARELA 2006, 265).

<sup>62</sup> La modernidad a decir de Dussel se inicia desde que «Europa pudo confrontarse con "el Otro" y controlarlo, vencerlo, violentarlo; cuando pudo definirse como un "ego" descubridor, conquistador, colonizador de la Alteridad constitutiva de la misma Modernidad» (1994, 8).

Los cadalsos<sup>63</sup> serían las estructuras comúnmente diseñada para realizar *legalmente* el ahorcamiento de quienes, generalmente, no tenían ninguna pertenecía a las castas nobles porque, como se ha dicho, la ejecución en la horca era un castigo considerado como infamante al que los nobles se reusaban ser castigados con esta pena, por ello es que cuando así eran sentenciados estos tenían la prerrogativa de que les sea permutada por la pena de garrote (TOMAS Y VALIENTE 1969).

La frecuencia del uso de la horca condujo a que este sistema de sanción sea redefinido. Las sentencias tanto en la Metrópoli como en América, entre los siglos XVI al XVIII, ya no hacían referencia literal a la muerte por ahorcamiento, se llegó a sobreentender que cuando las sentencias establecían «muerte ordinaria» o si mencionaban en la «forma ordinaria» se estaba directamente refiriéndose a la muerte por horca (TOMAS Y VALIENTE 1969, 383-384).

La aplicación de la horca no se limitaba a que los delincuentes muriesen colgados por el cuello, sino, su ejecución era concomitante con la aplicación de suplicios añadidos a la ejecución. Los ajusticiados por medio de la horca, podían ser colgados de cualquier parte de su cuerpo —pies, brazos, testículos, etc.—, con el fin de prolongar el tormento al cual estaba destinado. No era de extrañar que mientras el condenado colgaba, se utilicen otros medios para hacer más infamante el castigo. Se menciona que frecuentemente debajo del infortunado se colocaban brazas o animales para que lo devorasen mientras seguía con vida, viéndose en algunos casos cerrado este brutal ritual de justicia con la aplicación del descuartizamiento del condenado cuando este todavía conservaba un poco de aliento.

En el Nuevo Mundo incluso la horca simbolizaría un acto de posesión de los territorios, como el que efectuaría Díaz Solís ante el avance de los portugueses, pues la Corona dispondría que se efectuara aparte de las formalidades comunes de la toma de posesión, la construcción de una horca como representación de su dominio y su poder jurisdiccional:

---

<sup>63</sup> En la construcción de los cadalsos habrían intervenido aquellos que eran descendientes de leprosos conocidos como *agotes*, debido a que estos se habrían visto obligados a realizar determinados oficios, entre los que estaba la carpintería ya que se consideraba a la madera como no conductora de la lepra (DELACAMPAGNE 1983, 94).



«[H]agáis ante escribano público y el más numero de testigos que pudiéredes, e los más conocidos que hobiere, un acto de posesión en nuestro nombre, cortando árboles e ramas, e cavando o haciendo, si hobiere disposición, algún pequeño edificio, e que sea en parte donde haya algún cerro señalado o árbol grande, e decir cuantas leguas está de la mar, poco más o menos, e a qué parte, e qué señas tiene, e hacer allí una horca, e que algunos pongan demandas ante vos, e como nuestro capitán e juez lo sentenciéis y determinéis, de manera que en todo tomeis la dicha posesión» (MATA 2010, 67).

Con este procedimiento se simbolizaría en un solo acto la soberanía que la monarquía adquiriría sobre los nuevos territorios así como la atribución de ejercer el *ius puniendi*. Así mismo práctica común se volvería la construcción del rollo jurisdiccional en el centro de las ciudades que se iban formando sobre las poblaciones de los indígenas, toda vez de que esta intimidante estructura simbolizaba la instauración de la jurisdicción criminal española en el Nuevo Mundo. La inmediatez de la implantación de la justicia penal de la monarquía absoluta hacía que las picotas no esperen ser construidas sobre piedra, que era el material comúnmente para estos monumentos a la maldad humana y que en algunos pueblos castellanos eran pretenciosas, monumentales y artísticas (ESLAVA 1993, 74), sino que bastaba con elaborar una réplica en madera para representar el derecho de castigar. Cuestión que para los efectos no cambiaba en nada ya que la violencia desenfrenada que tomaba lugar en éstas picotas de madera era de la misma magnitud que cualquier picota construida en piedra.

Hay que señalar que en el año de 1573 con las *Ordenanzas de nuevos descubrimientos, poblaciones y pacificaciones* formuladas por Felipe II, señalaron el derrotero a seguirse en todo lo atinente al urbanismo de las ciudades. Se estableció que las calles debían de ser rectas con un punto de confluencia en el que se establecería la plaza mayor y se instalaría el rollo jurisdiccional de la ciudad a cuyo contorno se ubicaban la catedral, las casas de cabildo y comercio, así como también la cárcel (DOUGNAC 1994, 177), que lejos de ubicarse fuera de la mirada de las personas era siempre construida en los lugares céntricos de las poblaciones facilitando así el acceso de los súbditos a los juzgados como también propiciando la caridad de los viandantes con los presos pobres ya que solamente así podían subsistir debido a que la

corona no asumía los costes de la manutención de los presos (LAS HERAS 1991, 285).

La Recopilación de Indias<sup>64</sup> señalaba que en todas las ciudades y villas debía de construirse cárceles para custodiar a los delincuentes; y a las cuales, debían de acudir todos los sábados, por la tarde exclusivamente, los Oidores y otros oficiales reales a vigilar su buen funcionamiento (Lib. VII, tít. VI, ley. I, II), y de ser necesario también hacer dos visitas más entre semana, los martes y jueves, para atender asuntos relacionados con los presos entre los que estaban la agilización de la tramitación de los procesos y la ejecución de las sentencias (Lib. VII, tít. VI, ley. III).

La cárcel y sobre todo la picota desplegaron en las nuevas ciudades del Abya Yala la misma función penal que tenían en la metrópoli española, es decir la una como instrumento de custodia y la otra como símbolo ejemplar del castigo para la población, mediante la imposición de penas draconianas de ejecución pública. En donde como primer acto del castigo estaba la humillación que el condenado debía de sufrir, al ponerse frente al pueblo que participaba de diversa manera en la ritualidad punitiva: en unos casos por la gravedad del delito propinando agresiones previas a la ejecución de la pena, o en otros casos identificándose con el reo por la gravedad de la sanción frente a la nimiedad que representa su acto ya que era común que el Derecho penal de la monarquía se exceda en la graduación de la pena más grave que era: la pena de muerte<sup>65</sup>.

En todo caso el *ius puniendi* que desembarco en el Abya Yala, simbolizado por las picotas, representó la implantación de un nuevo orden social que se comenzaría a construir sobre los cuerpos caídos de las

---

<sup>64</sup> Para las referencias a estas leyes se utiliza: *Recopilación de leyes de los reinos de las Indias. Mandadas a imprimir y publicar por la magestad católica del Rey Don Carlos II.* 5ª ed. Madrid: Ed. Boix, 1841.

<sup>65</sup> Sobre la graduación de la pena de muerte Tomas y Valiente menciona que: «Una misma pena para el que comete hurto doméstico, por pequeño que sea, en Madrid, y para quien roba con violencia en despoblado; una misma pena para el padrino de un desafío entre nobles y para el monedero falso; una misma pena para el sodomita y para el que comete un delito de traición al rey; una misma pena para el bandido que tiene aterrorizada una comarca y para el hombre que tiene trato carnal con un animal. Y esa misma pena es siempre la muerte. Por eso, como un último intento de respetar la proporcionalidad y, al mismo tiempo, persiguiendo esa intimidación que tanto importa, se aplica la pena de muerte en diversas formas: la horca para los plebeyos, y no para los nobles; la muerte de saeta para los casos de Hermandad [...]» (TOMAS Y VALIENTE 1969, 359).

poblaciones aborígenes que pretendieron dar lucha ante el saqueo y la esclavización que venía junto con los galopes, mosquetes y espadas de los españoles.

### **3 El Derecho indiano y el desplazamiento de la costumbre indígena**

La costumbre que en tiempo del imperio incaico llegó a representar la máxima norma jurídica, fue desplazada de la esfera jurídica por los virreinos que se formaron en el Nuevo Mundo. Las leyes y disposiciones venidas con la cultura occidental se convirtieron en las nuevas formas establecer el orden jurídico en las tierras donde imperaba la costumbre. Supeditando toda forma de vida al nuevo orden social, que hundía sus raíces en la religión y en las fuentes filosóficas que legitimaban el poder de unos y la servidumbre de la mayoría.

Tomas de Aquino en su obra «*Suma Teológica*, a través de la unión del pensamiento aristotélico con el cristiano» (ANITUA 2005, 22) resumiría una filosofía de larga duración y que además tendría incidencia en los monarcas de la época ya que estos veían como natural la *norma del uno* que Tomas de Aquino sostenía:

«Todo lo que sucede en la naturaleza es bueno, porque la naturaleza siempre obra del mejor modo posible. La forma de gobierno clásica en la naturaleza es la norma del uno. Si tenemos en cuenta las partes del cuerpo, veremos que una de las partes mueve todo el resto, a saber, el corazón. Si contemplamos las partes del alma, veremos que una de las facultades gobierna sobre las demás: la razón. Igual les sucede a las abejas, que sólo tienen una reina, y al universo en su totalidad, que tiene un Dios, creador y señor de todas las cosas. Esto no carece de motivo, pues una pluralidad siempre se deriva de una unidad. Puesto que las obras de arte imitan las obras de la naturaleza y una obra de arte es más perfecta cuando más se asemeje a la naturaleza, el mejor gobierno de las gentes será por fuerza de un gobierno único» (citado en HEATH y POTTER 2005, 27).

Es así que desde el momento en que los Reyes Católicos tuvieron noticia de que las banderas de su reino: habían alcanzado nuevas tierras habitadas y organizadas por un gobierno muy distinto al que dirigían, y sin saber ni las dimensiones ni que era lo que se había descubierto, emprendieron en 1493 la gestión ante la Santa Sede, de los documentos que les otorguen la soberanía política sobre los pueblos conquistados, tal como lo había hecho los

reyes de Portugal con las tres Bulas pontificas que les donaban Guinea, Madeira, las Azores y otras islas (TOMAS Y VALIENTE 1983).

Atendiendo las peticiones de los Reyes Católicos y conforme al precedente que existía respecto de las Bulas concedidas a Portugal, el Papa Alejandro VI a través de las bulas concedería y asignaría a perpetuidad a Isabel y Fernando, a título personal e igualitario, el derecho y jurisdicción política sobre una parte de las tierras de Indias bajo la pecaminosa justificación de evangelizar<sup>66</sup> a los pueblos indígenas paganos:

«[A] vos y vuestros herederos los reyes de Castilla y León... todas y cada una de las tierras e islas ya citadas, así las desconocidas como las hasta ahora descubiertas por vuestros enviados y las que bajo el dominio de otros señores cristianos no estén constituidas en el tiempo presente (y) os mandamos, en virtud de santa obediencia, que, conforme ya prometisteis y no dudamos dada vuestra gran devoción y magnanimidad real que lo haréis, que debéis destinar a las tierras e islas citadas varones probos y temerosos de Dios, doctos, peritos y expertos para instruir a los residentes y habitantes citados en la fe católica e inculcarles buenas costumbres» (DOUGNAC 1994, 28-29).

Las expediciones de conquista y colonización que sucedieron con posterioridad al arribo de Colón, y que no se hacían a cargo de la Hacienda real sino de iniciativa y fondos privados, no trajeron nada bueno para las culturas indígenas que se asentaban en estas tierras.

La ruta de la primera expedición trazada por Colón, y sus temerosos e improvisados marineros, más las noticias de la abundancias de riquezas existentes en ultramar incitó a que nuevas naves empezasen a zarpar sin la misma duda que acompañó a la primera expedición colombina, ya que si bien todavía existía ese temor que desprendía el impetuoso mar, las expectativas de llegar a tierra firme por la ruta señalada por Colón estaban aseguradas.

La sed implacable por las riquezas que el oro despertó en las tripulaciones aventureras fue, sin duda, superior a cualquier miedo que otrora no hubiese logrado persuadirlos de realizar esa travesía. Los miramientos que se proyectaban hacían los beneficios mercantiles y dominadores que se podían

---

<sup>66</sup> Al ser el objeto primordial la evangelización de los indígenas se prohibiría embarcarse a todos quienes su catolicidad estuviera cuestionada como «musulmanes, judíos, herejes y penitenciados por la Inquisición y sus descendientes quedaban excluidos de formar parte de las huestes. Se prohibía también el paso de gitanos, esclavos casados sin su mujer e hijos, mujeres solteras sin licencia y casadas sin sus maridos [...]» (DOUGNAC 1994, 58).

alcanzar eran lo suficientemente convincentes para motivar cualquier viaje al Nuevo Mundo.

«El encuentro con el indígena ofrecía al español la posibilidad de adoptar diversas posturas: podía utilizarlo como medio de propagación de la fe católica, como simple instrumento de explotación económica, teniéndolo en servidumbre, y cabía también otras posturas como la exterminación del indígena belicoso o la total indiferencia ante el nativo pacífico [...]» (TAU y MARTIRE 2005, 60).

Resultaban, pues, muy atractivas las posibilidades que se les presentaba a los conquistadores, que a su costa y teniendo la fortuna de embarcarse y llegar con buena salud a las en tierras del Abya Yala, estarían en la posibilidad de tener poder de disposición sobre las personas, los territorios y los medios de producción, conforme a lo que se estipulaba en las capitulaciones celebradas con la Corona la cual como beneficio obtenía, sin arriesgar nada, extender sus dominios (TOMAS Y VALIENTE 1983, 332).

Una vez que desde la visión de occidente, se consumó el descubrimiento, conquista y colonización del Abya Yala, fue necesario que la corona elabore un sistema legal que rija la vida jurídica de los territorios que se agregaron a su dominio y que en el estado de las cosas se encontraban convulsionados por la masacre y el evidente caos sembrado por los mismos conquistadores. En tal virtud sería necesario que se instauren reglas que permitan afrontar los desórdenes y contener las masacres que se estaban produciendo, más que por un sentido humanitario fue por una necesidad de no acabar con la gran masa de fuerza de trabajo empleada para la producción minera y agrícola.

Es así que el poder civil en manos de los conquistadores y el poder de la iglesia en manos de los clérigos venidos a la par de los conquistadores, tomarían cartas en el asunto y comenzarían a regular las conductas tanto de los conquistadores, como de los indígenas. Su realización sería mediante la utilización de la violencia penal permitida por la monarquía, resolviendo los problemas conforme se presentaban y con diferentes criterios para cada caso, pues desde la metrópoli no se ejerció un control sobre los colonos. De esta manera no tardaron en emitir sentencias que disponían la aplicación de castigos de acuerdo a los que se aplicaban en la metrópoli española, es decir,

ante la novedad que despertaban los nuevos territorios y ante la inicial falta de disposiciones específicas que hicieran frente a la realidad encontrada «en los primeros tiempos, el Derecho castellano se trasplantó íntegramente a América» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 331).

A decir de Víctor Tau Anzoátegui, este trasplante<sup>67</sup> surgiría en el marco del *ius commune* como especialidad del derecho castellano (TAU 1982, 17), debido a que conforme a la doctrina jurídica dominante se entendía que las tierras conquistadas pasaban a estar automáticamente incorporadas a los viejos territorios por la vía de accesión, por lo cual estas debían regirse por las leyes del reino conquistador. De ahí que al unirse de las Indias de manera accesoria a Castilla, por añadidura se tuvo que aplicar en materia jurídica la legislación del Derecho castellano.

### 3.1 Concepto génesis y desarrollo del Derecho indiano

Para algunos el uso de la expresión de *Derecho indiano* es controvertible por ser esta denominación encubridora de la dolorosa realidad colonial que atravesaron los indígenas. Por ello es que ciertos historiadores ante la inexacta denominación de este tipo de Derecho<sup>68</sup>, a decir de Tomas y Valiente, han sugerido cortar el adjetivo indiano y colocar en su lugar una locución que refleje fidedignamente la realidad, incluso lanzando un par de expresiones que conjugaban su postura como son: *Derecho de la época colonial o Derecho de la colonia o de la etapa virreinal* (1983, 327).

Sin embargo, fuera de los posibles rechazos terminológicos, por Derecho indiano se conoce al conjunto normativo de leyes y disposiciones de gobierno que rigieron la vida jurídica de los territorios americanos, situados al sur del río Bravo, y que fueron dispuestas por los reyes y demás autoridades

---

<sup>67</sup> José Hurtado al distinguir entre: imposición del derecho extranjero, trasplante, y recepción total o parcial del mismo, llega a sostener que la utilización del término *trasplante* sería inexacto ya que a su entender este únicamente se daría cuando un grupo de personas se traslada e instala en una zona inhabitada o poco poblada llevando su modelo jurídico. Cosa que no habría sucedido en Iberoamérica ya que aquí más bien, como el sostiene, existió una *imposición* del derecho extranjero por la fuerza y la destrucción (2001, 32)

<sup>68</sup> Surgido como una adaptación terminológica de la tradicional denominación forjada en los albores del siglo XV en toda España a raíz del error geográfico en el cual incurrió Colón y que a la postre fue un término difícil de desarraigar tanto de lenguaje popular como de los testimonios de los historiadores y juristas de la época que lo utilizaron como un término diferenciador entre las poblaciones de los territorios conquistados y quienes serían sus verdugos es decir los conquistadores.

que estaban bajo su subordinación, con el objeto de establecer en las Indias un régimen jurídico especial que sea acorde a la realidad y a los intereses preponderantes y bajo la pretensiones de que tengan una vigencia duradera<sup>69</sup>.

Dentro del conjunto de elementos que integraron el Derecho indiano, vistos en un sentido amplio, estaban una variedad de referentes tanto dentro como fuera del continente americano entre los que destacan: el Derecho castellano, las costumbres indígenas, ciertas Bulas pontificias, las Capitulaciones, y las costumbres mantenidas por los españoles nacidos en el Nuevo Mundo. La importancia que tuvieron estos elementos fue cambiante en razón del tiempo y de la creación de legislación especial para las Indias, por ello es que en los inicios de las exploraciones y conquistas las Bulas y las Capitulaciones fueron fuentes normativas, mientras que el Derecho castellano tenía prelación ante la falta de leyes específicas para la nueva realidad.

Así mismo es preciso puntualizar que fuera del Derecho positivo indiano también existieron principios ideológicos que le dieron soporte a este nuevo Derecho que se iba construyendo con el tiempo y con las almas de millones de indígena, entre ellos estaban los «[p]rincipios heredados en parte del Derecho común bajomedieval, y tomados otros del ámbito del Derecho natural» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 327). Fue así, entonces, que los principios medievales aplicados a una ajena realidad occidental, viabilizaron la implementación de un conjunto de leyes y disposiciones que a la postre permitirían organizar el gobierno y demás instituciones en el Nuevo Mundo.

En cuanto a la génesis y desarrollo del Derecho indiano es destacable la precisión con que pueden ser establecidos estos referentes. Se menciona que el Derecho indiano puede ser dividido temporalmente en cuatro etapas (TOMAS Y VALIENTE 1983, 328) que muestran el ciclo vigencia legal que tuvo este Derecho especial para el Nuevo Mundo y que obviamente comienza desde el año del desembarco de Colón y termina con los procesos independentista de los Estados latinoamericanos.

En este contexto la *primera etapa* se desarrolla desde el año 1492 a 1511. Tiempo en el cual se podría considerarse que las Capitulaciones de

---

<sup>69</sup> Cosa que efectivamente se conseguiría puesto que la complejidad jurídica virreinal configuraría toda una etapa en el Abya Yala, yendo desde el siglo XV hasta los albores del XIX.

Santa Fe, 17 de abril de 1492, destinadas a autorizar, facilitar y conceder prerrogativas que permitieron llevar adelante el viaje de Colón, marcaron el comienzo del trasplante del derecho castellano a América. Sin embargo, dentro de una visión más precisa sobre el asunto y bajo un estricto rigor legal, Tau Anzoátegui sostiene que las Capitulaciones mencionadas, si bien fueron las normas fundamentales de lo que sería conocido posteriormente como Derecho Indiano, concretamente las *Bulas alejandrinas* de 1493, serían las que efectivamente sembraron «las bases constitutivas del nuevo Derecho: el gobierno político de las Indias, su régimen internacional, la exclusividad de la navegación y del comercio, las licencias para cruzar el Atlántico, el gobierno de la Iglesia y la final religiosa de la conquista» (TAU 1982, 18).

La *segunda etapa* inicia en el 14 de diciembre de 1511, con el sermón del fraile Antonio de Montesino, y termina en el año de 1566 con la muerte de Bartolomé de las Casas. Esta etapa resultó ser la más polémica en lo que concierne a la argumentación sobre los derechos de dominación y explotación de las tierras y sus habitantes, así como la discusión sobre los justos títulos que justificaban la presencia castellana en Indias.

El sermón de Montesinos sería el inicio de las críticas que se proferirían en contra del lamentable tratamiento que los colonos daban a los indios, así como a las instituciones que lo favorecían como era el caso del *repartimiento* que era la adjudicación de un número determinado de indios a cada español para que trabajen para a su servicio; la *encomienda*, que era lo mismo que el repartimiento con la diferencia de que el encomendero no sólo tenía el derecho a exigir de los indios trabajo y tributo, sino también tenía una obligación que era la de brindar instrucción religiosa a los indios que estaban bajo su encomienda (TOMAS Y VALIENTE 1983, 333); la *mita* que fue una institución de origen incaico, los españoles la adaptaron para que esta provea trabajadores para que sean explotados por los colonos; la *esclavitud* prohibida normativamente pero llevada pragmáticamente hasta el año de 1542 en que fue prohibida totalmente; y finalmente el *tributo* que debían de pagar los indios muchas veces mayor al salario que percibían, imposibilitando pagar los tributos cargados (GRANJA 1996, 23).



Por otro lado no hay que olvidar que esta etapa resulto ser la más prolífica e cuanto al surgimiento de grandes pensadores, provenientes del iusnaturalismo escolástico de la Escuela de Salamanca, singularmente representados en la figura de Bartolomé de las Casas, por ser este el que defendió los derechos naturales para todos, pero principalmente para los indios, a tal punto que para unos podría ser el precursor de lo que después sería recogido en las declaraciones de derechos humanos, incluso por encima de los iusnaturalistas ilustrados.

La tercera etapa se inicia con el final de una voz crítica que abogaba en favor de los indígenas. La muerte de fray Bartolomé de las Casas (1484-1566) aquietó las censuras al poder colonial y deja paso a que las extenso cumulo de leyes dictadas comience a ser recopilado. Es así que durante ocho años (1567-1575) Juan de Ovando iniciaría esta labor recopilatoria<sup>70</sup> de las abundantes leyes promulgadas ante el Consejo de Indias, aunque lo hizo con mucho mérito pero sin mayor éxito pues hasta 1680 no se promulgaría ninguna iniciativa de este tipo. Cabe señalarse que para este tiempo, como sostiene Tomas y Valiente, el Derecho castellano comenzaba a tener menos incidencia frente al fulgor del Derecho indiano que «continuó creciendo y diferenciando con particularidades propias [...] del mundo americano» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 328).

La última etapa del esplendor del derecho indiano comienza con la entronización de los Borbones en 1700. Señala que en las colonias españolas, asentadas en suelo indígena, creció el Derecho criollo tanto como el distanciamiento respecto de la metrópoli, creándose así un nuevo derrotero dirigido hacia el autogobierno, en el cual tomaban la iniciativa la acomodada burguesía criolla por el dominio de las actividades mercantiles que llegaron a acaparar fuera del control y del conocimiento de la metrópoli, de ahí que el

---

<sup>70</sup> Antes de Ovado ya existieron este tipo de iniciativas entre ellas «la compilación de Ordenanzas y leyes realizadas en México por el Virrey Antonio Mendoza en 1548 (reproducida en 1552 en Perú, cuando pasó a ser Virrey allí); el Cedulaario de Vasco de Puga, que es una colección de Cédulas reales por orden cronológico Impreso en 1563 en México; el proyecto de recopilación iniciado en 1570 por el Virrey del Perú Francisco de Toledo». Así mismo entre las recopilaciones que se dieron después de Ovando están «los proyectos de Alonso de Zorita y de Alonso Fernández de Bonilla y el Libro General de Cédulas y Provisiones elaborado en la Audiencia de Charcas por el licenciado Alonso Maldonado de Torres, en el que se recogen disposiciones reales hasta 1609» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 341-342).

desenlace de este «proceso prenatalista y protonacionalista desembocará en la independencia» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 328).

Dicho esto, resulta claro que el derecho que habría de llegar con la conquista al Abya Yala, fue el derecho castellano y que a la postre este resultaría insuficiente pese a la amplitud de su contenido. Las nuevas tierras resultaron ser un verdadero banco de pruebas que «permitió al rancio derecho europeo enfrentarse a una nueva situación geográfica y humana y poner a prueba una flexibilidad inigualable [de] su tradición jurídica» (TAU 1982, 20), para brindar soluciones adecuadas a las situaciones planteadas en los territorios anexados. En definitiva, esto abriría paso al surgimiento de una legislación más acorde a la realidad de estos territorio, que fuera útil tanto para los interés de los reyes como para solventar los conflictos de los colonos que buscaban una ajustada atención a las actuaciones surgidas en determinada materias que no encontraban satisfacción ni utilidad si sólo se empleasen las leyes del Derecho castellano.

La diversidad de situaciones que debían ser adecuadamente controladas y normadas, hacían que el Derecho indiano no sea excluyente sino que fuese complementario de los demás derechos existentes. De tal manera que el «Derecho indiano, originado en estas peculiares circunstancias no se separó de esos derechos, ni los sustituyó, sino que se insertó, como un componente singular dentro de ese conjunto» (TAU 1982, 19).

En tal virtud se puede decir que el Derecho indiano no se limitó únicamente a contemplar en su cuerpo legal aquellas normas escritas promulgadas específicamente para las Indias ya sea del rey, los órganos legislativos asentados en la Metrópoli o por las autoridades reales residentes en Indias, sino que dentro de este conjunto de normas se consideraban además otro tipo de normas que lo integran y complementan. En este punto toman formal presencia las costumbres de los indígenas que a pesar de la evidente pérdida de autogobierno mantuvieron, aunque con restricciones, la vigencia de su sistema jurídico propio.

En este sentido y siendo tan amplio los ámbitos que componían este derecho se plantea la posibilidad de que el derecho indiano pueda ser entendido en dos sentidos: el primero se refiere a un sentido estrictamente

*legalista*, centrado únicamente en el cúmulo de la variada promulgación de disposiciones legales (ordenanzas, reales cédulas, provisiones, instrucciones, capítulos de carta, autos acordados, capitulaciones, decretos, reglamentos), así como cualquier tipo de mandamientos de gobernación formulados, tanto por los monarcas como por las autoridades delegadas. Denotando la importancia de las disposiciones hechas dentro de España como las que se dieron en el Abya Yala. Una segunda visión, un tanto más abierta y receptiva a los elementos ya descritos, es la que plantea que al contenido legislativo especial desarrollado para las indias debe de sumarse, por un lado, las normas del derecho castellano que a pesar de no ser dictadas para las indias mantuvieron una vigencia automática para unos casos, y por otro lado las costumbres indígenas que se incorporaron a la legislación indiana a través del reconocimiento formal que hizo Carlos V en 1555 al permitir la vigencia de las leyes y costumbres indígenas siempre y cuando estas no afectasen la religión católica ni las leyes de Indias (TOMAS Y VALIENTE 1983, 341).

En esta perspectiva es posible considerar que el Derecho indiano a pesar de formarse por múltiples normas jurídicas formales, también contó con la integración de otras fuentes que lo complementaron y lo estructuraron bajo un esquema piramidal. Su jerarquía permitió establecer una clara clasificación de la diversidad de elementos integrantes del Derecho indiano, mostrando el orden que tenía cada uno de estos dentro del sistema jurídico indiano. En este contexto, se puede señalar que siguiendo un orden de prelación las normas estaban jerarquizadas de la siguiente manera: en la cima ocupando la primera posición se encuentran las normas expedidas por las autoridades delegadas en las Indias, en especial los virreyes, las audiencias y los cabildos, o lo que conformaría el Derecho indiano criollo. En segundo lugar, ocupando una posición menor se ubicarían las disposiciones legislativas dictadas por del rey o de los órganos colegiados radicados en la Metrópoli siendo estos principalmente el Consejo de Indias y la Casa de Contratación de Sevilla. En tercer lugar se encuentran, ocupando igual ubicación jerárquica los sistemas normativos que tienen una vigencia subsidiaria y supletoria, entre ellas están: por un lado, el derecho castellano aplicado en el Abya Yala desde que éstas fueron incorporadas a la Corona de Castilla, pero que la legislación indiana lo

restringiría a una aplicación subsidiaria. De otro, se encuentran las costumbres jurídicas indígenas, se conservaron durante el periodo colonial, siempre y cuando estas no fueran contrarias a las leyes de Indias y a los principios de la Santa Fe Católica.

«Ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentran con nuestra Sagrada religión, ni con las leyes de este libro, y las que han hecho y ordenado de nuevo, se guarden y ejecuten [...]» (DOUGNAC 1994, 261).

Es de señalar que a pesar de que fueron varios los componentes que integraron el derecho indiano, sin duda el derecho castellano por su contenido y extensión fue tenido como uno de los más importantes respecto de los demás derechos pero solamente hasta el 15 de diciembre de 1614, debido que en este año el rey Felipe III dispuso que:

«[L]os virreyes, presidentes y oidores, gobernadores y justicias de las Indias que obedezcan y no cumplan las cédulas, provisiones y otros cualesquier despachos dados por nuestros Reales Consejos si no fueron pasados por el de las Indias y despachada por él nuestra real cédula de cumplimiento [...]» (DOUGNAC 1994, 80).

Desde esta fecha la vigencia de las disposiciones originadas en la metrópoli castellana ya no regían de forma automática en las Indias ya que únicamente podían tener vigencia en las si el Consejo consideraban pertinente disponer su vigor. Así quedó atrás la obligatoriedad de considerar plenamente vigentes en el Nuevo Mundo todas las disposiciones promulgadas en la metrópoli castellana, cuestión que sería «reiterada en 1626 y en 1645 e incluida después en la Recopilación de Indias» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 340).

Finalmente se puede considerar que el punto cumbre de las disposiciones normativas vigentes en las Indias se alcanzó con la recopilación de las diferentes fuentes legales —ordenanzas, cédulas reales, costumbres, etc.—, en un solo cuerpo normativo. La labor de esta tarea compilatoria sería conocida como la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias*, y concluiría en 1680 bajo el reinado de Carlos II. Sin embargo, como se ha dicho, en su contenido se registraron las *costumbres*, pero no solo las atinentes a las

que se utilizaban desde la colonización, sino aunque en mínima medida aquellas que estuvieron vigentes antes de llegar los españoles. Situación particular que permitió conocer que durante el período de sometimiento y dominación española dentro de los pueblos indígenas se produjo una *hibridación legal*, entre las leyes de la corona castellana y las leyes que rigieron a lo que un día se llamó el Estado imperial inca (CHIVI 2012, 277).

Por otro lado, se debe mencionar que la novedad que representó la *Recopilación* fue efímera por cuanto la abundante legislación borbónica la volvió incompleta, al punto de que en 1743 hubiera sido posible subir a seis los cuatro volúmenes componían la *Recopilación* de 1680, aunque en la práctica no se lo llegó a realizar pese a las peticiones de adicionar legislación a la vieja recopilación. Las iniciativas de una nueva codificación se darían en 1743 con el reinado de Carlos III, quien encargaría a Juan Crisóstomo Ansótegui la redacción de un *Nuevo Código de Leyes de Indias*; así como también en 1799 Carlos IV, también, encargaría Antonio Porcel una labor semejante a la de su predecesor, más sin embargo, ambas iniciativas pasaron sin mayor trascendencia por la falta de aprobación de los trabajos realizados (TOMAS Y VALIENTE 1983, 343-344).

Por último vale decirse que la Constitución de 1812, en cuya elaboración intervinieron representantes de América (HURTADO 2012, 138), fue la última norma importante que se incluye dentro del Derecho Indiano, debido a que esta plasmaba la extensión de su vigencia a los territorios ubicados en el continente Americano, más el tiempo quedó corto para pretender concretar algún tipo de recopilación según el nuevo régimen que planteaba la Constitución, pues las gestas independentistas no lo permitieron (TOMAS Y VALIENTE 1983, 344).

#### **4 Las leyes de la colonia y la situación de los indígenas**

Durante los primeros años de ocupación fue imposible establecer cualquier forma de justicia, tanto por las condiciones extremas en las que se desarrollaban las diversas actividades como por la falta de normas adecuadas a las condiciones del momento. Por ello es que los excesos de los conquistadores contribuyeron, junto con las epidemias, los desastres naturales y los trabajos forzados a acelerar el despoblamiento de América.

En este sentido cabe mencionarse que las primeras sentencias impuestas a los indios, fueron hechas por Colón y los jueces inferiores que él mismo nombraría o que estarían nombrados por medio de las capitulaciones celebradas con la Corona, como fue el caso de Vicente Pinzón a quien en el primer viaje la Corona lo investió con jurisdicción civil y criminal (MATA 2010, 69).

En este contexto Colón si bien fue un gran navegante no tuvo la misma grandeza como primer Virrey y gobernador español sobre el Nuevo Mundo. Las razones de su debacle como gobernante posiblemente se debieron a que éste al poseer amplias facultades para ejercer la jurisdicción civil y criminal, y al estar lejos del control real, estableció un gobierno feroz empeñado en apoderarse incluso hasta del oro que adornaba los cuerpos de los indios<sup>71</sup> mientras navegaba incansablemente buscando las minas que le den las cantidades de oro que había imaginado. Su frustración lo llevo a que imponga con suma dureza las leyes y sanciones que él había estipulado.

Gonzalo Fernández de Oviedo en tono de reproche, ante el rigor desproporcionado y falta de toda misericordia de Colón, señalaría que: «en tierras nuevas, donde por conservar la compañía de los pocos, se han de disminuir muchas veces las cosas, que en otras partes sería delito no castigarse» (citado en GÓNGORA 1951, 222). Más esta apreciación no se convertiría en algo que habría de seguirse, pues la tripulación<sup>72</sup> que acompañó a Colón, cuando ameritaba, fue severamente castigada. Y ni que decir de los indígenas, los cuales de no perecer en el castigo, por añadidura les esperaba el martirio de ser posteriormente esclavizados y transportados a España, dado que Colón emprendió esta actividad ya en el regreso de segundo viaje, puesto

---

<sup>71</sup> Gabriel García Márquez, en su ensayo titulado: *Por un país al alcance de los niños* al fue enfático en señalar que desde el primer contacto con los indígenas Colón «perdió los estribos cuando descubrió que sus narigueras eran de oro, al igual que las pulseras, los collares, los aretes y las tobilleras; que tenían campanas de oro para jugar, y que algunos ocultaban sus vergüenzas con capsulas de oro. Fue aquel esplendor ornamental, y no sus valores humanos, lo que condeno a los nativos a ser protagonistas del nuevo Génesis que empezaba aquel día» (LLANO 2011, 114).

<sup>72</sup> Así se cuenta el caso de Bernal de Pisa quien intento enviar escondido un escrito que contenida una pesquisa sobre Colón, en uno de los doce barcos que llevaban los tesoros, especias, y esclavos a España en 1494, se convirtió en el primer español en ser encarcelado en uno de los cinco navíos (la nao capitana) que quedaban anclados en el puerto (VARELA 2006, 259), cosa que no ocurrió con sus cómplices que fueron severamente castigados e incluso ahorcados (TAYLOR 1989, 83).

que a su retorno trajo varios indios con la intención de venderlos como esclavos (LÓPEZ 2012, 129)

En tierras españolas ante la incertidumbre que despertaba la naturaleza de los indios, los monarcas dispusieron como medida precautelaría la suspensión del transporte de esclavos indios, no como un gesto benevolente sino como medida preventiva hasta que una junta de letrados y teólogos españoles esclarezcan si los indios eran personas y por ende si las relaciones sexuales con estos constituían pecado de sodomía o de bestialismo (MUÑOZ CONDE 2005, 125).

Los años pasaron y los esclavos seguían siendo transportados en los mismos barcos que ya empezaban a traer noticias sobre la desastrosa administración de Colón. La información referida sería comunicada a los Reyes Católicos por medio de las cartas que enviara quien fuera el primer alcalde mayor de las Indias, Francisco Roldan, como represalia a las aseveraciones que habría hecho primero Colón en su contra. En estas cartas, a decir de López de Gómara, Roldan expresaría las claras intenciones que Colón tenía de perjudicar los intereses de la corona ocultando en beneficio propio los tesoros encontrados.

«[Colón y sus hermanos] se querían alzar con la tierra; que no dejaban saber las minas ni sacar oro sino a sus criados y amigos; que maltrataban los españoles sin causa ninguna, y que administraban justicia por antojo más que por derecho, y que había el almirante callado y encubierto el descubrimiento de las perlas que halló en la isla de Cubagua, y que se lo tomaban todo y a nadie daban nada, aunque muy enfermos y valientes fuesen» (LÓPEZ DE GÓMARA 1999, 42).

En 1499 mientras en el Nuevo Mundo se repartían a los indios entre los españoles, en España los reyes católicos descontentos por las informaciones que había proporcionado Francisco Roldan, enviaron al pesquisidor Francisco Bobadilla para que averigüe sin ninguna contemplación lo que verdaderamente estaba sucediendo en las tierras que estaban bajo su dominio. Llegado el pesquisidor Bobadilla a las Indias, y teniendo el poder omnímodo de un juez, emprendería sin dilación la tarea de investigar los delitos cometidos tanto por Colón como por las autoridades que él se encargó de colocarlas. Es así que todo este procedimiento emprendido por el pesquisidor terminaría por colocar

en desgracia al mismo Colón y a sus hermanos al punto que todos estos fueron llevados de vuelta a España engrilletados como criminales en las bodegas de un barco (LÓPEZ DE GÓMARA 1999, 42), imputados por toda clase de fraudes entre los que estaba el no haber cumplido la conversión de los indios al cristianismo (VARELA 2006a, 199).

En el año de 1500, la comisión de teólogos, juristas y canonistas que habían sido requeridos para evacuar la consulta real sobre la venta de los indios como esclavos entregaron su respuesta a los monarcas. En atención a esta los reyes, sea por razones humanitarias o por intereses políticos concretos<sup>73</sup>, condenaron las actividades esclavistas a través de una Real Cédula que mandaba a liberar a los indios porque estos jurídicamente debían ser considerados como vasallos libres de la Corona de Castilla y por tanto se prohibía su esclavitud.

«[P]render ni cautivar a ninguna ni alguna persona ni personas de los indios de las dichas islas y tierra firme de dicho mar Océano para los traer a estos mis reinos ni para llevarlos a otras partes algunas ni les hiciesen otro ningún mal ni daño en sus personas ni en sus bienes» (DOUGNAC 1994, 366).

Así también, en este mismo año, luego de que fuera enjuiciado por sus excesos Colón fue relevado de su gobierno en las Indias, paradójicamente por el mismo hombre que realizó las pesquisas en su contra. Sin embargo, Bobadilla no duraría mucho tiempo en su cargo al detectarse el excesivo favoritismo que tenía este para con los colonos (DOUGNAC 1994, 334). En su remplazo se colocaría a Nicolás Obando, quien para reducir la arbitrariedad que se estaba llevando a cabo en estas tierras, se le encomendó cumplir las *instrucciones*<sup>74</sup> que principalmente referían a la obligación que tenían de los indios de trabajar en las minas a cambio de un salario que quedaba a voluntad de los colonos, por lo cual era importante que se vaya estableciendo y

---

<sup>73</sup> Se menciona que al ser declarados como vasallos de la corona, estos pasaban a ser fuente de rentas mediante el pago de tributos, cosa que no habría ocurrido si eran tenidos como esclavos, puesto que, como señala José Hurtado, «[...] el control hubiera sido solo indirecto en la medida en que hubieran estado directamente sometidos a sus dueños —en el sentido del derecho privado—. En el aspecto económico, esto hubiera significado hacer de los indígenas una fuerza productiva explotada por los particulares (encomenderos)» (2012, 133).

<sup>74</sup> Jurídicamente las Instrucciones significaban mandatos que señalaban diversos hechos ya sea de conducta de los expedicionarios, tratamiento a los indígenas, tomas de posesión de territorios o de atribución jurisdiccionales para administrar justicia civil y criminal (DOUGNAC 1994, 64).



ejecutando el poder punitivo ultramarino por los conflictos graves de convivencia que iban surgiendo, pudiéndose hablar incluso del surgimiento de un Derecho penal de descubrimiento y conquista (MATA 2010, 66) con aplicación incluso en las embarcaciones que realizaban los largos períodos de navegación debido a que en las capitulaciones e instrucciones a los jefes de las expediciones se les otorgaba autoridad civil y criminal, lo cual permitía que estos puedan «repartir tierras e indios, alzar fortalezas, nombrar autoridades, etc.» (MATA, 70), pero también aplicar a discreción la jurisdicción criminal real, imponiendo castigos de distinta gravedad a españoles, pero sobre todo a indígenas.

En 1503, año en que se crearía la Casa de Contratación en Sevilla, en otras instrucciones destinadas para el mismo Nicolás Obando se estableció formalmente lo que habría de mantenerse durante toda la colonia y esto sería la instrumentalización de las autoridades originarias para materializar un trabajo compulsivo de los indios, pues se disponía que:

«[C]ada cacique que tenga cargo de cierto número de los dichos indios para que los haga ir a trabajar donde fuere menester y para que en las fiestas y días que pareciere se junten a oír y ser doctrinados en las cosas de la fe en los lugares diputados y para que cada cacique acuda, con el número de indios que vos les señalareis a la persona o personas que vos nombrareis para que trabajen en lo que las tales personas les mandaren pagándoles el jornal que por vos fuese tasado» (DOUGNAC 1994, 334).

Esto permitió que los indios pudieran seguir gobernados por sus caciques, pues la Corona permitió que las autoridades indígenas continuaran administrando justicia según sus procedimientos y costumbres que no hubiesen sido explícitamente proscritos y también bajo la advertencia de que no trataran mal ni oprimieran a su gente.

Desde la llegada de Obando y de sus alcaldes mayores, el funcionamiento y la aplicación de la justicia se la intento asemejar a la de España, más en los poblamientos creados por los colonos existía inconformidad respecto a la presencia de letrados, sobre todo sin licencia real, por cuanto a estos se tenía como creadores de pleitos. Es así que en las franquicias que se comenzarían a dar en 1513, como lo señala Góngora, se hacía constar la prohibición que afectaba directamente a los abogados y

señalando además la oralidad de los juicios, el arbitraje y el libre albedrío del juez a la hora de sentenciar los pleitos en materia civil, pues «en materia criminal debía juzgar según las leyes castellanas, pero aumentando las penas de los delitos que fueran más graves, atendida la situación» (GÓNGORA 1951, 222).

En diciembre de 1511, el fraile Antonio de Montesinos en Santo Domingo pronunciaría un enérgico y sentido sermón condenando el maltrato de los indios por los españoles. La homilía sería la chispa que encendería los ánimos tanto de quienes conscientes de la humanidad de los indígenas comenzarían a considerar la posibilidad de que sea ilegítima la expugnación de sus territorios así como el trato inhumano al que eran sometidos estos pueblos; como de quienes se sintieron ofendidos y disgustados por sus palabras; y que en definitiva habrían de ser la gran mayoría, que no tardaría en ir a buscar a Montesinos para confrontarlo por tan duras palabras proferidas, siendo estas intenciones calmadas por el fray Pedro de Córdova quien con sus prudentes palabras justificaría el sermón de Montesinos y apaciguaría los ánimos de la muchedumbre a quien todavía le retumbaba las palabras del fraile Montesinos.

«Todos estáis en pecado mortal y en él vivís y morís por la crueldad y tiranía que usáis con estas inocentes gentes. Decid ¿con qué derecho y con qué justicia tenéis en tan cruel y horrible servidumbre a estos indios? ¿Con qué autoridad habéis hecho tan detestables guerras a estas gentes que estaban en sus tierras mansas y pacíficas, donde tan infinitas de ellas con muertes y estragos nunca oídos habéis consumido? ¿Cómo los tenéis tan opresos y fatigados sin darles de comer ni curarlos en sus enfermedades en las que, de los excesivos trabajos que les dais incurren y se os mueren, y por mejor decía los mataís por sacar y adquirir oro cada día? ¿Y qué cuidado tenéis de quien los doctrine y conozcan a su Dios y creador, sean bautizados, oigan misa, guarden las fiestas y domingos? ¿Estos, no son hombres? ¿No tienen almas racionales? ¿No estáis obligados a amarlos como a vosotros mismos? ¿Esto no entendéis? ¿Esto no sentís? ¿Cómo estáis en tanta profundidad de sueño tan letárgico, dormidos? Tened por cierto que en el estado que estáis no os podéis salvar más que los moros o turcos, que carecen y no quieren la fe de Jesucristo» (DOUGNAC 1994, 34-35).

Un mes después de este memorable sermón, Montesinos fue llamado a una junta de teólogos y juristas, más que para condolerse con los indios era para salvar las almas de los encomenderos que habían sido condenadas por la frontal homilía del fraile. La junta sería conocida como la Junta de Burgos, por

celebrarse precisamente en esa ciudad las reuniones de las cuales surgiría un cuerpo legal que atenderían al trato de los indios y su adoctrinamiento en la fe cristiana. De ahí que José Ots considere que la preocupación de la defensa de la religión católica haya sido una de las principales preocupaciones dentro de la política colonizadora de la monarquía, viéndose esta actitud en las *Leyes de Indias* las cuales en buena parte «fueron dictadas, más que por juristas y hombres de gobierno, por moralistas y teólogos» (1965, 22).

En este contexto las *Leyes de Burgos* de 1512, así como las de *Valladolid* de 1513, fueron las primeras leyes destinadas para la organización de la conquista y la protección de los indígenas mediante un tratamiento discriminatorio, en la medida de que se les consideraba como unos seres inferiores que requería, por su propio bien, permanecer sometidos a la tutela del colonizador para recibir los beneficios de la fe y de la civilización (HURTADO 2001, 31), ya que existía en el indio una tendencia a la ociosidad que podía entorpecer su adoctrinamiento (SUÁREZ 2004, 245). Por tal motivo, aunque las leyes fueron benévolas con los indígenas, estas terminaron estableciendo por ley el derecho de los encomenderos de beneficiarse de los servicios personales de un determinado número de indios, sea de forma temporal o vitalicia, como también el derecho a la sucesión de las encomiendas y, sobre todo, la instrucción religiosa de los indios encomendados (TOMAS Y VALIENTE 1983, 334), pues como se señalaba en la introducción de las *Leyes de Burgos*: los indios son «naturalmente inclinados a la haraganería y al vicio [...] que olvidan prontamente lo que se les ha enseñado y retornan a su estado primitivo de depravación, a menos que estén constantemente supervisados» (HURTADO 2001, 31).

Respecto a la cuestionada validez de los títulos se consideró que los indígenas como no sabían que sus tierras habían sido donas debían ser informados a este respecto. Para ello fue preciso que los indios conocieran que en tierras lejanas, la bondad del Papa había permitido que sus territorios sean donados en favor de los reyes de España. Con el fin de cumplir lo señalado se redactó un documento que debía ser leído por el encargado de toda partida militar antes de arremeter contra los desconcertados indígenas. Este documento sería llamado *Requerimiento de Palacios Rubios*, el cual luego de

leído justificaba el dominio, la conquista y aun la esclavización de los indios capturados en justa guerra pues en su parte final advertía, en forma de sentencia, las consecuencias violentas que habría de esperarse ante su falta de consentimiento:

«[S]i no lo hiciéreis, o en ello dilación maliciosamente pusiéseis, os certifico que con ayuda de Dios yo entraré poderosamente contra vosotros y os haré la guerra por todas las partes y manera que yo pudiere y os sujetaré al yugo y obediencia de la Iglesia y de Su Majestad, y tomaré vuestras personas y de vuestras mujeres e hijos y los haré esclavos y como tales los venderé y dispondré de ellos como Su Alteza mandare y os tomaré vuestros bienes, y os haré todos los males y daños que pudiere, como a vasallos que no obedecen ni quieren recibir a su señor y le resisten y contradicen» (DOUGNAC 1994, 36).

La lectura del Requerimiento en los lugares que se lo hizo solamente sirvió para arrancar un consentimiento lleno de vicios, pues poca importancia tenía que los indígenas comprendieran o no el significado del mensaje leído en lengua aborigen (SILVEIRA 1996, 144), lo que en definitiva se tradujo en que sus resultados no sean los esperados, como tampoco lo fueron las doce inobservadas normas que se crearon para proteger a los indios (SUÁREZ 2004, 246). Toda vez de que *Leyes de Burgos* en la práctica no terminarían con los malos tratos de los encomenderos ni con la esclavitud, porque ningún derecho fue realmente exigible para las poblaciones nativas, continuamente expuestas a los constantes abusos de los colonizadores que se agasajan con sus víctimas por la tibieza de las normas «que otorgaban una protección de papel y una dignidad de tinta a los indígenas» (GALEANO 2004, 59).

Fray Bartolomé de las Casas, quien viviría el altercado sucedido tras la homilía del fray Antón de Montesinos y una vez que hizo una conversión de vida<sup>75</sup>, criticaría la ineficacia de estas leyes porque no se aplicaron en favor de quienes fueron creadas, pues los indios seguían viviendo esclavizados a pesar de que en la Metrópoli se sostenía que estos eran libres. La referencia de su testimonio, plasma la insufrible e injustificada situación a la cual estaban siendo sometidos los indios. Expresaba la escasa consideración que se les tenía,

---

<sup>75</sup> Hay que recordar que De las Casas, si bien se menciona que en el año 1512 se ordenó como sacerdote no dejó de ser colono, minero y encomendero hasta 1514, año en que un dominico le niega la absolución de su confesión por ser clérigo y encomendero. Éste acontecimiento le harán tomar conciencia de la terrible situación y renunciar a los indios que poseía, cambiando así de la opresión a la defensa de los indios.

decía que apenas se los ubicaba por encima de la escala que ocupaba cualquier animal doméstico o salvaje. Refería que eran tenidos como unos meros objetos y como tales susceptibles a cualquier tipo de apoderamiento, dominio o transacción comercial de los colonos. Sus alegatos tan humanistas le valieron para que en 1516 la Corona lo nombrase protector y defensor de los naturales (DOUGNAC 1994, 316).

Las Casas inclinando la balanza sobre los más desfavorecidos<sup>76</sup>, censuró las instituciones que los conquistadores implantaron para la explotación de los indios. El tiempo que paso estudiando en la Orden de los dominicos, le permitió empaparse de la doctrina teológica, filosófica y jurídica sostenida por grandes pensadores, propugnando la vigencia de un derecho natural para los indios, pues consideraba que la única justificación para la intervención española dentro de sus territorios era la integración libre y sin violencia de estos al cristianismo (BEUCHOT 1994, 40); ya que si se los obligaba mediante guerra sería injusta así se lo haga basándose en la religión, pues con las matanzas se los condenaba sin piedad al infierno negándoles la oportunidad de salvarse mediante el bautizo.

Es así que luego de un par de años de la creación del Consejo Real de Indias de 1524, se expidieron las *Ordenanzas sobre el buen trato a los indios y la manera de hacer nuevas conquistas* aprobadas en 1526, las cuales en su parte medular prohibían parcialmente la esclavitud, toda vez de que ésta se encontraba proscrita solamente cuando fuese injusta. Pero como entre esclavitud justa e injusta estaba el arbitrio de los conquistadores, esta se justificó por cualquier excusa ya sea cuando los indios incurrieran en práctica reiterada de actos inhumanos o aquellos hechos que interferían con la transmisión y el mantenimiento de la religión católica de los indios conversos (SUÁREZ 2004, 246). Por ello es que para que no sean violadas en demasía las Ordenanzas se obligó a que en las expediciones estuviesen una par de clericós encargados de que se cumpla lo que en estas se establecía. Incluso se llegó en este mismo año a disponer que todos los misioneros que viajaran a las

---

<sup>76</sup> A veces su defensa fue tan a favor de los indígenas que sus argumentos dieron origen una *Leyenda negra* que se teje sobre la crueldad de los conquistadores españoles.

Indias fueran protectores de los indios ante la justicia, la cual habría de institucionalizarse mediante la creación de Audiencias en distintas zonas<sup>77</sup>.

No obstante pese a estos intentos proteccionistas lo cierto es que la lejanía de facilitaba a que las normas procedentes de la corte caigan dentro del principio castellano de *obedecer, pero no cumplir*.

«Carlos V en 1528 procuró restringir su uso y sólo permitió que se obedeciesen y no cumpliesen sus leyes en dos casos: cuando de la aplicación inmediata se siguiera escándalo y cuando se produjera daño irreparable. Pero se continuó siempre interpretando tales supuestos de modo amplio y, por consiguiente, haciendo frecuente uso de la fórmula castellana *obedézcase, pero no se cumpla*» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 339).

Con las *Ordenanzas sobre el buen tratamiento de los indios de la Nueva España*, hechas en Toledo el 24 de agosto de 1529, se daría un infructuoso intento más de proteger a los indígenas de las arbitrariedades que se daban en el enjuiciamiento de los casos en los cuales estos se encontraban justa o injustamente involucrados. Dentro de ésta cedula se establecía que en los pleitos donde interviniesen indios se debía aplicar una simplificación procesal así como también la despenalización de los de delitos de palabras injuriosas y los golpes con mano abierta o cerrada.

«[M]andamos dar una provisión para orden de proceder en los pleitos que hubiere entre las personas particulares o los indios, que se proceda en ellos de palabra sin haber ni proceso; aquélla vos mandamos que guardéis según en ella se contiene, pero si fuere entre consejos haced justicia en vía ordinaria con aquella brevedad que la calidad del negocio requiere, porque es nuestra intención que sean relevados al presente de les llevar derechos ni costas [...] Otrosí vos mandamos que entre los indios naturales, por ahora no se tenga por delito para que se haga proceso ni castigo, palabras injuriosas ni puñadas ni golpes que se den con las manos, no interviniendo arma ni otro instrumento alguno; salvo que sean reprendidos por vos, teniendo cargo siempre de los pacificar y excusar entre ellos diferencias y cuestiones» (citado en CONTRERAS 2006, 238-247).

Esto supuso que las autoridades españolas se abstengan de castigar este tipo de conductas cuando las cometan los indígenas, no considerándose

---

<sup>77</sup> La primera de las catorce Audiencias que se crearon fue la Audiencia de Santo Domingo en 1526 y la última la Audiencia de Caracas en 1786, con la característica de que su creación en el continente americano «no sólo implicaba trasladar la estructura judicial [...] sino que suponía [...] la introducción del criterio legal en la resolución de conflictos jurídicos, apartando el de los conquistadores» (MATA 2010, 71).

así para los colonizadores a quienes se podía sancionar por dichos comportamientos. No obstante, este mandato en vez de ser una limitante para la arbitrariedad de las autoridades españolas, significó una oportunidad para que estas puedan cometer abusos encubriéndolos bajo la apariencia de reprimendas. A este respecto, afirma Borah que los jueces al despenalizar los delitos y evitar castigar a los indios mediante: tortura, mutilación, servicio de las galeras o muerte, como era habitual, comenzarían a conmutar sus delitos haciendo marcar con el hierro y vender como esclavos a los indios (1985, 61).

De esta manera los indígenas comenzaron ser, cual ganado, marcados en el rostro. Señal infame que simbolizaría la entrada al dominio de un dueño que lo incorporaba como una pieza de ganado más, con lo cual «el indígena perdía toda consideración de persona para pasar a ser *pieza* o cosa. No era extraño que recibieran una marca de hierro candente en la mejilla con las iniciales S.J. (sine jure)» (ESLAVA 1993, 154). Esta barbarie de marcar con fuego caliente la cara de los indígenas era realizada por los colonizadores a pesar de que incluso como pena esta se encontraba prohibida ya que se consideraba que la cara de los hombres se encontraba hecha a semejanza de Dios (Partida 7, Tit. 31, ley 6), sin embargo la todavía dudosa consideración de humanos de los indígenas habría de posibilitar y justificar tal inobservancia.

El inmisericorde trato propiciaba a que los indios escapen a las montañas, cosa que no era desaprovechada por los españoles que, haciendo una inversión valorativa de los hechos, veían en este tipo de comportamiento la oportunidad de reafirmar la expresión del salvajismo inmanente que el indio a sus ojos tenía. Así como los demonólogos tenían una alquimia valorativa respecto de las brujerías<sup>78</sup>, los conquistadores ibéricos la tenían respecto del instinto de supervivencia de los indígenas, pues estos consideraban que «si [los indios] huían a las montañas para defenderse de la marca infamante o de

---

<sup>78</sup> El *Malleus maleficarum* o *Martillo de las brujas*, escrito por Heinrich Kramer y James Sprenger en 1487, fue un texto de extensa circulación hasta el siglo XVII. Siguiendo a este texto los demonólogos medievales estaban siempre preparados para ver la forma en que se manifestaba los poderes del maligno así «[c]uando la mujer soportaba el dolor de la tortura era porque el diablo le daba fuerza; si confesaba la quemaban igual, pero podía salvarse en el *más allá*. Pero si la mujer desesperada por el dolor se ahorcaba después de confesar, era porque el diablo la hacía condenar con ese delito. Si enloquecía y reía cuando se la torturaba, era porque el diablo se burlaba de los inquisidores. Si se arrepentía, era simuladora» (ZAFFARONI 2011, 31).

la esclavitud, era señal de su barbarie y de su naturaleza salvaje; si se defendía, era una confirmación de sus instintos sanguinarios» (MONTEMAYOR 2003, 13). El desamparo fue tan arto conocido que movilizó a los prelados, que tenían el título de protector de los indios, por los pueblos a fin de conocer si los indios estaban siendo injustamente maltratados o no estaban siendo adoctrinados; y de ser el caso podían imponer penas económicas y de cárcel que no excediesen de los diez días a los colonos que las incumplían (CUNILL 2011, 232).

Con este lúgubre escenario de injusticia, en 1539, mientras en América nacía Garcilaso de la Vega, en España el dominico Francisco de Vitoria había emprendido con sus discursos la defensa de los indios propugnando la igualdad en cuanto a hombres de los indios con los españoles. En dos oportunidades, en notables conferencias, se pronunciaría sobre los derechos de los indígenas aludiendo su basamento en la existencia del derecho natural. De su análisis sostuvo que las Indias no eran tierra de nadie, *res nullius*, y que los indios aunque infieles o barbaros a su manera ejercen el usos de razón, como el mismo inferiría al señalar que si los aborígenes tenían «ciudades que requieren orden y tienen instituidos matrimonios, magistrados, señores, leyes, artesanos, mercados, todo lo cual supone uso de la razón» (DOUGNAC 1994, 42). También serían absolutamente categóricas sus reflexiones en contra de las justificaciones que se habían producido entorno a la dominación española. Si bien defendía entre los títulos<sup>79</sup> legítimos el derecho que tienen los hombres de acudir a cualquier parte del mundo a intercambiar bienes sin que nadie pueda pisotearlo, rechazaba con rotundidad, dentro de los siete títulos ilegítimos, la donación hecha por el Papa porque este no tenía ninguna potestad civil o temporal sobre los indios que eran dueños de las tierras donde habitaban y en las cuales habían desarrollado un orden autónomo natural, que si bien les hacía cometer delitos contra naturaleza, eso no implicaba que se

---

<sup>79</sup> Vitoria basado en el derecho natural aceptaba como títulos legítimos: «1. el de la sociedad y comunicación naturales; 2. el de predicación del Evangelio; 3. el de protección de los convertidos; 4. el de dar un príncipe cristiano a los convertidos; 5. el de tiranía de los aborígenes al hacer a algunos víctimas de sacrificios humanos y antropofagia; 6. el de elección voluntaria, y 7. el de tratados de alianza más un título dudoso: 8. El de la posible amencia de los indios» (DOUGNAC 1994, 43).



busque coactivamente su conversión al cristianismo por deber ser esto una aceptación voluntaria y no una predestinación divina (DOUGNAC 1994, 42).

Debieron ser tan contundentes las reflexiones que se lanzaron sobre el tema que las Cortes de Valladolid, en 1542, suplicarían al emperador Carlos V remediar el sufrimiento de los indios, al punto de que éste haya considerado, sin que se haya comprobado, «la devolución de las Indias a las autoridades autóctonas» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 333). Lo cierto es que de esta problemática se originarían varias reuniones entre teólogos y juristas, en las cuales no faltó la presencia de Las Casas que intervino con su voz de denuncia ante el incumplimiento sistemático de las leyes y la desastrosa existencia de las encomiendas.

Es así que el 20 de noviembre de 1542, cuando ya las cuatro primeras Audiencias establecidas, hasta ese momento, en el continente habían recibido «la jurisdicción Suprema en su condición de custodias del sello Real» (MATA 2010, 71), se promulgaron las *Leyes Nuevas*, las cuales intentaron poner término a la insufrible situación de los indios a causa de la ambición de los conquistadores y colonos. Estas leyes en su parte sustancia prohibían: la entrega de nuevas encomiendas, la cancelación de la encomienda a la muerte de sus titulares con la consiguiente prohibición de transferencia a sus herederos y prohibiendo la esclavitud de los indios lo que daba lugar a que estos quedarán libres de los encomenderos y pasaran a la directa protección de la corona:

«Item, ordenamos y mandamos que de aquí adelante por ninguna causa de guerra ni otra alguna aunque sea so título de rebelión, ni por rescate, ni de otra manera no se pueda hacer esclavo indio alguno. Y queremos y mandamos que sean tratados como vasallos nuestros de la Corona de Castilla, pues lo son» (DOUGNAC 1994, 367).

Tras el establecimiento las *Leyes Nuevas* se creó, en 1543, la Real Hacienda. Institución que con personal propio se encargará de recaudar los tributos que los indios entregaban a sus caciques, lo cual dejaba de lado a los encomenderos que venían cumpliendo esa labor en beneficio propio (SUÁREZ 2004, 248). Sin embargo, la victoria del pensamiento de Las Casas plasmado en las *Leyes Nuevas* no tendría mayor duración, porque los encomenderos de la Nueva España desataron fuertes enfrentamientos por la afectación que esas

leyes imprimían en contra de sus intereses: ya sea por la reducción en el reparto de indios, como por la pérdida de la encomienda por fallecimiento del encomendero<sup>80</sup>. Los levantamientos fueron continuos y llenos de consignas, tanto que en el Perú se plantearían tempranamente la posibilidad de independizarse. Esta situación comenzaba a volverse insostenible y a peligrar la estabilidad de las conquistas realizadas. Dichas consideraciones obligaron a Carlos V en 1545, a revocar algunas las más controvertidas disposiciones, entre las estaban aquellas que modificaba la encomienda a la cual la volvió a ser hereditaria, y solamente mantuvo, sin mayor logro, las disposiciones que se referían al tributo que debían realizar los indios a sus dueños.

Tras el fracaso de las pretensiones de las *Leyes Nuevas* y ante el abierto desamparo en el que continuaban quedando los indios, surgió un debate teológico y jurídico referente a la guerra y a la condición de los indios, es decir, si estos eran hombres libres o eran unas bestias que podían comerciarse, a decir de Bataillon, como «una especie de ganado que el encomendero hace trabajar, que traslada a su voluntad, y que vende subrepticamente junto con la explotación agrícola cuando quiere irse de ella después de haberse enriquecido» (TOMAS Y VALIENTE 1983, 335).

La Corte española, de la mano de los académicos de la Universidad de Salamanca<sup>81</sup> quienes serían los encargados de zanjar este asunto, que había enervado los ánimos entre dos personajes antagónicos: por un lado el acérrimo defensor de los derechos de los indígenas Fray Bartolomé de las Casas y por el otro Ginés de Sepúlveda su detractor. La Corte ante la cuestionable humanidad y libertad de los indios determinó que estos no eran esclavos pero que requerían ser objeto de tutela. Por tanto, para dar vigencia a este nuevo estatus de los indios, desde la metrópoli se consideró un esbozo de derechos para estos, entre los que estaban: el pago por su trabajo, tener derecho a casa

---

<sup>80</sup> Esta fue una de las causas que mayor enfado causó en los encomenderos porque estos consideraban que era un derecho adquirido ya que desde el año 1513, aunque de una forma no tan clara, se les había permitido que la encomienda tuviera una duración de dos vidas, es decir las encomiendas podía transmitirse del primer poseedor a algún sucesor (DOUGNAC 1994, 338).

<sup>81</sup> Francisco de Vitoria, en la discusión académica, sería el que tendría el mayor protagonismo a tal punto de que su pensamiento fue inspirador de una importante escuela de derecho Internacional conocida como la Escuela de Salamanca.

y tierra propia, tener un tiempo para que puedan ser instruidos en la fe cristiana.

No obstante, si bien fueron proclamados libres los indios, se debía declarar hasta donde alcanzaba esta libertad, como sostiene García Gallo, «la libertad, como expresión de la capacidad jurídica para poseer derechos y cumplir obligaciones, no supuso en tiempos pasados que todo hombre tuviera los mismos derechos» (CUNILL 2011, 230). En tal virtud, la libertad respecto de los indios se encontraba condicionada a la necesidad de tutela o protección legal, por ser su estado comparable, jurídicamente, a los rústicos o menores del viejo derecho castellano, debiendo por tanto los indios estar «sometidos a tutela (libertad tutelada) y trabajar en las llamadas *encomiendas*, que estando ideadas para velar por su bienestar y formación, se convirtieron de hecho en una sucesión de trabajos forzados» (FERRÉ 2008, 36).

Raquel Yrigoyen, sostiene que a esta conclusión se habría llegado entrelazando la religión y la filosofía aristotélica<sup>82</sup> que sostenía que en las sociedades de barbaros, por naturaleza, no había entre ellos un ser destinado a mandar sino solamente a ser esclavizado. No obstante, este planteamiento pese a que entraba en contradicción con la pretendida igualdad de los hijos de Dios que pregonaba la ideología cristiana, fue rápidamente solucionado mediante una particular consideración que señalaba que los españoles pasaban a ser como una especie de hermanos mayores para los indios, y como tales se les encomendaba la tutela y evangelización de los indios quienes como hermanos menores debían trabajo y obediencia a los encomenderos (YRIGOYEN 1999, 46).

Por otro lado, el 6 de agosto de 1555 declaraba Carlos V, a través de una Real Cédula, el reconocimiento expreso de los usos y costumbres practicados por los indígenas cuando estos no afecten la religión de los cristianos diciendo que:

---

<sup>82</sup> Es muy sugerente la referencia que hace Bauman respecto de las ideas que plantea de Aristóteles en su obra *La Política*. Señala que si bien pueden ser descartadas varias de sus infortunadas sentencias, no se le puede culpar por ello ya que «no podía pasar por sobre la realidad social de su época» (Z. BAUMAN 2008, 71-72) una realidad que incluso en tiempos de la conquista era completamente distinta; pero que historiadores de la época como Juan Ginés de Sepúlveda la equipararon con la realidad de su época para esclavizar a los indios.

«[A]probamos y tenemos por buenas vuestras buenas leyes y buenas costumbres que antiguamente entre vosotros habéis tenido y tenéis para vuestro regimiento y policía, y las que habéis hecho y ordenado de nuevo todos vosotros juntos, con tanto que nos podamos añadir lo que fuéremos servido, y nos pareciere que conviene al servicio de Dios Nuestro Señor y nuestro y a vuestra conservación y policía cristiana, no perjudicando a lo que vosotros tenéis hecho ni a las buenas costumbres y estatutos vuestros que fueren justos y buenos [...]» (DOUGNAC 1994, 261).

Con ésta Real Cédula quedó reconocida la vigencia del derecho consuetudinario de los pueblos originarios, no solo en lo que se refiere a sus usos y costumbres anteriores a la llegada de los españoles, sino también las nuevas formas jurídicas que puedan crearse dentro de sus propios procedimientos, eso sí siempre y cuando estas no sean contrarias a la corona ni a la fe cristiana, pues existieron varios preceptos que la Corona, siguiendo sus principios religiosos, no estuvo dispuesta a tolerar. Claro ejemplo de ellos serían las prohibiciones que se registrarían en las *Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias*, en las cuales se señala que estaban totalmente prohibidas las idolatrías, la poligamia, la desnudes pública de los autóctonos, los matrimonios con niñas o la venta de éstas para este mismo fin (CONTRERAS 2006, 235).

No obstante, a pesar de las leyes que se habían dado hasta estas fechas no frenaba la inmisericorde vida que llevaban los indios y las formas de aniquilarlos. En 1559 el juez de la Real Audiencia de Lima, Fernando de Santillán, señalaba que pese a que las leyes que propugnaban la libertad y el buen tratamiento que debía darse a los indios, los españoles hacían completamente lo contrario y de forma sumamente bárbara ya que mataban a los indios «lanzando sus perros sobre algunos, quemando a otros, sin privarse, además, de mutilarlos, cortándoles la nariz, los brazos o los senos, e inventándose mil otras maneras de despedazarles» (ESLAVA 1993, 155).

Pasado algo más de un siglo y medio de la llegada española, cuando ya habían desembarcado en el «puerto Sevilla 185 mil kilos de oro y 16 millones de kilos de plata» (GALEANO 2004, 40), las abundantes disposiciones promulgadas para las Indias fueron integradas en un solo cuerpo normativo que pasará a ser conocido como la *Recopilación de la Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680.

Se menciona que esta compilación representó la más importante obra jurídica de la época porque en sus 6377 leyes, organizadas en 218 títulos y en nueve libros, conjugaba todo lo que hasta ese momento se había venido gestando en materia de derechos humanos de los indígenas (SUÁREZ 2004, 231). A este respecto se puede apreciar que la Recopilación en el libro primero trata sobre asuntos de carácter religioso en los cuales tiene singular relevancia: la conversión de los indios al catolicismo y con ella la extirpación de la idolatría debiendo estos cumplir con los preceptos cristianos de oír misa y aprender la doctrina cristiana los domingos y fiestas de guardar (Lib. I, tít. I, ley XIV). Así mismo se contemplaban disposiciones que señalaban que cuando los indios vayan a misa en las fiestas no sean sujetos de averiguaciones por parte de las autoridades de justicia en las puertas de la iglesia (Lib. I, tít. I, ley XVI).

En el libro segundo contiene normas de Derecho administrativo y sobre todo las que tratan sobre la organización de justicia, la cual en lo que concierne a los indígenas se puede advertir los siguientes preceptos: la rapidez procesal con observancia de los usos y costumbres indígenas, tribunales especiales para indios y la gratuidad de las tasas judiciales moderación en los honorarios de los abogados. Además hay que añadir que en este libro se reconoce la vigencia de «las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía, y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos, y que no se encuentren con nuestra sagrada religión, ni con las leyes de este libro» (Lib. II, tít. I, ley. IV).

El libro tercero, contiene disposiciones sobre Derecho administrativo, militar y naval. Se incluyen además la justificación de la colonización de América, un conjunto de medidas para atraer por la paz a los indios y en caso de guerra hacerles los requerimientos necesarios (Lib. III, tít. IV, ley. XIX), así como también disposiciones que refieren a la utilización de «gente ociosa que inquieta y altera el sosiego público» para ser empleadas en exploraciones y nuevos descubrimientos.

El libro cuarto trata principalmente sobre descubrimientos, poblaciones, cabildos, obras públicas, minas, pesquerías y obrajes. Señala que los indios no sean agraviados en los repartimientos de tierra (Lib. IV, tít. VII, ley. XXIII-XXVI) y más bien sean favorecidos (Lib. IV, tít. XII, ley. VII); que puedan labrar minas

(Lib. IV, tít. XIX, ley. XIX), que no se les haga la guerra y se les guarden sus excusiones y privilegios (Lib. IV, tít. I, ley. XV); que en guerras no se les haga daño ni se les tome cosa alguna (Lib. IV, tít. I, ley. X);

El quinto libro tiene quince títulos y principalmente se refiere a las jurisdicciones y atribuciones de los funcionarios.

El sexto libro, a diferencia de los anteriores que incluyen a los indios de forma dispersa, trata un buen número de preceptos específicamente destinados para los aborígenes entre los cuales estaban: el libre derecho de los indios para casarse con españolas y de los españoles para casarse con indias (Lib. VI, tít. I, ley. II); la prohibición de sacar a los indios del ambiente en que han vivido (Lib. VI, tít. I, ley. XVI); el respeto de sus oficios labranzas y ocupaciones (Lib. VI, tít. I, ley. XXI); el permiso de criar cualquier ganado (Lib. VI, tít. I, ley. XXII); comerciar libremente y a contento de las partes entre españoles e indios (Lib. VI, tít. I, ley. XXV); que se les enseñe la lengua castellana (Lib. VI, tít. I, ley. XVIII); la obligación de andar vestidos (Lib. VI, tít. I, ley. XXI); la prohibición del amancebamiento y la poligamia (Lib. VI, tít. I, ley. IV-VI); que no se les obligue a hacer casas ni edificios a sus encomenderos (Lib. VI, tít. VI, ley. XIX); que no puedan vender sus haciendas sin intervención de la justicia (Lib. VI, tít. I, ley. XXVII).

El libro séptimo estaba compuesto por ocho títulos y se ocupaba de aspectos de procesales, de los delitos y de las penas. Dentro de estas se encuentran las prohibiciones que versan sobre las relaciones de los esposos separados, el juego y jugadores, los vagabundos, gitanos y esclavos. Así mismo se detallan la organización carcelaria, el tratamiento al que debían ser sometidos los detenidos, como también la forma en que deberían realizar el control de los lugares de detención. Finalmente, y aunque de forma desordenada, se enumeran y describen los distintos comportamientos punibles y las sanciones previstas para los responsables (HURTADO 2012, 136).

El libro octavo contempla los tributos y las rentas públicas señalando sus tribunales, oficinas, funcionarios; así como el régimen de los tributos del quinto, de las alcabalas, del almojarifazgo y otros impuestos. Se establece que a los indios se les cobren los tributos con el menor daño (Lib. VIII, tít. IX, ley. X); se grava con mayor tributo a los tesoros obtenidos con la muerte del

cacique (Lib. VIII, tít. X, ley. III) como una forma de impedir que se mate arbitrariamente a los indios principales puesto que con vida el rey obtiene una sexta parte, mientras que muerto la mitad.

El noveno y último libro es el más extenso y se encarga de establecer las normas sobre Derecho comercial y marítimo, así como las relaciones económicas de monopolio entre la metrópoli y las colonias. En definitiva dentro de estas leyes se establecieron algunos de los denominados privilegios de los indios, en virtud del mantenimiento del trío de viejos estados que configuración del status de los indios como rústicos, miserables y menores.

Por ello es que las leyes bajo estas consideraciones contemplaban las siguientes prerrogativas: la presunción de libertad en favor del indio, se les eximía de la obligación de exhibir garantía al entablar una denuncia o querrela por temer que después se tratara solamente de una calumnia, la consideración como de: *casos de Corte Real* los procesos judiciales en los cuales intervengan indios, siempre y cuando estos no sean por cuantías menores o conflictos entre indios. También se continuó manteniendo la condición de menores permanentes, es decir de sujeto incapaz de defenderse adecuadamente ante los tribunales, por lo cual éste podía rendir declaración con derecho a retractarse con posterioridad; así mismo, también, tenía la posibilidad de presentar pruebas en todos los conflictos en que estuviera involucrado, aun fuera del término establecido para su presentación. Además se estableció que los delitos realizados por los indios sean penados con menor severidad que los cometidos por españoles, al tiempo que en sentido opuesto se fijaba que en los hechos delictivos cometidos por los españoles en contra de los bienes o integridad física de los indios fueran sancionados más gravemente (SUÁREZ 2004, 249), conforme ya lo había reconocido en 1593 Felipe II en una de sus *Ordenanzas*<sup>83</sup>.

## 5 El Derecho Penal Colonial

Los Reyes Católicos al establecer en Las Indias su soberanía, los habitantes y todo cuanto existiera en esos territorios comenzaron a estar

---

<sup>83</sup> «Ordenamos y mandamos que sean castigados con mayor rigor los españoles que injurien u ofendieren o maltrataren a los indios, que si los mismo delitos se cometieran contra españoles y los declaramos por delitos públicos» (JIMÉNEZ DE ASUA 1964, 962).

regidos por un nuevo orden social fijado por el Derecho castellano. En tal virtud las leyes dispuestas en la metrópoli pasaron a tener automática vigencia en el Nuevo Mundo sin que se requiera ningún tipo de autorización. Sin embargo, en el año de 1614 el Consejo de Indias asume la competencia legislativa y limita la extraterritorialidad de las leyes castellanas, debido a que el Derecho indiano alcanzó un mejor desarrollo capaz de lograr una autonomía normativa respecto del vigor de las disposiciones declaradas en Castilla.

Es importante señalar que aunque la Corona tuvo interés de que las autoridades encargadas de administrar justicia, comúnmente conocidas como oidores, fueran hombres de amplios conocimientos jurídicos<sup>84</sup>, en la práctica la gran mayoría de autoridades careció de estos conocimientos por lo cual habría existido una vulgarización del Derecho, debido a que las autoridades al intentar ajustar sus actuaciones a las disposiciones normativas existentes, lo habrían practicado de forma incorrecta debido «a la multitud de disposiciones de vigencia provincial, casuística y que con frecuencia rectifican otra anterior, en gran parte no publicadas por dirigirse a autoridades determinadas y que en muchas ocasiones se han destruido» (SÁNCHEZ-ARCILLA 1994, 21). Bajo esta visión no era de extrañarse que las autoridades aplicaran la justicia valiéndose de las *Partidas*, inobservando así el orden de prelación que se había establecido desde las Cortes de Alcalá de Henares de 1348 y ratificado en las Leyes de Toro de 1505 (SÁNCHEZ-ARCILLA 1994, 17).

La vulgarización del Derecho se efectuó con mayor incidencia en los pueblos más alejados de las ciudades puesto que en los lugares donde había letrados y las comunicaciones no estaban dificultadas existió una mejor aplicación de las normas contenidas en la Recopilación. Normas que desde una perspectiva penal para algunos son entendidas como «la fuente más importante del derecho penal indiano» (ZAFFARONI 1998, 404) mientras que para otros estas normas serían carentes de «toda significación desde el punto de vista penal, pues no contienen sino aisladas disposiciones, y su valor como instituciones prácticas es más que dudoso» (SOLER 1992, 94), ya que

---

<sup>84</sup> Entre estos, dice Dougnac, figuran personajes que provenían de las mejores universidades de Europa e Indias, con altos grados académicos. «Piénsese en un Juan de Solórzano Pereira, en un Juan de Matienzo, en un Pedro Frasso, un Juan del Corral Calvo de la Torre, un Vasco de Quiroga, un Sebastián Ramírez de Fuenleal, un Hernando de Santillán, un Gaspar de Escalona y Agüero» (DOUGNAC 1994, 140),



solamente se limitan a enumerar una serie de casos concretos o a describir formas particulares de un mismo delito que eran completadas con factores que eran apreciados por el juzgador y que hacían aumentar o disminuir las penas<sup>85</sup>.

No obstante, fuera de su importancia o de su falta de significación, lo cierto es que el Derecho penal introducido en América durante la conquista y colonización persiguió un fin vindicativo e intimidatorio sobre todos los miembros de la sociedad. Para ello se intentaba que la ejecución de las penas fueran lo más inmediatas a la acción delictiva, pretendiendo con esto crear en la mente de los espectadores la imagen de una justicia intolerante de las conductas delictivas. Sin embargo, el intento de inmediatez temporal de la reacción de la justicia planteaba que las sentencias se impongan por vía sumaria sobre todo en los delitos considerados como atroces, dando paso inmediatamente a la ejecución de la pena capital. Donde el *ius puniendi* se muestra como un espectáculo de violencia desenfrenada, teatralmente llevado al aire libre, en plazas, parajes e incluso cadalsos que eran levantando en el mismo sitio donde se cometió el crimen para que la densa concurrencia de gente pueda observar claramente la bárbara ejecución.

### 5.1 Tipología de los delitos

Las conductas constitutivas de delito en América fueron las mismas que en la metrópoli española, lo cual «cambió radicalmente la noción de delito propia de las poblaciones indígenas» (RICO 1998, 49). Se podría decir que la diferencia con los delitos que se sancionaban en la metrópoli española y los de América, estribaba en la graduación de la pena toda vez que al existir una mayor incidencia de ciertos delitos, en comparación con los que se producían en España, la pena establecido para los mismos se encontraba agravada incluso involucrando a un mayor número de participantes, lo que irremediamente condujo a que los delitos sean cada vez más severamente reprimidos.

Ricardo Mata considera que los delitos más recurrentes en la etapa colonial son deducibles tanto de las disposiciones particulares que se

---

<sup>85</sup> La condición social del delincuente, la edad, el momento o el lugar de ejecución, la frecuencia del delito, la cuantía, la alevosía, la riqueza o pobreza del reo, etc. (TOMAS Y VALIENTE 1969, 334) eran factores que se tenía en cuenta a la hora de agravar o atenuar un delito cometido.

formulaban para ciertos tipos de hechos, así como por las causas que llegaban a los Tribunales de Justicia, en donde los delitos que mayormente eran conocidos tenían que ver con las injurias (2010, 74), así como otros que se daban «contra la persona (homicidios, lesiones, duelos), contra la propiedad (robo, abigeato, daños) y contra las costumbres (atentados sexuales, concubinato, adulterio, seducción, violación, rapto, sodomía)» (RICO 1998, 54).

Hay que señalar que la tipificación de los delitos en la Recopilación fue muy insuficiente frente a los diferentes delitos que se sancionaba. Por ello es que para su valoración y sanción se utilizaba el contenido que de estos se hacía en las *Partidas*, debido a esto es que se varios delitos se encontraban castigados pese a no constar en la Recopilación entre estos se pueden señalar:

a) *Delitos de traición*.- Desde la época del Ordenamiento de Alcalá, este tipo de delito era considerado como el más grave dentro de las leyes españolas por afectar a la soberanía del rey, siendo el mismo el encargado de castigar por la vía penal los agravios de sus súbditos, cosa que comúnmente terminaba en la imposición de la pena de muerte y la confiscación de sus bienes. En las Indias el castigo de este delito también fue aplicado a los indios que se sublevaban pese a la protección legal que tenían, debido a que estos hechos se interpretaban como un alzamiento en contra de la soberanía del rey «ya que todo lo que perjudique, lesione o atente contra los intereses de la Monarquía se estima como lesivo contra la majestad personificada: el rey» (TOMAS Y VALIENTE 1969, 238-239).

Al estar enfocada la política administrativa de la Corona española en establecer un mayor control sobre las sociedades indígenas, el poder que representaba la autoridad real no podía ser disminuida por los levantamientos de la poblaciones nativas, por lo cual quienes no sucumbían ante las tropas militares eran puestos a órdenes de las autoridades judiciales delegadas por la Corona en el Nuevo Mundo. Estas castigaban tanto a los autores como a los cómplices de este delito que llegó a ser equiparado con el delito de traición y que en las *Partida*, se lo calificaba como la «más vil cosa y la peor que puede caer en corazón de hombre» (Partida 7, Tit. II, ley 1), por lo cual a los indígenas «se los mataba como animales y se los eliminaba totalmente al menor indicio

de rebelión (tal fue el caso, entre otros, de Cuauhtémoc, Atahualpa, Caupolicán y Túpac Amaru)» (RICO 1998, 54).

Al ser considerado un delito sumamente grande se diferenció la sanción en razón de la actuación en el hecho. Para los autores, que eran quienes dirigían los levantamientos, se les imponía la pena capital de horca a la cual se adicionaba como forma ejemplarizante e intimidatoria, la decapitación o descuartizamiento del cadáver del ajusticiado, de cuyos pedazos el verdugo distribuía por «las picotas ubicadas en lugares públicos y caminos de mucho tránsito, donde la macabra exposición sirviera de provechoso escarmiento y contundente enseñanza» (ESLAVA 1993, 153) para el pueblo donde se había cometido el delito de traición y levantamiento. A los cómplices en cambio se los sancionaban como reos de delitos comunes, aplicando para ello las penas tenidas como menos graves como los azotes o un determinado número de años de trabajo forzado en presidio o arsenal (MARÍN 2009, 41).

*b) Delitos contra Dios y la religión.*- La protección de la fe católica motivo a que varios comportamientos sean considerados como delitos y por ende merecedores de una sanción en el mundo terrenal. Los mandamientos divinos se convertían en máximas que debían de cumplirse: las blasfemias, idolatrías, o cualquier acto que enuncie algún fondo herético se encontraba penados.

Las idolatrías en los aborígenes se presentaban principalmente en las zonas rurales y se daba cuando los indios a pesar de haber recibido el bautismo continuaban adorando a sus dioses, recayendo en prácticas idolátricas y poniendo en peligro la fe que era el valor jurídico de mayor importancia para la Corona y la iglesia. Por lo cual el conocimiento y resolución de este tipo de delito estaría a cargo de las visitas de idolatría que serían una institución comparable a la representó la inquisición para los españoles.

El surgiendo de estas visitas sería con posterioridad a la instalación de la institución del Santo Oficio que carecía de jurisdicción para poder enjuiciarlos. En tal virtud sus actuaciones contemplaban tanto el castigo de las idolatrías como la evangelización de los indígenas toda vez de que los sacerdotes jesuitas luego de la actuación de los visitantes de idolatrías intentaban restaurar la fe católica denostada entre los indígenas (CORDERO 2010, 357).

Así la evangelización se convirtió en un medio esencial para conseguir la aculturación de los indígenas, lo que facilitó el sometimiento al control de los colonizadores ya que no sólo destruyó sus ídolos sino también su organización social.

En lo que respecta a las herejías se puede decir que a pesar de los indios estaban excluidos de la jurisdicción inquisitorial, sus herejías no quedaron impunes, pues existieron verdaderos procesos inquisitoriales llevados por las audiencias episcopales, las cuales entre otras atribuciones tenía jurisdicción civil y criminal en asuntos relativos de la fe y la costumbre de las poblaciones indígenas. A diferencia del Santo Oficio, que estaba sometidos a un régimen procesal de estricto cumplimiento, los tribunales eclesiásticos actuaban casuísticamente y sometidos a la personalidad del obispo quien en definitiva era el que ponía en acción la Audiencia episcopal, por cuanto estaba a su cargo el vigilar la adecuada evangelización y consolidación del cristianismo ante el peligro que representaba el regreso de la idolatría en los indios; como habría de comprobarlo Gonzalo de Balsalobre quien al descubrir la pervivencia de creencias paganas en 1653, redactaría un *Tratado de las idolatrías y hechicerías* como una ayuda para que los párrocos pudieran detectar este tipo de afrentas hacia la fe (ZABALLA 2010, 22).

Sin embargo, el cumplimiento de las funciones en contra de la herejía en los indios se veía impedida por cuestiones de índole geográficas, pues la falta de caminos dificultaba que se hagan con regularidad las visitas pastorales de los obispos, para lo cual se estableció que el obispo nombre visitadores que de acuerdo a la Recopilación (Lib. I, tít. VII, ley XXIV) debía de elegirse a «personas eclesiásticas, y no seculares, de ciencia, temor de Dios, buena vida y ejemplo [...]». Teniendo los visitadores la autoridad suficiente para sancionar en el mismo pueblo a los indios, pues se contemplaba que «en los casos de su jurisdicción los castiguen en sus pueblos atendiendo á la flaqueza, cortedad de ánimo y caudales de estos » (Lib. I, tít. VII, ley XXVII).

c) *Delitos contra las personas.*- Los atentados contra la vida e integridad de las personas, junto con los delitos contra la propiedad, fueron sin duda los que más preocuparon a los agentes de la justicia. La pena capital sería la más

común para castigar este tipo de delito, aunque ésta estaría más suavizada cuando el homicida perteneciera a la clase nobiliaria.

Los delitos contra las personas eran variados: el homicidio, lesiones en riñas o premeditadamente con la intención de matar, abortos, infanticidios, y parricidios; a los cuales las Partidas establecían un modo especial de aplicación de la pena de muerte<sup>86</sup>, pretendiendo con ello dar a la sociedad una significación al castigo impuesto.

d) *Delitos contra el patrimonio.*- Frente a este tipo de delitos, que afectaban el patrimonio privado, la aplicación de las penas consistían en resarcir económicamente a la víctima varias veces el valor de lo hurtado, así como también la imposición de alguna pena corporal que podía ser: azotes, mutilación de orejas o pie, e incluso la pena de muerte dependiendo de la cuantía y el lugar donde se producían, siendo los salteadores de caminos, *bandidos*, y los bandoleros los delincuentes que comúnmente se les imponía esta última forma de sanción.

La legislación frente a este tipo de delitos fue cambiante, pues hasta 1522 en la metrópoli española se preveía un agravamiento según la reincidencia del autor de los delitos patrimoniales<sup>87</sup>, pero luego de esta fecha no se admitían reincidencias y la pena directa a aplicarse sería la de galeras, la misma que llegaría a durar, según una pragmática de Felipe II de 1566, hasta seis años.

Con el fin de evitar la compra de objetos robados existieron políticas criminales que intentaron cortar los mercados donde se comercializaban los objetos robados sean estos prendas de vestir, productos alimenticios, ganado o metales preciosos. En este último tipo de hurto, por ejemplo, quienes los ofrecían para la venta tenían la obligación de llevar cuentas de los objetos adquiridos, así como también la prohibición de comprar oro y plata a personas desconocidas, debiendo exponer los objetos adquiridos para la

---

<sup>86</sup> La Partida (VII, Tít. 8, Ley XII) establecía que el parricida luego de ser azotado debía ser colocado al interior de un saco con algunos animales, para luego ser arrojado al río o al mar más cercano al que se cometió el hecho.

<sup>87</sup> Así, el primer hurto se castigaba con vergüenza pública y el pago de siete veces el valor de lo hurtado; el segundo, pena de vergüenza y algunos años de galeras; el tercero ameritaba la pena capital.

comercialización por lo menos durante 10 días sin modificarlos; todo ello con el fin de asegurar que lo ofrecido no provenía de hurtos.

e) *Delitos contra la verdad.*- Estos delitos consistían en un falseamiento a la verdad o como lo definieran las Partidas (VII, 7, 1) un «mudamiento de la verdad» y que generalmente se daba con la falsificación de documentos y sellos reales o eclesiásticos, actuaciones de funcionarios que no guardaban el secreto debido, defensores que traicionaban a sus clientes, falsedades en la identidad familiar, apropiación indebida de títulos, llevar vestimenta de clérigos y militares sin serlo, declaraciones falsas, etc.

f) *Delitos contra el honor de las personas.*- En una sociedad en que la reputación tenían un alto grado de aprecio, los improperios que se vertían contra ciertas personas no habrían de quedar impunes. En unos caso mediante la solución privada por medio de riñas que en algunas ocasiones resultaban hasta muertos o mal heridos, ya que existía el convencimiento de que más valía una honrosa muerte que una vida sin reputación; mientras que en otros caso se recurría a la justicia para encontrar solución de estos hechos donde la controversia se saldaba con la retracción del acusado más una sanción de índole económica.

g) *Delitos contra la moral sexual dominante.*- Dentro de estos están los delitos de estupro, las violaciones, los raptos de mujeres, el amancebamiento, adulterio, tratos ilícitos, alcahuetería, la bigamia, los rufianes, el incesto, la sodomía y la bestialidad.

h) *Delitos contra la administración de justicia.*- Cometían este tipo de delitos todos aquellos que pudieran dificultar la acción de la justicia sea por: los insultos, agresiones y desacatos a las autoridades, así como también el incumplimiento de condena, resistencias a las detenciones y las fugas de los detenidos.

La gravedad de estos delitos era variable, aunque resultaba difícil diferenciarla dentro de un sistema que imponía la pena máxima a delitos menores, por ello es que el causar la muerte a una autoridad no podía ir más allá de la pena capital y la pérdida de bienes tal como ocurría con delitos de menor gravedad. Ya que siguiendo el mismo caso, si en vez de resultar muerto

dicha autoridad solamente quedaba herida, la pena impuesta resultaba ser la misma sin reducirse en nada.

*i) Delitos contra el orden público.*- En este se consideraban todos aquellos alborotos y tumultos que alteraban el orden público. El juego con barajas o dados, el duelo entre gente que carecía de origen nobiliario, fueron solo algunos de los comportamientos indeseados que comúnmente eran incumplidos.

## 5.2 Las penas y su aplicación

Solórzano Pereira fue partidario de que el derecho penal indiano fuese aplicado con rigor por cuanto creía que la clemencia que tenían algunos jueces era perjudicial para la realización de la justicia pues algunos malhechores al no recibir la pena correspondiente iban a otras provincias a seguir cometiendo sus fechorías. No obstante, su recomendación sería poco escuchada por los jueces que se dieron en aplicar penas menos graves en un sistema punitivo estaban distribuidos en función de la jerarquía social, puesto que el derecho penal indiano al igual que el de la metrópoli española, no estaba regido por el principio de igualdad legal. Es por ello que el derecho penal indiano fue absolutamente desigual: tanto para los colonos españoles como para el común de los indígenas, ya que a los caciques se reconoció un tratamiento punitivo similar al de la nobleza española, siempre y cuando sus crímenes no fueran considerados de lesa majestad (ZAFFARONI 1998, 404-405).

Si bien en los conflictos civiles se consentía la composición, no ocurría lo mismo en las causas criminales donde la indemnización o cualquier otro acuerdo que pretenda poner fin al litigio estaban expresamente prohibidos por disposición de los Monarcas. Así consta establecido en la Recopilación (Lib. VII, tít. VIII, ley. XV-XVII) que establece que los jueces no están llamados a moderar las penas establecidas en las leyes y ordenanzas, así estas establezcan o conminen a que se imponga la pena de muerte a los delincuentes (MATA 2010, 75), aunque hay que señalar que a los indígenas por su condición jurídica, de rústicos, miserables y menores de edad, estarían sometidos a un tratamiento más benévolo en algunos casos.

La Corona igual que con la justicia aplicada en la metrópoli, buscaba sacar utilidad con los castigos que imponían sus autoridades delegadas. Mediante la imposición castigos no se pretendía reparar el daño ocasionado con la infracción, sino más bien la visión economicista de la justicia permitía que las penas impuestas sirvan para mantener a los organismos judiciales.

El carácter ejemplificador fue un componente indispensable de las sentencias; y la manera de lograr su cometido pasaba por hacer que estas sean ejecutadas de forma pública, cosa que en efecto en algunos casos se conseguía sin mayores inconvenientes, mientras que en otros esto no era posible por la naturaleza de las penas como era el caso del encarcelamiento y los trabajos forzados. Sin embargo, esto no era un obstáculo insalvable que impida llevar a efecto la vertiente ejemplificadora de las penas, ya que a estas penas se sumaban otros castigos, como los azotes, que ubicaban al condenado ante los ojos del pueblo y con ello se conseguía el cometido propuesto.

a) *La pena capital.*- La aplicación de esta sanción en el Nuevo Mundo en el siglo XVI habría sido excepcional. Los jueces aplicaban penas más benignas en comparación a las que contemplaban las leyes, por ellos es que la pena capital comenzó a caer en desuso. Así cuando alguien era sentenciado a esta pena se tenía que buscarse al verdugo dentro de las cárceles para que se cumpla la pena establecida. Al criminal que hacía de verdugo se le conmutaba la pena a cambio de desempeñar este deshonroso oficio (ZAFFARONI 1998, 405), ya que ningún ciudadano honrado se atrevía a realizarlo voluntariamente porque, como la refiere Concepción Arenal, el verdugo era «un ser que inspira[ba] horror y desprecio, una criatura degradada, vil, siniestra, cubierta de una ignominia que no tiene semejante» (citada en ESLAVA 1993, 21). Los adjetivos fueron tan suficientes que en los primeros tiempos de la conquista al existir ausencia de hombres que pretendan llevar tan despreciable labor, se recurrió a utilizar a los esclavos negros, que habían sido traídos al Nuevo Mundo, para que realicen este despreciable oficio (MATA 2010, 76).

Previa a la ejecución de la pena capital no era extraño que en los delitos más graves, entre ellos el de rebelión, y con el ánimo de agravar la infamia al castigo impuesto, se practiquen suplicios que incrementaban el sufrimiento del



condenado de forma parecida a la que padeció Damiens en 1757 (FOUCAULT 2009, 11-14). Es el caso por ejemplo de Tupaj Amaru y su pareja Nicalea Bastidas (sentenciados el 18 de mayo de 1781), o Bartolina Sisa, sentenciada el 5 de septiembre de 1782, de los cuales de modo general se puede decir que fueron descuartizados por caballos, menos Nicalea Bastidas que fue garroteada, para luego ser sus extremidades enviadas a distintos lugares (CHUQUIMIA 2012, 171).

Por otro lado, al ser una sociedad desigual la pena capital también tendía a mantener esa diferenciación. Por ello es que para el delincuente común, es decir aquel que pertenecía al pueblo, la horca sería la sanción frecuentemente aplicada; mientras que el garrote y la decapitación serían las que se aplicarán a la nobleza (ZAFFARONI 1998, 405). Cabe mencionarse que dentro de estas diferenciaciones se presentó una más y se relacionaba a la prerrogativa que tenía los indios de no someterse a la jurisdicción del Santo Oficio, pues esta institución se encargaba de investigar y sancionar a quienes desde la Metrópoli habían llegado al Nuevo Mundo a seguir practicando la hechicería y brujería. Esta situación determinó que mientras para un español reincidente de hechicería la sanción esperada era la pena capital, para un indio en las mismas circunstancias se le aplicaban penas de menor gravedad al estar para ellos prohibida la pena en este tipo de delitos.

La aplicación de la pena capital estaba preferentemente dispuesta para los delitos considerados como atroces (lesa majestad o contrarios a la fe, homicidios, bestialidad y delitos contra la propiedad mediando las agravantes de despoblado o reincidencia) y para los que causaban gran escándalo. La liturgia de la pena de muerte acorde con el derecho penal colonial, no solo buscaba utilidad sino también ejemplaridad. Para ello se recurría a la teatralización y solemnidad en su ejecución intentando mostrar a la sociedad una imagen triunfal de la justicia sobre los infractores y también con el grotesco espectáculo intimidar a la gente expectante de la realización de conductas similares.

Las formas de ejecutar la pena de muerte eran muy variadas: horca, degollamiento, hoguera, asaeteamiento, garrote, encubamiento, y con carácter excepcionalísimo la rueda. Entre estas el degollamiento era un privilegio de los

nobles y la horca, por infamante, era pena común para la gente corriente a la cual luego de sufrir tan desafortunado final se las dejaba expuestas por un largo tiempo a fin de que la representación de la justicia real perdurase en la conciencia de la gente.

Pocos fueron los condenados que se salvaron de la pena de muerte, pues una vez iniciada la ejecución la liturgia punitiva transcurría hasta sacar con dolor el último suspiro del condenado. No obstante, existió una excepción para que se llegase a ejecutar este tipo de penas a pesar de haberse dictaminado una sentencia. El caso particular se daba cuando el condenado, en la espera de la llegada del día de su muerte en manos del verdugo, entraba en un estado de locura que le producía una desconexión con la realidad y por ende éste era incapaz de comprender el castigo proferido, así como también no podía confesarse ni ser absuelto de sus pecados (LAS HERAS 1991, 323).

*b) Las penas corporales y de vergüenza pública.*- Existe una variedad de tipos de penas en la cual el cuerpo del condenado representaba una copia brutal del mal que había causado. En los casos en que era posible reproducir el delito cometido en el cuerpo del condenado, la pena se direccionaba en guardar la debida correspondencia ya sea con el tipo de delito cometido o la zona del cuerpo que había sido afectado o utilizado para cometer el crimen. De ahí que al blasfemo se le cortaba la lengua, al ladrón la mano, y así varios delitos que podían reflejarse en una parte específica del cuerpo capaz de ser mutilada.

Sin embargo, este tipo de penas comenzarían a ser rechazadas por el pueblo y por tal motivo los jueces sólo aplicarían estas de forma excepcional, comenzando estas a caer en un desuso progresivo lo cual llevaba a que estas sean sustituidas por otras penas, menos severas y más útiles para la monarquía (TOMAS Y VALIENTE 1969, 381).

Es por ello que al caer en desuso las penas que causaban mutilaciones en los condenados, la pena que mayor aplicación pasó a ser la de azotes por lo cual está podía ser ordinaria, cuando estaba establecida en una norma sancionadora; o extraordinaria, cuando la pena de azotes se aplicaba por sustitución de las penas de mutilación.

La ejecución de este tipo de sanción se podía realizar ya sea el rollo —flagelación estante— o por las calles de la localidad —flagelación ambulante— (MATA 2010, 76). Esta última forma de ejecución entrañaba un mayor vilipendio del honor y la dignidad del condenado en virtud de que esta se efectuaba por las calles más concurridas del pueblo, acompañada con los gritos del pregonero que publicitaba a los habitantes el delito cometido por el condenado, al cual se lo sacaba de la cárcel para que cumpla con el mencionado espectáculo punitivo, tal como ocurría en algunos delitos de idolatría cometido por los indígenas:

«[...] como consta destos autos [...] son culpados [...] en las idolatrías que an cometido los principales y demas yndios e yndias de este dicho pueblo en tan grande ofensa de Dios nuestro señor [...] que se executeen ellos la pena que mereçen en quanto puede y de derecho a lugar mandaba y mando sean sacados de la carçel y prision donde estan y atadas las manos con boz de pregonero que manifieste sus delitos y pecados publicos le sean dado por las calles acostumbradas a cada uno çien açotes [...]» (CORDERO 2010, 361).

Existieron así mismo diferentes formas de incrementar la vergüenza pública previa a la ejecución de la pena de azotes. Así por ejemplo al condenado por el delito de idolatrías, dentro del cual comúnmente estaban involucrados los indígenas, se lo podía exponer públicamente con una coraza en la cabeza; pasearlo con una cuerda anudada y amarrada al cuello; hacerlo cabalgar desnudo de la cintura para arriba montado sobre una llama o asno recorriendo las calles del pueblo; someterlo a un rapamiento de cabellera y cejas; hacerlo portar a perpetuidad una cruz grande en el cuello etc. (CORDERO 2010, 362-363). Todas estas situaciones vergonzantes para el condenado tenían como fin, el restablecer los valores sociales instituidos que se consideraban afectados por la conducta del condenado.

c) *Las penas privativas y limitativas de la libertad.*- Aunque materialmente lo fueron, mal podría llamarse a este tipo de pena como meras privatizaciones de libertad ambulatoria, puesto que esta forma de castigo no perseguía la privación de la libertad del condenado como pena, sino más bien el verdadero castigo consistía en la obtención de algún provecho que beneficiara a la comunidad, por ello es que al enviar a los criminales a los presidios lo que se pretendía era de que sean utilizados como mano de obra en los trabajos que

el reino requería ya sea en minas, obras públicas o a bordo de las embarcaciones que avanzaban por la acción viento y la propulsión de los remos de los galeotes.

El trabajo en las minas fue resultaba ser muy duro para los condenados. Las largas jornadas laborales, las enfermedades que se adquirían por la inhalación de gases tóxicos reducían enormemente las expectativas de vida de los condenados, al punto que la labor llevada dentro de las minas resultaba ser menos severa en comparación con la labor llevada por los galeotes en las embarcaciones reales, a pesar de las enfermedades e inmundicias que en estas existía y que cobraban, junto a los naufragios, muchas vidas.

En la metrópoli en el tiempo de los viajes de exploración y conquista del Nuevo Mundo, la pena de galeras representaba una de las sanciones más nuevas<sup>88</sup> y características del momento. La pena de galeras era aplicada ya sea como pena principal principalmente para: «ladrones, blasfemos, testigos falsos, desertores, fugados de prisión, vagabundos, bígamos y resistentes de la acción de la justicia» (LAS HERAS 1991, 305); o como pena sustitutoria de la pena capital en los delitos de índole patrimonial (robos, salteamientos de caminos, daños en cosas, etc.). Exceptuándose los delitos graves contra las personas (lesiones, homicidio) ya que la pena insalvable para este tipo de delitos era la pena capital (POLAINO-ORTS 2009, 33).

La utilización de criminales en las embarcaciones que viajaban a América origino que Felipe II dispusiese que los galeotes que fueran a estas tierras regresen a España una vez que hubiesen cumplido el tiempo al cual habían sido condenados. Sus disposiciones fueron consideradas y registradas posteriormente en la Recopilación (Lib. VII, tít. VIII, ley. XIII) al igual que otras disposiciones, que en relación a los galeotes prescribían que estos «fueran

---

<sup>88</sup> «[T]odo parece indicar que [la pena de galeras fue] inventada en Francia a mediados del siglo XV, fue adoptada por la Armada aragonesa en fecha posterior e implantada en Castilla por Fernando de Aragón. De hecho en alguna ley del año 1510 se alude a condenados a galeras. Pero, no obstante, se suele considerar la pragmática del Emperador de 31 de enero de 1530 como la primera disposición reguladora de los servicios forzosos de remo. Por medio de dicha pragmática Carlos V faculto a las justicias para conmutar ciertas penas por galeras. A partir de entonces, los castigos corporales de mutilación de miembro y los destierros perpetuos pudieron cambiarse al arbitrio de los jueces por servicios de galeras de duración superior a dos años. No se permitían condenas al remo de menor duración porque todos los remeros tardaban alrededor de un año en instruirse.» (LAS HERAS 1991, 304).

enviados a las provincias de Cartagena o Tierrafirme para el cumplimiento de la pena (L.XI, T.VIII, L. VII, RI)» (MATA 2010, 77).

El decaimiento de la necesidad de fuerza naval marcaría el declive de la pena de galeras. En América no existe referencia que indique hasta que fecha esta sanción fue utilizada, sin embargo es claro en todo caso que ésta dejó de aplicarse mucho antes que en la metrópoli española la cual aunque la extinguió en 1771 la volvió a restablecer en 1785 sin mayor utilidad ya que su desuso marco su propio fin (POLAINO-ORTS 2009, 34).

La extinción de la pena de galeras no volvió impunes a los delitos que frecuentemente eran aplicados este tipo de pena. El desuso de este castigo determinó que los delitos que hubiesen ameritado esta forma de sanción sean impuestos otro tipo de castigo no menos de severo. De ahí que la pena de galeras en Latinoamérica sea remplazada por la de presidios y trabajos públicos (LEVENE 1969, 128) mientras que en la Metrópoli sea sustituida por trabajos en los arsenales de El Ferrol, Cádiz y Cartagena (POLAINO-ORTS 2009, 33).

En los presidios las condenas, al igual que las conmutaciones por galeras, tenían una duración mínima de dos años (MARÍN 2009, 39); y una duración máxima que no podían exceder de los diez años (ZAFFARONI 1998, 404) tal como lo había dispuesto Felipe II para los blasfemos. Para Tomas y Valiente los trabajos forzados llevados en obras públicas cumplían una doble función en beneficio de la sociedad. Señalaba que con el trabajo público que efectuaban los condenados se conseguía cubrir tanto interés colectivo en la pena como el carácter ejemplificador de la misma. «Así el culpable paga dos veces: por el trabajo que suministra y por los signos que produce» (TOMAS Y VALIENTE 1969, 358).

La cárcel como autentica pena fue excepcional antes del siglo XIX, el carácter utilitarista de ésta suponía un gasto innecesario. De ahí que su aplicación haya estado limitada a un cierto número de casos leves, relacionados principalmente con las injurias proferidas de los hijos a los padres, el porte de armas prohibidas (Lib. VII, tít. VIII, ley. IX), o las idolatrías de los indios. En este último delito, los castigos impuestos a los indios no guardaban la misma severidad que los aplicados a los españoles debido a la condición

jurídica que ocupaba el indio dentro de la legislación indiana<sup>89</sup>. Para los indios el castigo, más bien, era utilizado para volverlos a la senda de la fe cristiana y disuadir al resto de futuras conductas similares. En Lima, al no estar normativamente fijada la pena para este tipo de delitos, entre las formas de castigo que estaban a disposición de la autoridad judicial se encontraban: la de azotes, «la obligación de concurrir a la doctrina una cantidad determinada de días; o bien con la realización de trabajos para la comunidad, o ser adoctrinados en la Cárcel de Santa Cruz del Cercado de Lima» (CORDERO 2010, 356).

Así pues, la cárcel para la jurisdicción eclesiástica fue una forma de sanción que sirvió como medio para reeducar al indio y reconvertirlo a la fe católica, con lo cual se advierte que «la pena tiene un fin correccional: equilibra el orden y repone la paz tanto en la sociedad como en el alma del delincuente, ya que este castigo expía su culpa» (TOMAS Y VALIENTE 1969, 353). Esto llama fuertemente la atención ya que el Derecho penal aplicado en las Indias distó mucho de ser correccionalista sino más bien su impronta era el carácter represivo, en donde las cárceles solamente servía como medio de custodia para «los detenidos en espera de proceso, los criminales enfermos o de constitución física muy frágil, los perturbados mentales, los prisioneros políticos y los deudores insolventes» (LAS HERAS 1991, 265); y no como medio que permita conseguir la enmienda de los delincuentes con ánimo de reintegrarlos a la sociedad<sup>90</sup>.

Por otro lado se debe mencionar que el tiempo de duración de la privación de libertad variaba según el arbitrio del juez, aunque en la mayoría de los casos el encierro fluctuaba entre diez y veinte días de cárcel, intentando en

---

<sup>89</sup> A este respecto están los expedientes del Archivo Arzobispal de Lima (AAL), que a decir de Macarena Cordero se encuentran pruebas del menor rigor punitivo que se ejerció sobre los indios en determinados casos (AAL, Leg, III, exp. 8; AAL, Leg, VI, exp. 8; AAL, Leg, II A, exp. 3). No obstante, condescendencia no fue la regla ya que esta autora señala que en algunos casos las autoridades en razón de la arbitrariedad imponían penas más rigurosas (AAL, Leg, II A, exp. 9) (CORDERO 2010, 358-361).

<sup>90</sup> Iñaki Rivera considera que el rol de la experiencia religiosa ha influido en la construcción de los modelos penitenciarios, al punto que «puede afirmarse sin error que fue el sistema penal y penitenciario propio de la Inquisición, quien diseñó con dos siglos de anticipación auténticos regímenes penitenciarios, cláusulas de conmutación de penas capitales por privación de libertad, aislamientos celulares y pretensiones de enmienda del *delito-pecado* (blasfemias, herejías...), como fórmulas penitenciales en el interior de celdas monacales que anunciaron fórmulas que más tarde se secularizarían y serían adoptadas por los Códigos Penales» (2003, 88).

ese lapso de tiempo el condenado adquiriera una conducta conforme a los requerimientos sociales dominantes o de ser el caso cumpla con una obligación incumplida. En el primero de los casos se menciona, por ejemplo, que la cárcel era impuesta para obligar a volver a ser vida marital con sus mujeres (Lib. VII, tít. VIII, ley. XV), mientras que el segundo de los casos mediante la privación de la libertad se buscaba coaccionar a los deudores con lo cual la cárcel no era una sanción de carácter penal sino que también funcionaba como una medida utilizada en asuntos de carácter civil (MATA 2010, 79).

La corta duración de la privación de libertad mantenía el sentido puramente procesal que tenía la cárcel en el contexto colonial de los albores del siglo XIX. En este tiempo la cárcel era un instrumento coactivo donde el procesado solamente permanecía privado de la libertad hasta la ejecución de la pena correspondiente.

d) *Penas económicas y confiscatorias.*- Las penas económicas fueron aplicadas a diversos hechos ya sea como pena principal o como accesoria. En el primero de los casos, en una época de difícil distinción entre conductas de índole penal o gubernativa las sanciones económicas se imponían por varios hechos que no ameritaban la imposición de una sanción penal, pues no todas las acciones reprimidas por las leyes eran consideradas delitos, por tal motivo algunas solamente ameritaban ser sancionadas como meras transgresiones a los mandatos reales sancionados por la legislación regia. Sin embargo, frente a las conductas que en ese contexto social se las consideraba como delitos y estaban reprimidas por leyes, a más del castigo corporal se establecían multas o privación de bienes acorde a al peculio del condenado conforme a la tradición de *Las Partidas*.

Jiménez de Asúa considera que las penas pecuniarias impuestas a los indígenas también se las hacía en relación a los bienes que estos disponían (JIMÉNEZ DE ASUA 1964, 961), por ello es que las sanciones podían imponerse sobre ganado, maíz u otro tipo de productos agrícolas que los indígenas tuvieran y que estuvieran en la posibilidad de entregar. En los delitos de idolatría incluso se practicaba la confiscación de los ídolos en favor de la Corona siempre y cuando estos estuvieran elaborados con algún metal precioso, de lo contrario la simple destrucción y reducción a cenizas era el

procedimiento común con las figuras paganas. Fue un tiempo en que las arcas públicas encontraron una fuente de ingresos permanente. De ahí que los emolumentos percibidos por este tipo de sanciones hayan servido para indemnizar a la parte perjudicada, pagar el salario de jueces y oficiales, ejecutar obras públicas y si quedaba todavía algún excedente, se ponía a disposición de la Corona para realizar con él alguna merced, en ocasiones a favor de la caridad pública para evitar la muerte de los detenidos.

e) *Las penas de destierro.*- Como es conocido, este tipo de penas consistían en la expulsión de una persona de un territorio determinado de forma temporal o permanente, mediante el establecimiento de escalas que regulaban espacial y temporalmente el cumplimiento de esta pena. De ahí que a faltas más graves, el destierro sea sancionado en lugares más lejanos de la colectividad de origen y por un tiempo mucho más prolongado.

En la Metrópoli española, con la llegada de Colón al Nuevo Mundo, este tipo de pena fue conmutada con el objeto de conseguir gente que pudiera poblar y establecer por un determinado tiempo en las nuevas tierras.

«En los primeros tiempos de la colonización americana, la falta de voluntarios fue suplida por la conmutación de pena a los desterrados en islas, expulsados de los reinos bajo dominio de los Reyes Católicos, y a los forzados de las minas. A todos ellos se les ofrecía la posibilidad de viajar al continente americano y establecerse en el durante un número — en teoría— limitado de años» (LAS HERAS 1991, 300).

El destierro no era considerado como una pena infamante por lo cual era frecuentemente aplicado a gente de las clases nobiliarias, aunque con el tiempo esta pena también llegó a aplicarse a las clases que no ocupaban esos títulos. Los efectos de la pena entre nobles y quienes no lo eran también resultaban ser distintos: para los nobles que tenían poder y bienes el cumplimiento del destierro solamente disminuía el disfrute de las cuotas del poder que disponían, como tampoco faltaron casos en que valiéndose de su poder económico podían evadir este tipo de penas pagando a la Corona y a la parte contraria altas sumas de dinero, cosa que no sucedía con la gente común que al ser desterrada quedaba privada de los medios de subsistencia.



## 6 La impronta colonial de la inferioridad del indio

Desde que adquiere notoriedad el descubrimiento de América, toma relevancia otra forma de descubrimiento, esto es el descubrimiento que el yo hace del *otro*. Desde el año de 1492, el otro ya no se lo mira únicamente en relación a su inclusión en uno u otro estamento dentro de los Estados progresivamente absolutistas, sino, que el *otro* ahora se lo identifica como un extranjero cuyas costumbres al no verse reflejas como las europeas, se duda inclusive de conferirle la pertenencia a la especie humana. Optando por atribuirle una equivalencia igual a la de una bestia, de la cual se podía sacar utilidad económica, por ello es que tras el descubrimiento fortuito de Colón los barcos que zarpan desde España ya no sólo llevaban en sus bodegas animales de carga a América, sino que en esas mismas bodegas de regreso a la metrópoli española, se las llenaba con indios que pasaban a ocupar el mismo lugar y consideración que los animales desembarcados en América, porque Colón, el descubridor, encontraba la misma equivalencia entre el ganado y los indígenas que iban a ser esclavizados (TODOROV 1998, 56).

Dialécticamente hablando Colón fue el descubridor y el primer discriminador del indio. Fue él quien bautizo como *indios* a los habitantes del Abya Yala, homogenizándolos y borrando paulatinamente sus diferencias. Los actos de poner nombre a las cosas no se limitaron a la pluralidad de sus habitantes, sino que también lo hizo para singularizar a la gente que tenía cierto protagonismo ante sus ojos, a veces confundiendo los nombres que creía escuchar o en otras buscando un significado paralelo con la referencia al Español. Claro ejemplo de ello es señalado por Todorov, el cual refiere que Colón «una vez que ha aprendido la palabra india *cacique*, se esfuerza más por ver a qué palabra española corresponde exactamente que por saber cuál es su significado en la jerarquía, convencional y relativa, de los indios» (TODOROV 1998, 37).

A Colón no le intereso en absoluto reconocer los nombres propios que los naturales de estas tierras se reconocían así mismos como a su entorno<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> Todorov refiere que para dar nombres a las islas Colón lo hizo en orden de importancia: Dios, la virgen María, el rey de España, la reina; la heredera real; acabado su repertorio religioso opte por considerar nombres que muestren una característica objetiva del lugar (TODOROV 1998, 35).

En el caso de Colón si bien no conoce la lengua indígena no le impide descifrar lo que los indígenas le comentan. La ideología que trae interiorizada Colón le hace que tenga una «deformación auditiva» (TODOROV 1998, 38), es decir que se crea con la capacidad de saber lo que los aborígenes le dicen o comentan entre ellos. Por ello es que sus delirios lo llevan a escuchar lo que quiere escuchar. De las terminaciones de algunas palabras cree saber que los indios en sus relatos afirman la existencia del señorío del Gran Kan, pues cuando estos «enuncian la palabra *Cariba*, para designar a los habitantes (antropófagos) del Caribe. Colón oye *caniba*, es decir la gente del Kan» (TODOROV 1998, 37-38).

La desnudes que los ojos de Colón vieron en los indígenas, y que lo recogería en su primer encuentro en su diario, fue el aspecto que de hecho le hizo determinar sin rebatimientos ni especulaciones, que los indios no tenían ninguna propiedad cultural, y por ende eran carentes de toda ley y de referente religioso. En opinión de Christian Delacampagne, ese relato recogido en su diario delata el «*racismo inmanente*» que tenía Colón, considera que el navegante ensimismado en su superioridad «de entrada, no [ve a los indígenas] como unos hombres que tienen una religión distinta, sino como seres que carecen de religión; dicho con otras palabras, como animales» (1983, 23).

La descripción hecha por Colón de los indios refuerza la inferioridad en que éste les atribuyó desde que se da al primer contacto. De hecho para describir el aspecto que tienen los aborígenes, recurre a compararlos con las características que le evocan algunos animales. Pero además, al referirse a la tonalidad de estos rememora a los primeros habitantes de las islas Canarias quienes no eran blancos, con lo cual «los salvajes quedan ya señalados por el color de su piel, y esta señal es, evidentemente, una señal de inferioridad.» (DELACAMPAGNE 1983, 24)

La irracionalidad que presentaban los indígenas al intercambiar, sus objetos de oro con cualquier baratija que se les daban a cambio, llevan a pensar a Colón que esta gente carecía de racionalidad. No pudo comprender el por qué esa gente tan distinta se contentaba con las míseras cosas que les ofrecían los hombres de su tripulación. Le desconcertaba la absurdidad de los

intercambios que realizan, al apartarse de la racionalidad europea que siempre lidiaba con establecer la equivalencia valorativa de los bienes que comerciaba. Pero pese a esto, Colón tolero por mucho tiempo este tipo de intercambios injustos, hasta que se dispuso que su tripulación por lo menos ofreciera objetos que no fuesen basura, pero para este tiempo la tripulación ya había logrado despojar de las pequeñas joyas que adornaban los cuerpos de los aborígenes.

Avanzada la colonización surgieron políticas de segregación y control de las poblaciones conquistada cuyo objetivo era planificar de mejor manera la extracción de recursos y adoctrinarlos conforme las costumbres *civilizadas* y la religión católica traída con ellos (BRANDT y VALDIVIA 2006, 53). Bajo estas pretensiones dio inicio una campaña enfocada en reducir a los indígenas en pueblos, para ello habrían de establecerse las villas de los españoles, por un lado, y los pueblos de indios por otro. A partir de esta división se crearon las reducciones o pueblos de indios con sus propias normas y autoridades según el esquema de gobierno que había en los asentamientos rurales de Castilla.

De esta manera el régimen jurídico indígena fue tolerado y validado únicamente cuando éste no afectase la religión católica ni la ley humana y divina (YRIGOYEN 2000), cosa que a ojos de la monarquía no dejaba ser más bien como una medida protección a favor de los indios, a quienes se los tenía como unos seres carentes de voluntad, incapaces de resistirse a los vicios y a las malsanas intenciones que algunos españoles les ofrecían, por ello que a éstos se les prohibió vivir en los pueblos de indios a no ser de que fueran miembros de misiones católicas (BRANDT y VALDIVIA 2006, 53).

Por otra parte, al ser carentes de voluntad no se les reconocía más desarrollo que el que tenían los niños, pues se consideraba que todos los indios eran débiles e inferiores, olvidando que las civilizaciones indígenas al momento de la conquista sus sociedades se encontraban preñadas de historias, a tal punto que en sus territorios se habían forjado grandes imperios que habían visto florecer y decaer diferentes culturas.

### **6.1 El nuevo orden social y el inicio de la invisibilización del otro**

La destrucción de las civilizaciones originarias se las hizo con un alto grado de violencia. Fray Bartolomé de las Casas, al describir la magnitud de las

matanzas que se hacían a estos pueblos decía que estos «no tenían ninguna oportunidad frente al armamento que tenían los conquistadores. Sus arcabuces, caballos y lanzas [...] en dos horas alcanza y alancea uno mil y dos mil hombres y desbarrigan y despedazan cuantos quieren con las espadas» (DE LAS CASAS, 1956: 3).

Pero esas multitudinarias matanzas no sería la única forma de acabar con la vida de esta gente. La historia da cuenta que la cifra de muertos haciende no sólo a miles sino a varios millones, incrementando significativamente si se cuantifica a este trágico panorama, de muerte y desolación, otros hechos que causalmente se encuentran estrechamente vinculados a esta conquista: las enfermedades traídas por los invasores<sup>92</sup>, los suicidios<sup>93</sup>, infanticidios, abortos, así como también las muertes sucedidas por la explotación económica y esclavista a la que estaban permanentemente sometidos los indígenas.

Sobre estos nefastos acontecimientos dan cuenta las narraciones, diarios y crónicas escritas por los conquistadores, soldados y misioneros, que se encontraban en su mayoría bajo el servicio de la corona, o incluso los escritos por quienes lo realizaron a título personal con el fin lograr obtener algún tipo de reconocimiento económico o simplemente inmortalizar las experiencias vividas en el Nuevo Mundo, añadiendo una buena dosis de imaginación y fantasía.

Pero además, se debe mencionar que el justificativo de la expugnación de sus territorios y legitimar el sometimiento de los pueblos indígenas, se sustentó en prejuicios de inferioridad racial que en la época se los tenía como valederos. El imperativo categórico mantenido tanto en la conquista como en la colonización, fue la condición inhumana del “indio” pues éste no respondía de acuerdo a los parámetros manejados por la civilización invasora.

---

<sup>92</sup> Entre estas enfermedades que costaron la vida a millones de indígenas estaban: «la viruela y el tétanos, varias enfermedades pulmonares, intestinales y venéreas, el tracoma, el tifus, la lepra, la fiebre amarilla, las caries que pudrían las bocas [...] Los indios morían como moscas; sus organismos no ponían defensas ante las enfermedades nuevas» (GALEANO 2004, 35).

<sup>93</sup> Gonzalo Fernández de Oviedo, cronista de la corona, señalaba que los suicidios de los indígenas se daban: «Muchos dellos, por su pasatiempo, se mataron con ponzoña por no trabajar, y otros se ahorcaron por sus manos propias» (citado en GALEANO 2004, 31).

En este contexto se llegó a sostener que éstos por ser diferentes, no solamente eran bárbaros, salvajes, incivilizados, idolatras, viciosos y vagos, sino que no alcanzaban a la categoría de seres humanos, es decir, comienza a dictaminarse la frontera entre las personas y quienes son las no-personas.

Sin embargo, pese a todas las adversidades a las cuales se encontraban permanentemente sometidos los pueblos indígenas, estos fueron extraordinariamente capaces de resistir y mantener vigente sus formas propias de organización pese a que la conquista y colonización llegó a desestructurar enormemente sus bases y poner en peligro la supervivencia de los pueblos originarios. En este contexto, se podría decir, que más que un instinto de supervivencia; los pueblos indígenas emplearon un verdadero sistema de supervivencia basado en dos principios: el de *conservación* y el de *transformación*.

Por un lado, el principio de conservación, en la medida en que les fue posible, les permitió mantener sus usos, costumbres a través de la reproducción de sus propios sistemas: económicos, culturales, sociales, legales, etc., forjados y recreados desde un tiempo más añejo que el propio arribo de los conquistadores al Abya Yala. Por otro lado, el principio de transformación es la vía que les ha permitido transformar lo ajeno y adaptarlo creativamente a lo propio.

En suma, estos principios desde luego no solo les permitieron subsistir como cultura, sino que también les ha permitido seguir conservando, aunque fragmentariamente la herencia cultural de sus antepasados, mismos que no se dejaron destruir ni social ni espiritualmente por parte del verdugo español, que en todo momento intentó imponer su voluntad mediante normas y categorías que fijen el control de los dominadores.

Es claro, en todo caso, que la historia de los pueblos indígenas no inicia con la conquista, más no así la historia de un prejuicio que ataca a la dignidad e integridad de las personas. El racismo, como si de una peste se tratase, se propagó desde occidente hacia el resto del mundo. Acabando con absoluta brutalidad con miles de personas, entre las cuales se cuenta las poblaciones

indígenas las cuales desde la colonización han sido tratados de las más despreciables y variadas formas<sup>94</sup>.

Se afirma que en América, el elemento discriminador hacia el diferente surge precisamente en el momento de la conquista. Allí es cuando se inicia la implantación de prácticas discursivas que se dirigirán a la construcción y negación del *otro*, hecho que terminará por marcar la vida y el desarrollo de los pueblos indígenas hasta nuestros días.

---

<sup>94</sup> Rodolfo Stavenhagen sin ánimo de exhaustividad enuncia las formas en que los indígenas fueron tratado, señalando que estos «no solamente fueron descubiertos por los conquistadores españoles, también fueron [...] agredidos, atacados, catalogados, civilizados, convertidos, demonizados, descritos, deshumanizados, despojados, discriminados, esclavizados, estudiados, evangelizados, excluidos, explotados, extinguidos, imaginados, incomprensidos, marginados, masacrados, nombrados, perseguidos, satanizados, sometidos, subordinados... Todo lo cual debe haber influido considerablemente en su identidad y sentido de pertenencia y cohesión social» (2010, 171).



## CAPÍTULO III

### El influjo penal europeo y el tratamiento jurídico-penal del indígena

#### 1 Introducción

La historia registra que el proceso de independencia y la consiguiente transformación en repúblicas de las antiguas de colonias españolas, no fue el resultado de una lucha gestada por las culturas originarias de América Latina. Con esta consideración se obvia que el antecedente de ese horizonte de liberación podría estar en las rebeliones indígenas del siglo XVIII, entre las que se destacan las efectuadas en la Audiencia de Quito en 1764, las de Chulumani y Caquiaviri en 1771 (CHUQUIMIA 2012, 167-169), pero sobre todo las efectuadas entre los años de 1780 y 1782 por Tupac Amaru (en el actual Perú) y Tupac Katari (en la actual Bolivia) de forma conjunta. Estos caudillos fueron los que con un numeroso grupo de indígenas sacudieron y generaron temor en el régimen colonial tres décadas antes de las guerras independentistas (ALBÓ 2011, 134).

Sin embargo, de forma general se podría decir que el papel que los pueblos indígenas desempeñaron en el proceso de emancipación fue ambivalente, en el sentido de que estos en unos casos lucharon en favor de del bando patriota y en otros bajo la oferta de concretos beneficios —suspensión del pago de tributos, ofertas de tierra, etc. —, lucharon por el bando realista (HURTADO 2012, 139). Esto permite sostener que los indígenas en virtud de la opresión en la que se encontraban, optaron por posicionarse de acuerdo a lo que ellos creían que les podría traer algún beneficio a su paupérrima situación, toda vez de que hasta comienzos del XIX seguían siendo fuertemente sometidos a regímenes de explotación que los colocaba en un lamentable estado de pauperización dentro de las colonias españolas, lo cual en el contexto independentista repercutiría en una aproximación y colaboración entre indígenas y criollos.

Es así que los promotores y beneficiarios directos de la emancipación fueron los criollos que tomaron el lugar privilegiado de los españoles en detrimento de los pueblos indígenas (HURTADO 2012, 130). No existió ningún movimiento indígena que haya organizado la independencia, porque las masas



indígenas solamente se limitaron, en unos casos como queda dicho, a apoyar la revolución (MARIÁTEGUI 2007, 35) con la incierta expectativa de lograr su redención. Por ello es que la historia recuerda a los criollos y mestizos, más no a los indígenas, como aquellos insignes personajes que con sus consignas encendieron la antorcha de las grandes contiendas anticolonialistas que permitieron, con posterioridad, a los países latinoamericanos liberarse de la dominación extranjera.

De esta manera el detonante de las luchas independentistas estaba exento de abrigar algún fin altruista respecto de los indígenas. El monopolio comercial que la metrópoli española mantenía con las colonias y los exagerados tributos y gravámenes que se imponían a los sectores productores y comerciales de las colonias, con repercusión en el pueblo en general, unido al descuido de la corona española de las colonias por la pérdida de poder a merced de la dominación napoleónica, auparon los fines liberatorios de los movimientos independentistas (STRUENSEE y MAIER 2000, 22).

Las oligarquías criollas conocedoras que el mantenimiento del monopolio comercial con España resultaba ser desventajoso a sus intereses, cuando bien podían estas comerciar con Inglaterra y otros países de Europa, resolvieron apoyar decididamente a los movimientos independentistas latinoamericanos que en aquellos tiempos estaban influidos, intelectualmente, por dos movimientos liberales: por un lado, la Ilustración con su desembocadura en la Revolución Francesa la cual fijaría una nueva forma de gobierno que habría de ser llamada: Democracia representativa, y por el otro, la independencia de las colonias inglesas de Norte América las cuales con sus correspondientes constituciones serían el impulso ideológico y jurídico-político que acompañaría a los procesos independentistas de los actuales Estados de América Latina (ANITUA 2005, 92).

Sin embargo, las gestas independentistas que liberaron a los pueblos latinoamericanos del monopolio español solamente representaron la emancipación política de las nuevas repúblicas latinoamericanas. La liberación de las colonias españolas supuso exclusivamente la disolución de los vínculos políticos con la Corona española, pero no de la reconfiguración social y económica de esos países, pues estos mantuvieron sin mayor modificación la

tradición española que se había desarrollado durante los tres siglos que duró el coloniaje (HURTADO 2001, 33).

Es así que el Derecho de la Corona española siguió rigiendo en los nuevos países latinoamericanos, solamente con algunos cambios que intentaban en alguna medida hacerlo compatible con las necesidades de cada país y conforme a los principios que los regían. Esta fue una tarea difícil de conseguir, puesto que el Derecho hispánico en general y del derecho penal en particular, al momento de la independencia estaba compuesto por diferentes cuerpos normativos que seguían un orden de prelación prefijado. Dentro de este orden se posicionaba en primer lugar a la *Recopilación de las Leyes de Indias* de 1680, que en su Libro VII contemplaba una mezcla de normas que van desde la organización de los tribunales hasta el señalamiento de los delitos y las penas, y que para el caso de los indígenas variaba en su severidad por el carácter tutelar que estas tenían respecto de los aborígenes; luego de la Recopilación se ubicaban supletoriamente el Fuero Real, *Las Partidas*<sup>95</sup> y la voluminosa Nueva Recopilación con sus más de tres mil leyes (TAU y MARTIRE 2005, 49).

Al iniciarse las repúblicas sí bien algunos colonos españoles tuvieron que regresar derrotados a sus tierras de origen, debido a la represión que estos tuvieron<sup>96</sup>, otros se quedaron y junto a los criollos conformaron la aristocracia latifundista dueña del poder. A esta nueva elite poco habría de importarles que se produzcan cambios a las condiciones existenciales de los pobladores originarios que ahora estaban bajo su merced, ya que de hacerlo habrían visto limitados sus amplios derechos feudales que empezaban a materializar sobre la tierra y sobre los propios indígenas (MARIÁTEGUI 2007, 35). Por ello es que para los indígenas la emancipación de las repúblicas latinoamericanas no representó un cambio a la situación de explotación y la miseria que se encontraban (LLÁSAG 2012, 87), nada más significó la sustitución de una clase dominante por otra que había aprendido los mismos modos de opresión.

---

<sup>95</sup> La vigencia de Las Partidas incluso se dice continuaron rigiendo como Derecho común después de producida la independencia de las repúblicas americanas, debido a que estas habrían inspirado «la mayoría de los procedimientos que fijaron las leyes procesales penales de esas repúblicas, aun en el siglo XX» (STRUENSEE y MAIER 2000, 21).

<sup>96</sup> José Rico refiere que en Argentina se fusilaba a los españoles que no acataban la prohibición de reunirse en más de tres personas de esta nacionalidad, pues quienes ocuparon el poder se reconocieron el derecho total sobre la vida de sus enemigos políticos (1998, 56).

Se había pasado de un colonialismo extranjero a un colonialismo interno, caracterizado por el hecho de que la nueva clase dominante se encontraba ensimismada en aumentar sus cuotas de poder y así ampliar sus posesiones materiales. La burguesía local junto con el la iglesia, que llegaría a convertirse en el mayor terrateniente, se centraron en la formar grandes haciendas, fincas ganaderas u otras, con regímenes internos de tipo feudal (ALBÓ 2011, 134) mediante la usurpación de las tierras que en la colonia habían servido como resguardos de los poblaciones indígenas. Frente a estas acciones, plenamente autorizadas por los poderes de turno, los indígenas quedaron desterrados y sin más opciones, tuvieron que convertirse en un bien más de propiedad de los perversos latifundistas que dentro de sus predios se habían constituido en autoridades que implantaban sus reglas sociales para los campesinos (BRANDT y VALDIVIA 2006, 59), hecho que no hacían otra cosa que ensombrecer el proceso emancipador con la anuencia de los gobiernos de las repúblicas, que descuidaron flagrantemente el deber de elevar la condición de los oprimidos pueblos indígenas; y más bien los nuevos dominadores continuaron explotándolos y tratándolos como seres jurídicamente incapaces, secundados por el Derecho hispano que continuó vigente en las naciones americanas en todo lo que no contradijese los principios de libertad e independencia de los nuevos Estados (HURTADO 2001, 34).

## **2 El continuismo del colonialismo jurídico**

Tuvieron que pasar algunos años para que se produzca en los nacientes países latinoamericanos una transición de la legislación del antiguo régimen colonial al nuevo orden jurídico republicano, que en definitiva podría decirse que se caracterizó por dar continuidad al colonialismo jurídico que pretendidamente se buscaba superar.

José Martí, un prócer de la independencia de los Estados Latinoamericanos, defendiendo el tiempo tomado para organizar los nacientes Estados emancipados y donde todo estaba por hacerse y lo que se hacía difícilmente llegaba a concluirse por la propia inmadurez política, diría enfáticamente que: la demora no debía asombrar a quienes perturbaron por tres siglos nuestra América, pues el prolongado tiempo que duró la colonización tornaba complejo el proceso de reorganización de las nuevas

Repúblicas. Por ello es que este histórico personaje ante las críticas reclamara que para poder resucitar a los pueblos de América debían de darles al menos el tiempo que les tomo arrasarlos (MARTÍ 2005, 8).

Sin embargo, en estos años de luchas por el poder de las oligarquías y de un fresco aprendizaje de coexistencia en libertad y democracia, distrajo a las mentes más ilustres y prometedoras, no sólo de dotar un cuerpo penal orgánico, sino de consolidar el ideario que tenía el libertador Simón Bolívar de unir a las naciones liberadas en una sola República surgida de un contrato social celebrado entre hombres libres e iguales y para lo cual forzosamente se tenía que dismantelar el sistema comunitario indígena, pues como bien señala José Hurtado:

«El objetivo del nuevo sistema no era, como fue el de la legislación indiana, conservar la población indígena como tal, bajo un régimen de libertad tutelada y un sistema político económico subordinado; sino, por el contrario, asimilarla y convertirla en una masa de ciudadanos libres e iguales. Así, se creía que este principio liberal, como estatus «moderno», protegería a los indígenas» (2012, 140).

De esta manera los indígenas dejaron de ser vasallos de la corona a ciudadanos de las recientes Repúblicas; y de comuneros a propietarios<sup>97</sup> individuales de sus tierras. Las leyes fomentaron el despojo de sus exiguos territorios mediante la escisión y repartimiento de sus tierras, gran parte de las cuales pasaron por venta o arriendo a los hacendados, a la iglesia o comerciantes que podían permitírselo. Así, pues, las nuevas República no fueron más que la continuación de la negación de las cultura indígenas promovida esta vez por la supremacía del individualismo por sobre la vida social comunitaria (ROMERO 2012, 14).

---

<sup>97</sup> En Colombia en 1820 por Decreto del 20 de mayo, se dio paso a la parcelación y privatización de los resguardos indígenas; y por Ley de marzo 3 de 1822 se confirmó la decisión, según la cual en los arts. 3 y 4 se establecía que los resguardos que las leyes españolas habían otorgado a los indígenas en posesión común, pasaban a ser repartidos como propiedad privada de cada familia, distribuyéndose a estas en función del número de integrantes y la extensión de los predios (BLANCO 2006, 60), intentando que se conviertan en una especie de productores independientes que contribuyeran a la economía y a la estabilidad política (SOBREVILLA 2008, 111). Así mismo, dos años después, esto es el 28 de abril de 1824, Simón Bolívar emitiría dos Decretos, conocidos como los *Decretos de Trujillo* válidos para Perú y Alto Perú (actualmente Bolivia), en los cuales se proscribía la existencia de las autoridades indígenas y consecuentemente la negación de los sistemas propios de gobierno y de justicia indígena, afianzando así el proceso de construcción de sociedades de corte liberal.

Así, pues, abandonas las concepciones tuitivas que se manejaron en la colonia respecto de los indios, los gobiernos de las distintas repúblicas solamente buscaron asegurar sus regímenes políticos alrededor de los intereses de las oligarquías. Para esto los grupos de poder buscaron en la legislación de la propia metrópoli las leyes que regulasen los problemas internos de las poblaciones emancipadas, a sabiendas de que cualquier codificación que llegase a incorporarse no cambiaría las relaciones de poder establecidas debido a que control político que estos ejercían en todas las esferas que podían incidir en su continuidad.

De ahí que la sanción de los códigos penales de impronta extranjera fuera antojadiza y no tuviera mayor importancia que estos sean completamente ajenos a las costumbres<sup>98</sup> y a la realidad conflictiva del país (ZAFFARONI 2009, 15). Lo importante solamente era incorporar nuevas leyes que superen a las abigarradas legislaciones anteriores que con algunas modificaciones habían quedado vigentes tras la independencia y que no dejaban de ser atrasadas, confusas, crueles e incompatibles con las nuevas necesidades sociales (IÑESTA 2008, 204).

Con carta abierta los países latinoamericanos carentes de un Derecho penal propio y original se volvieron grandes receptores<sup>99</sup> de los modelos penales europeos que trataban una realidad completamente ajena a la Latinoamericana. Con esta actitud los gobiernos obviaron dar algún valor a cualquier aporte que en esta materia pudieran brindar los pueblos indígenas, por cuanto el derecho indígena al estar desvalorado totalmente no podía ejercer ninguna influencia en las codificaciones penales, ya que este había sido despreciado trescientos años antes con la dominación española y más bien

---

<sup>98</sup> Sugerente ejemplo de esta difícil compatibilidad se encuentra en las críticas que se hicieron en Bolivia a su primer código penal (1831), el cual tomaba el modelo español de 1822, que a decir de los críticos que «aunque éste fuese enteramente perfecto había sido formado para los españoles y no para los bolivianos, siendo notablemente diferentes sus costumbres y habiendo una distancia inmensa entre la ferocidad de aquellos y la dulzura y amabilidad de estos últimos, que insistir en querer aprobar el código en cuestión sería lo mismo que ponerle a un pigmeo un vestido muy bien hecho para un gigante» (HURTADO 2001, 36).

<sup>99</sup> Según Hurtado Pozo, atendiendo la semejanza o divergencia cultural entre los países considera que existen *recepciones homogéneas* y *recepciones heterogéneas*; así mismo atendiendo la integridad de la recepción refiere que hay *recepciones totales o parciales*; y finalmente atendiendo la cantidad de países de donde se importan las leyes menciona que hay *recepciones puras*, cuando es un solo país y *recepciones eclécticas*, cuando se trata de varios países (ARMAZA 2001, 50).

bajo el amparo de una nueva legislación penal lo que se hacía era reeditar la conquista sobre los pueblos indígenas, pero esta vez bajo la ideología de una identidad nacional (HURTADO 2001, 34).

Consecuencia de estas adopciones legislativas es que en el siglo XIX, identificado comúnmente por los criminólogos como el siglo de oro de la cárcel (I. RIVERA 2003, 90), en los países latinoamericanos puede ser llamado como el siglo de la importación de las codificaciones penales, debido al asiduo desembarco (ZAFFARONI 2000) que estas tuvieron en América Latina, fruto del ideal codificador que nació y se acento en las elites mestizas y criollas de cada Estado.

Es así que a raíz de estos desembarcos se comenzó a gestar la tarea gubernamental de conformar comisiones que trabajen en la elaboración de códigos propios. Sin embargo, estas sin mayor análisis tomaron como referentes las codificaciones penales que se habían importado. Hecho que favoreció el surgimiento de nuevos códigos penales, que a pesar de tener como referentes a modelos extranjeros su contenido quedó impregnado por elementos propios que el país adoptante los incluyo como forma de aproximar legislaciones foráneas a la realidad de las nuevas repúblicas. Y es precisamente ese hecho el que permitió que los nuevos códigos penales elaborados en Latinoamérica sean tenidos en cuenta por los países de su entorno próximo para la elaboración de su legislación penal. Ello sugiere que al poseer los países hispanoamericanos antecedentes comunes, el contenido de unos códigos pasó a servir como modelo de referencia para los países vecinos que todavía carecían de leyes en esta materia (IÑESTA 2008, 205).

Uno de los primeros códigos penales extranjeros de referencia fue sin duda el Código Napoleónico. Este Código tuvo amplia influencia en la elaboración de varios códigos penales del siglo XIX tanto en Europa como en América, ya que el Código Napoleónico fue utilizado, metodológicamente, como modelo a seguir luego de que fuera sancionado en 1810 tras pasar por un amplio período de sesiones de discusión, en las cuales participaría personalmente Napoleón sea presidiendo el debate o simplemente asistiendo a las sesiones de discusión del proyecto, que terminaría por convertirse en ley de un Imperio verticalista preocupado por proteger el poder del Emperador.

El Código Napoleónico, que sería adoptado casi íntegramente en Haití y la República Dominicana, muestra desde su estructuración el objetivo principal que este guardaba y que no era más que la protección del Estado. Se evidencia que este al dividir tripartitamente las infracciones —delitos y contravenciones—, pasa a ocuparse priorizando primeramente los crímenes y delitos que afectan al Estado para luego atender a los crímenes y delitos contra los particulares.

Zaffaroni menciona que en el Código Napoleónico inclusive se puede advertir que los intereses de las víctimas estaban por debajo de los del Estado, ejemplificando para ello el caso de los delitos sexuales que se sancionaban como delitos contra las costumbres, toda vez de que la libertad de la víctima era de inferior entidad que las costumbres que el estado intenta conservar (2000, 37-39).

Junto al Código Napoleónico, también, llegaría el Código español de 1822 el cual tuvo un gran reconocimiento en los Estados latinoamericanos, ya que luego de la independencia estos atravesaron un prolongado período de inestabilidad política que impidió que pudiesen elaborar Códigos propios.

De ahí que en materia penal y en atención a las circunstancias del momento las autoridades, ayudadas de los escasos juristas que había, solamente se dedicasen a prohibir un determinado número de conductas y de igual modo a suprimir algunas penas crueles e infamantes que estaban vigentes en el Derecho Indiano.

Resultaba más que una obviedad el retraso legislativo en que se encontraba Latinoamérica, ya que en 1821 mientras en España una comisión trabajaba en la elaboración de un Código penal que logre superar a la *Novísima Recopilación*, en el Perú por citar un ejemplo, el General José Martí con la intención de ordenar el gobierno del país dispuso el mantenimiento provisional de las leyes coloniales hasta que el país esté en condiciones de elaborar sus propias leyes, por lo cual quedaba vigente la Recopilación de las Leyes de Indias de 1680 y en forma supletoria el Derecho de Castilla.

No obstante, con el manteniendo de las antiguas leyes coloniales y las modificaciones que en estas se hicieron, dieron como resultado un efecto

contraproducente porque esta estrategia no sólo que no resolvió la dispersión normativa que había, sino que originó vacíos legales que dieron lugar a que los jueces actuaran a su arbitrio ante la falta de disposiciones legales. Situación que lógicamente evidenciaba cada vez más la necesidad de incorporar una legislación penal que intente solucionar los vacíos legales existentes y que a su vez permita extirpar, de una vez por todas, la vetusta legislación penal colonial que seguía rigiendo en los países Latinoamericanos. Hecho que en efecto se lo realizó mediante la adopción de distintos modelos penales sancionados o proyectados en Europa que eran completamente ajenas a la realidad social y cultural Latinoamericana.

### **3 Los principales modelos penales adoptados por los países andinos**

Desde el siglo XVIII el vocablo código, derivado del termino Codex<sup>100</sup>, ya no solamente hacía referencia a un conjunto de leyes reunidas en un libro sino a una regulación sistematizada que pretendía «abarcara la regulación de toda una rama del saber jurídico» (ZAFFARONI 2000, 19), incorporando determinados principios y utilizando, como lo decía José Martí en los albores del siglo XIX, un lenguaje sencillo para que así los miembros de la sociedad sepan qué acciones tienen y así puedan librarse de una «servidumbre agobiadora: porque se desamortizan las leyes» (2005, 12), opinión que de forma más clara y contundente había manifestado Beccaria en 1764 en su más grande obra, *Dei delitti e delle pene*, pues ahí ya advertía que la gente mientras más «entendiesen y tuviesen entre las manos el sacro código de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos; porque no hay duda que la ignorancia y la incertidumbre ayudan la elocuencia de las pasiones» (BECCARIA 1993, 67).

La superación de las antiguas *recopilaciones* por la elaboración de un cuerpo normativo sistemático, surge de la influencia del racionalismo jurídico que promueve la vertebración de un orden jurídico que intenta hacer prevalecer

---

<sup>100</sup> Inicialmente se conocía como Codex al volumen formado por los pliegos de pergamino que se cosían entre sí, siendo solamente a finales del siglo III y comienzos del siglo IV cuando se comienza a dar esta denominación a las compilaciones jurídicas que guardaban cierta unidad y ordenación en su contenido.



uniformemente la voluntad de los gobiernos surgidos tras la caída del Antiguo Régimen o el advenimiento de los nuevos Estados independientes.

Sería, pues, el código de Napoleón el texto que *metodológicamente* se convertiría en el modelo que guiaría a otros códigos europeos que así mismo llegarían a convertirse en los modelos a seguir por las comisiones legislativas conformadas en los territorios Latinoamericanos; lugares que con el paso del tiempo se volvieron en los principales adoptantes de las codificaciones penales europeas al punto de casi todos los Códigos penales latinoamericanas<sup>101</sup> del siglo XIX fueron un producto derivado de la importación de los códigos penales europeos.

En este contexto, Zaffaroni refiere que los códigos penales latinoamericanos al tener de base los modelos provenientes de sociedades y realidades diferentes a la latinoamericana, la *genealogía* que incorporaban cada uno de estos modelos terminaba por difuminarse. Los intereses en conflicto y el sentido que había dado el legislador europeo al criminalizar una conducta acababan por perderse al ser trasladados a una realidad local diferente y más aún cuando en el proceso de adaptación se «recorta, se simplifica y se combina con otros recortes y elementos, sin atender mucho a su compatibilidad» (ZAFFARONI 2000, 21).

El proceso de codificación penal de los países latinoamericanos se inicia con la adopción de los modelos españoles. La República del Salvador fue en el primer país latinoamericano que influenciado directamente por el Código penal español de 1822 sancionó su legislación penal el 13 de abril de 1826, al cual habrían de seguir con posterioridad y bajo los mismos referentes legislativos países como: Bolivia en 1831, Veracruz (México) 1834, Colombia 1837, Ecuador en 1837 y Costa Rica en 1841 (IÑESTA 2008, 205). Con lo cual el Código español de 1822 paso a convertirse, hasta mediados del siglo XIX, en el primer el referente de las legislaciones latinoamericanas.

---

<sup>101</sup> La excepción fue el Estado de Brasil al sancionar en 1830 el *Código Criminal do Império*, constituyéndose en la primera obra original traducida al francés y que llegaría a tener influencia en Europa, en especial en el Código español de 1848.

### 3.1 El Código Español de 1822

El origen de este primer influjo legislativo se remonta al 9 de noviembre de 1820. En esta fecha en España la Corte nombra a una Comisión especial de diputados, presidida por José M. Calatrava (BACIGALUPO 1999, 90), para que elaboren un proyecto de codificación penal, el mismo que tras cinco meses de trabajo, esto es el 21 de abril de 1821, sería presentado para su trámite y discusión (ZAFFARONI 1998, 378).

El proyecto presentado por la Comisión pese a que admitía la aplicación de la pena de muerte para un poco más de treinta casos (ARMAZA 2001, 56), fue muy crítico con la ley que intentaba derogar, esto es con la *Novísima Recopilación* a la cual la calificaba como un conjunto de «leyes crueles, sanguinarias, oscurísimas, incomprensibles, parciales» (ZAFFARONI 2000, 41). Se menciona que aunque no existió mención bibliográfica en el proyecto presentado por la comisión que dé a conocer los nombres de quiénes se tomó en consideración las aportaciones de sus ideas, resultó claro que en los debates de los diputados<sup>102</sup> encargados de esta labor se citó a grandes autores de la época, entre los que estaban Bentham, Beccaria<sup>103</sup>, Filangieri<sup>104</sup> y aunque con menor protagonismo que los anteriores, también a Lardizábal<sup>105</sup> (ZAFFARONI 2000, 41).

---

<sup>102</sup> Zaffaroni señala que los miembros de esta comisión y por ende firmantes del proyecto eran «los diputados Francisco Martínez Marina, José María Calatrava, José Manuel Vadillo, Joaquín Rey, Andrés Crespo Cantolla, Francisco Javier Caro y Lorenzo Rivera» (2000, 40).

<sup>103</sup> Con la traducción del famosísimo libro de Beccaria al castellano y la influencia que gestaron sus ideas en el código español de 1822 hicieron que su pensamiento sea conocido en los flamantes Estados latinoamericanos, tanto por los autores locales y más aún por los autores que redactaron los códigos penales, los cuales no eran más que minorías cercanas al poder pero alejadas de la realidad social lo cual facilitaba su labor de dedicarse «casi exclusivamente al control social de masas miserables» (ZAFFARONI 2000, 26). Masas entre las cuales se destacaban los indígenas ya que por antonomasia tenían el estigma de ser miserables por naturaleza.

<sup>104</sup> El jurista napolitano Gaetano Filangieri, contemporáneo de Beccaria, con su obra *Scienza della Legislazione* influyó poderosamente sobre los políticos y legisladores de la época, especialmente sobre los españoles autores del código penal de 1822. Su obra traducida tres veces, siendo la tercera de 1820, la que permitió que su pensamiento sea conocido y difundido en Latinoamérica. La pena para Filangieri tenía como objetivo «impedir que el delincuente cometa nuevos males y también, retrotraer a los otros de la tentativa de cometer nuevos delitos» (ZAFFARONI 2000, 33).

<sup>105</sup> Manuel de Lardizábal podría decirse que fue el primer penalista latinoamericano reconocido, más por su obra que data de 1782, que por la consideración de sus ideas en el debate legislativo del código penal español de 1822 (ZAFFARONI 2000, 34).

No obstante, pese a la rápida presentación del proyecto las demoras en su impresión y los imprevistos surgidos, hicieron que las Cortes sancionaran el primer Código penal español, compuesto por una «Parte General y dos partes, dedicadas la primera a los delitos contra la sociedad y la segunda a los delitos contra los particulares.» (BACIGALUPO 1999, 90), recién el 8 de junio de 1822 y promulgado por el Rey el 9 de julio del mismo año. Iniciándose desde aquí, la efímera vigencia<sup>106</sup> que éste código tendría, debido a que con la caída del gobierno constitucional español, el 7 de abril de 1823, volvería el poder absolutista de Fernando VII y con él, el retroceso de los avances legislativos logrados por el gobierno depuesto.

Efectivamente el 1 de octubre de 1823 al materializarse la anulación de todos los actos realizados por el régimen liberal caído, la *Novísima Recopilación* pasaría a tener nuevamente vigencia, a pesar de que sus disposiciones en materia penal resultaban ser anacrónicas. Sin embargo, pese a la anulación que en España tuvo este código, en Latinoamérica el carácter intimidatorio contenido en el Código español de 1822 sería bien recibido e incorporado a la legislación de los nuevos Estados porque algunos consideraban a este texto legal era producto de «los hombres más sabios de España que en sus trabajos habían sido guiados por la filosofía y merecido la aprobación de los mayores publicistas» (HURTADO 2001, 36).

Dentro de los países latinoamericanos Bolivia fue el país que con su Código penal de 1831 adopto casi íntegramente el Código español de 1822, con tanta fortuna que éste se mantuvo vigente alrededor de ciento cuarenta y tres años, hasta que fue derogado en el año de 1973 (ZAFFARONI 1989, 540). Convirtiéndose en una de esas raras excepciones de estabilidad de legislación, en una época en que las circunstancias político-económicas hacían que las leyes, e incluso las constituciones<sup>107</sup>, sean recurrentemente cambiadas por los

---

<sup>106</sup> Gimbernat Ordeig secunda la idea de que el código español de 1822 incluso no habría entrado en vigor por el escaso tiempo que tuvo para hacerlo (ARMAZA 2001, 60). Hecho que incluso llega a despistar a algún investigador, como Gilberto Parada, que erróneamente sugiere que el código de 1822 fue un proyecto que entró en vigencia solo hasta 1848 (PARADA 2009, 188).

<sup>107</sup> A decir de José Rico en América Latina en siglo y medio de vida republicana de los Estados que la conforman, se han producido alrededor de doscientas constituciones. Resalta que este desenfreno constitucional ha sido producto de la inestabilidad política de la región muchas veces promovida por las revoluciones de cuartel. Menciona que en Bolivia hasta 1898 se dieron 10 constituciones, 60 sublevaciones militares y 6 asesinatos de presidentes; en Perú hasta

intereses de los gobiernos electos o por el frecuente paralelismo que se daba entre dictaduras y afanes de codificación penal.

Por ello no es exagerado mencionar que el Código español de 1822, que naciera casi muerto en España, renaciera en el Código penal boliviano al seguirlo casi a la letra en su elaboración<sup>108</sup>, apreciándose esta realidad en el título preliminar y los doce capítulos que lo componían, los cuales sucintamente trataban las siguientes cuestiones: el *Capítulo 1º* establecía una definición material de delito y culpas en general, la consagración del principio de legalidad, la punición de: la tentativa, la conjuración y la proposición; así como la impunidad del pensamiento y de mera resolución; el *Capítulo 2º* trataba sobre la responsabilidad de los intervinientes en un delito catalogándolos como autores, cómplices auxiliares, receptadores y encubridores; fijaba las circunstancias atenuantes de la pena; establecía la imputación penal del mayor de siete años y puntualizaba los criterios de exclusión de la responsabilidad penal; el *Capítulo 3º* detallaba los tipos de penas que podían aplicarse para lo cual dividía a estas en: corporales, no corporales y pecuniarias. Para las primeras se preveía once formas de ejecutarlas (muerte, trabajos perpetuos, deportación, presidio, reclusión en una casa de trabajo, ver ejecutar una sentencia de muerte, prisión en una fortaleza, etc.), para las segundas trece formas (declaración de infancia, inhabilitación, privación de empleo, honores, profesión o cargo público, arresto, etc.) y para las terceras dos únicamente dos formas (multa y pérdida de algunos efectos) (BACIGALUPO 1999, 92). Se regulaba con detalle el cumplimiento de las penas de trabajos, presidio obras públicas, reclusión y sobre todo la pena de muerte, la cual debía de ser por garrote y sin ninguna mortificación previa; el *Capítulo 4º* trataba sobre la graduación de los delitos, la división de las penas así como las circunstancias que las agravaban y disminuían; el *Capítulo 5º* se ocupaba de la reincidencia y de su efecto en el aumento de penas; el *Capítulo 6º* trataba sobre la obligación que todos tienen de impedir los delitos y noticiarlos a la autoridad, y de la

---

1871 se dieron 40 revoluciones; y en Colombia hasta 1903 se registraron 70 sublevaciones, la más sangrienta la de 1879 con aproximadamente 80 mil muertos (1998, 22).

<sup>108</sup> Es de mencionar que también habría existido alguna influencia del Proyecto de Código penal que a título personal elaboró Manuel Vidaurre, ya que el 24 de febrero de 1830 Casimiro de Oledaña, comisionado para formar el primer Código penal boliviano, comunicaría por escrito al presidente Andrés de Santa Cruz, que el seguiría el plan del Código penal de Vidaurre (ARMAZA 2001, 53).

persecución, entrega o remisión de los delincuentes; el *Capítulo 7º* señalaba el derecho de acusar los delitos y de los acusados y procesados; el *Capítulo 8º* atendía la actitud de los reos ausentes y contumaces; el *Capítulo 9º* trataba la rebaja de penas en mérito del arrepentimiento y la enmienda del delincuente; el *Capítulo 10º* se ocupaba de la prescripción de los delitos y culpas; el *Capítulo 11º* la indemnización a los inocentes; y finalmente el *Capítulo 12º* se ocupaba de los delitos y los delincuentes que no estaba comprendidos en el código penal boliviano (ZAFFARONI 1989, 540-542).

### 3.2 Los Código Españoles de 1848-1850 y 1870

Otro texto español que destaca como modelo punitivo para Latinoamérica fue la Código penal de 1848, surgido tras el debate parlamentario del anteproyecto presentado por la comisión presidida por Manuel Seijas Lozano (BACIGALUPO 1999, 92). Éste código aunque coincidió en algunos aspectos con el de 1822, sea en el carácter retributivo de la pena, el mantenimiento de la pena capital o la conservación de los atuendos para determinados delincuentes —parricidas y los regicidas—, resulto ser un código más técnico y más avanzado que su efímero predecesor (BACIGALUPO 1999, 92), debido a que sobre el Código de 1848, aparte de la pertinaz injerencia Napoleónica extendida por muchos códigos durante todo el siglo XIX, existió una fuerte influencia otros códigos entre los que estaban: el Código de las Dos Sicilias que manejó una pluralidad de enorme de penas y el Código Imperial de Brasil<sup>109</sup> que introdujo la tabulación de eximentes, agravantes y atenuación de las penas.

Estas influencias enriquecieron la técnica jurídica de este texto y dieron un pequeño margen para que los jueces puedan graduar las penas mediante la observancia de las circunstancias atenuantes y agravante del caso. Así los jueces quedaban facultados para imponer penas en grado mínimo con una duración entre doce y catorce años; en grado medio entre quince y diecisiete años y en grado máximo con una duración entre dieciocho y veinte años (ZAFFARONI 2000, 54).

---

<sup>109</sup> Para Zaffaroni la influencia de modelo brasileño en el Código penal español de 1848 hace que el *Código Criminal do Imperio* haya regresado de Europa con factura española para tomarse como modelo en casi todos los países Latinoamericanos con «excepción de Haití, Dominicana, Ecuador, Bolivia y Argentina» (ZAFFARONI 2000, 51).

Es de resaltar que el Código de 1848 y las sucesivas reformas que se dieron entorno al mismo, tuvieron una amplia difusión en Latinoamérica debido a que alrededor de aquel cuerpo normativo surgió una rica fuente de comentarios de ilustres pensadores que de una u otra forma habían contribuido al avance del Derecho penal español. Entre ellos figuraba, quien habría tenido alguna intervenciones en la comisión redactora del Código penal español de 1848 y que llegaría a ser fiscal del Tribunal Supremo, estamos hablando de Joaquín Francisco Pacheco quien por sus publicaciones de las *Lecciones de Derecho Penal* pronunciadas en el Ateneo de Madrid, así como por los tres volúmenes de su obra publicada en 1848 con el nombre de: *Código penal concordado y comentado*, penetraría fuertemente en muchos de los penalistas Latinoamericanos, como fue el caso del penalista argentino Carlos Tejedor a quien se lo habría denominado incluso como el Pacheco hispanoamericano por la influencia que éste tuvo en sus obras (IÑESTA 2008, 204).

En el año de 1850 el código español de 1848 sufrió algunas reformas que si bien no afectaron sus ideas ni su estructura, sí endurecieron aun su régimen penal (BACIGALUPO 1999, 92). Rigidez punitiva que no fue impedimento alguno para que todos los países latinoamericanos, a excepción de Ecuador y Argentina (ZAFFARONI 1998, 379), pasen a adoptarlo como modelo. En Perú por ejemplo en el proceso de elaboración del primer código penal republicano de 1862, resalta la *Nota* de remisión del proyecto al Congreso, en la cual José Simeón Tejeda en calidad de presidente de la comisión revisora del proyecto, a más de dejar por sentado la existencia de una sociedad homogénea y monolítica negadora de las diferencias sociales y culturales<sup>110</sup>, exaltaría la conveniencia de la adopción del Código Español para la sociedad peruana, debido a que este cuerpo legal contenía «en sus disposiciones los más saludables principios y las mejores indicaciones de la ciencia» (citado en ARMAZA 2001, 70).

---

<sup>110</sup> Siguiendo el criterio de José Hurtado, se debe de señalar que en el Código penal de 1862, como el resto de códigos que se habían dado hasta el momento, «no figura disposición alguna en la que se tenga en cuenta con claridad la situación particular de las poblaciones nativas, a pesar de que su objetivo era controlar y orientar el comportamiento de todas las personas. En realidad, el legislador había dictado un código para un país y sociedad ideal, que debería ser semejante política y culturalmente a España, y no para el país real, fruto del largo periodo de colonización» (2012, 145).

En realidad, el legislador había dictado un código para un país y sociedad ideal, que debería ser semejante política y culturalmente a España, y no para el país real, fruto del largo periodo de colonización» (2012, 145).

Para Jiménez de Asúa la reformada penal de 1850 incluso habría estado por encima del Código Belga de 1867 en lo que respecta a su contenido y estructura por cuanto el Código Belga —que fue tomado como modelo posteriormente por Ecuador—, todavía consideraba a la legítima defensa como un homicidio justificado, tal como lo hacían las Partidas, o el Código Napoleónico (1964, 1166).

En 1870 a dos décadas de la primera reforma del código penal español y con el fin de adaptarlo a los lineamientos de la Constitución española de 1869 (BACIGALUPO 1999, 93), se volvió a realizar una segunda reforma a este texto legal. Esta nueva reforma se preocupó fundamentalmente de tratar los delitos contra el Estado, sin desestimar la desaparición de algunas penas, como fue el caso de las argollas y la sujeción a vigilancia de la autoridad; así como también la modificación de algunas penas, como fue el caso de las penas perpetuas que pasaron a ser indultables a los treinta años (ZAFFARONI 2000, 57). En todo caso con la reforma quedaron establecidas hasta diez clases de penas privativas de libertad (BUSTOS y HORMAZABAL 1997, 174), así como también la previsión de la pena de muerte para al menos veinte casos (ARMAZA 2001, 78).

Es de destacar que la amplitud de comentarios que se hicieron de los Códigos españoles, a acepción del de 1822, los colocaron como una especie de referente regional; muy a pesar de que estos conservasen una marcada «tendencia a la defensa del orden, por medio de penas talionales bastante duras y poco flexibles.» (ZAFFARONI 2000, 57). Por ello es que se puede comprender que pese a la dureza de las penas, los códigos españoles guardaban un relativo humanismo si se juzga por las prácticas o instituciones de su tiempo.

### **3.3 El Código Belga**

Por otro lado, en la misma década en que se realizó la segunda reforma del código español de 1848, fue acogido en Latinoamérica el Código Belga fue

sancionado el 17 de mayo de 1867, luego de casi dos décadas de que fuese encomendada la redacción del anteproyecto a J. Haus. Sin embargo, su desembarco en Latinoamérica sería casi inmediato, tras dos años de su sanción en su país de origen el gobierno chileno encargó a Manuel Carvallo la traducción de ese texto legal. Labor que la terminaría en 1869 y seguidamente sería enviada a la imprenta nacional chilena, contando así con otro modelo a seguir para las legislaciones latinoamericanas. Debido a que este no solamente sirvió como modelo para el Código penal chileno de 1874, que tomó principalmente como modelo de referencia al código español de 1870 (IÑESTA 2008, 213), sino también y con mayor amplitud fue adoptado por Ecuador en el Código penal de 1872 conocido como: *Código García Moreno*, en alusión al presidente ecuatoriano de aquel momento (ZAFFARONI 1998, 384).

El Código Belga desde sus proyectos fue muy crítico con respecto a las disposiciones contantes en el código de Napoleón. En razón de que Haus quien fuera el encargado de la redacción del anteproyecto, permanentemente expresaría su reproche ante la excesiva severidad contenida en el Código Napoleónico. Sus críticas enfatizaban la desproporcionada aplicación de penas repulsivas como eran: la de muerte, mutilación, aflictivas perpetuas, muerte civil, confiscación de bienes, sometimiento a vigilancia estatal, y la infamia agregada a la pena. No obstante, pese a las críticas que endoso Haus al código de Napoleón por los extremos de crueldad de la prevención general ejemplarizante que en este imperaban, su proyecto no elimino la pena de muerte que siguió considerándose para determinados delitos graves, aunque cabe decirse que esta pena termino siendo frecuentemente indultada, al punto que la pena de trabajos forzados perpetuos se iría convirtiendo en la pena de mayor gravedad.

Con ello el Código belga aunque siguió la estructura general del código francés no hizo lo mismo con respecto de las penas, pues estas a diferencia del código Napoleónico estuvieron limitadas en su severidad, en un intento de guardar coherencia con las críticas que formularían Haus en la redacción del anteproyecto:

«El código penal de 1810 tiene por base la utilidad y la intimidación. Todas las disposiciones de este código están marcadas por el sello de



una excesiva severidad. Los hechos incriminados por el legislador de 1810 están lejos de ser todos actos que merecen serlo. La tentativa de crimen está asimilada al crimen mismo; los cómplices de una infracción son indistintamente penados con la misma pena que los autores. La teoría de la reincidencia es tan simple como rigurosa. Los casos más diferentes se confunden; acciones separadas por una gran distancia en cuanto a su grado de criminalidad, con acciones que no se asemejan más que por el nombre y que son diferentes por su naturaleza, se castigan de la misma forma. Los términos que el legislador ha elegido en la definición de los crímenes políticos son de tal elasticidad que pueden recibir toda la extensión que se les quiera dar. Si echamos un vistazo sobre el catálogo de las penalidades, encontramos la pena de muerte, de una manera repulsiva y acompañada, en el crimen de parricidio, de mutilaciones bárbaras e inútiles; penas aflictivas perpetuas, aplicadas con no menor profusión; la muerte civil; la confiscación de bienes; el sometimiento a la vigilancia de la alta policía del Estado, la infamia agregada no a la naturaleza del crimen, sino al género de la pena» (citado por ZAFFARONI 2000, 58).

En suma podría decirse que el Código Belga, que fuera adoptado principalmente por el Ecuador en 1872, aunque sigue la estructura del código bonapartista resultó ser benigno y garantista<sup>111</sup> en algunos aspectos tales como: la definición de los delitos, la atenuación de las penas, el concurso de delitos y la agravación facultativa de la reincidencia. Por ello es que es que sorprende, dice Zaffaroni, que este modelo haya sido acogido por el Ecuador mientras se desarrollaba la dictadura García Moreno (ZAFFARONI 2000, 58), el mismo que durante su gobierno no dudo ejercer la represión más dura que haya conocido la historia de este país porque el «fusilamiento, los azotes, la cárcel y la repatriación fueron cosa de todos los días» (AYALA 2008, 30).

Mientras esto ocurría en Ecuador, en Italia se daba una gran actividad legislativa en busca de tener un código penal. Varios fueron los proyectos que se presentaron al parlamento pero el que mayor trascendencia alcanzó fue el proyecto de Zanardelli, que por su valía traspasó fronteras llegando a ser utilizado en 1888, junto con el proyecto de Mancini, para elaborar un nuevo

---

<sup>111</sup> Al parecer algunos de estos aspectos han llevado a que incluso algún magistrado de Ecuador sostenga, sin acierto, que el Código belga habría permitido pasar al Ecuador de la venganza privada a la venganza pública. Es el caso de Jorge M. Blum Carcelén, Juez de la Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador quien dice que el «...repertorio de delitos [de Ecuador], tomó como fuente de inspiración el Código Belga de 1867, el que a su vez tuvo como antecedente el Código Francés de 1810, que es el Código Napoleónico, permitiéndonos pasar de la *venganza privada*, donde imperaba la ley del talión de *diente por diente, ojo por ojo*, a la *venganza pública*, donde las leyes las impone el Estado...» (BLUM 2013, 19).

proyecto de código penal para Colombia, el mismo que habría de ser sancionado en 1890 y entrando en vigencia al año siguiente con muchas críticas por parte de algunos que no veían avance alguno en comparación con la anterior legislación penal de 1837.

### 3.4 El avance del positivismo penal a Latinoamérica

Coincidente con este auge de proyectos penales en Italia, en donde el de «Zanardelli fue una de las expresiones más claras del pensamiento clásico italiano, con alta técnica y expresa definición ideológica» (ZAFFARONI 2000, 63) se consolidaba el positivismo criminológico de la mano de la *Scuola Positiva* italiana, cuyas teorías habrían llegar a Latinoamérica como reacción ante los dogmas de los clásicos que contemplaban al crimen como un método abstracto, formal y deductivo.

Así, pues, el positivismo lejos de continuar el sendero de los clásicos, se centró en la lucha contra el delito a través del conocimiento científico de sus causas, con el fin de proteger el nuevo orden social burgués industrial (GARCÍA-PABLOS 2003, 396). En las postrimerías del siglo XIX, luego de la gran difusión que el positivismo criminológico tuvo en Italia, este se expandió y llegó —fundamentalmente la directriz sociológica de Ferri<sup>112</sup>— a algunos países sudamericanos (GARCÍA-PABLOS 2003, 398), comenzando así «el período de fundación de la criminología latinoamericana [...]» (ZAFFARONI 2000, 29).

Esta corriente criminológica positivista fue inmediatamente seguida por intelectuales<sup>113</sup>, médicos, y juristas de la época<sup>114</sup>, que no hicieron más que

---

<sup>112</sup> Es de señalar que aunque fue la corriente sociología de Ferri la que influyo en el la legislación penal latinoamericanos, no hay que dejar de lado la incidencia que las teorías Lombrosianas tuvieron en los médicos de la época y que paradójicamente se aplicaron a los restos que se creían que era Francisco Pizarro ya que en 1977 se descubriría realmente no habían sido. Sin embargo, lo que se trae a colación es que a vísperas de que se cumpliesen los 400 años del descubrimiento de América, ya que para ese tiempo era motivo de conmemoración al genocidio ocurrido, se quiso hacer un homenaje al conquistador de Perú y vencedor de los Incas. Para esto se sacaron los supuestos restos de Pizarro de la cripta que ocupaba en la catedral de Lima y se analizaron sus osamentas. En el informe de los doctores José de los Ríos y Manuel A. Muñiz, del 29 de junio de 1891, al referirse a los hallazgos respecto del cráneo dirían que en este se apreciaba «la existencia perfectamente distinta de la fosita occipital media de Lombroso, profunda y bien limitada» (JIMÉNEZ DE ASUA 1997, 49).

<sup>113</sup> Uno de estos sería Gabriel René Moreno, quien en 1885 en su ensayo *Nicómedes Antelo* y bajo un discurso positivista enaltece a los criollos y condena al indio incásico por ser estos una induración (tumor) dentro del organismo social, razón por la cual no fue extraño que metafóricamente señale la extinción de los indígenas «como una amputación que duele, pero que cura la gangrena y salva de la muerte» (citado en SORUCO 2011, 32).

<sup>114</sup> Entre los más recocidos estaban en Argentina José Ingenieros; en Brasil Raimundo Nina

acrecentar el racismo preexistente pero esta vez apelando a una supuesta base científica. Ejemplo de estas influencias puede verse en el libro: *Compendio de Criminología*, escrito por Bautista Saavedra, quien a pesar de considerarse defensor de los indígenas, en una audiencia celebrada el 12 de octubre de 1901 señalaría que:

«El indio guarda pues una intensa aversión hacia sus opresores, su odiosidad se halla acumulada a través de muchas épocas y siglos enteros [...] y si este, agotado el sufrimiento, se rebela contra sus opresores [...] entonces hay que aplastarlo como a un animal peligroso, como a un rebelde indomable [...] Si una raza inferior colocada frente a otra superior tiene que desaparecer [...] hemos de explotar a los indios aymaras y quechuas en nuestro provecho o hemos de eliminarlos porque constituye un obstáculo o rémora en nuestro progreso hagámoslo así franca y enérgicamente [...] porque una raza degradada como la aymara, que quien sabe esta próxima a llegar a sus últimas fases de su desaparición, no podrá jamás sobreponerse a una raza superior [...] he citado textualmente [...] palabras del célebre Ferry, para apoyar mi argumentación, y para que no se crea que las ideas vertidas en defensa de los acusados, son puras elucubraciones, sin fundamento científico [...] (Saavedra, 1987: 135-157)» (citado en CHIVI 2012, 335).

Xavier Albó sostiene que el toque pseudocientífico del viejo racismo combinado con las tesis, de que ser libre implicaba tener propiedad privada individual, expandidas con el Liberalismo de mediados del siglo XIX, tuvo graves efectos para los pueblos originarios, dado que facilitó la expansión de grandes haciendas y fincas ganaderas donde los indígenas quedaban prácticamente cautivos al estar sometidos a los regímenes de tipo feudal de estos lugares (2011, 134).

Es así que el darwinismo social, el positivismo lombrosiano, el indigenismo civilizador (CHIVI 2012, 334) serán usados por las elites de los países latinoamericanos para legitimar su continuidad como minoría dominante. Las teorías que habían sido alentadas por Herbert Spencer hacia las poblaciones originarias<sup>115</sup>, entrelazaban hechos sociales con hechos

---

Rodríguez; en Perú Mariano Prado (ANITUA 2005, 213), en Bolivia Batista Saavedra, julio Salmón, Manuel López Rey, José Medrano Ossio entre otros.

<sup>115</sup> Zaffaroni sostiene que el spencerianismo, como él llama al Darwinismo social, fue el que nutrió el racismo de las oligarquías latinoamericanas, las cuales rápidamente asumieron que eran «más evolucionadas y que debían tutelar a las masas» (2011, 93). Aunque a decir de Iñaki Anitua, «ZAFFARONI le realiza muchos reproches —algunos quizá algo injustos— a quien fuera probablemente el fundador del método sociológico y con seguridad uno de los intelectuales más influyentes en el pensamiento progresista de su época» (2005, 175).

biológicos, en un supuesto saber científico que pretendía imponer la infundada idea de que las sociedades estaban para evolucionar conforme a un modelo de desarrollo unilineal del cual no se podía escapar.

Para los seguidores del positivismo criminológico, las sociedades eran una especie de organismos compuestos por células de mayor y menor evolución. En la cima de este desarrollo evolutivo organicista estaban los europeos y en la base, a muy amplia distanciada de la cima se ubicaban los miembros de las sociedades originarias que habían sido colonizadas y a los cuales les faltaba un largo transitar para poder evolucionar o progresar al nivel de las europeas.

Según Zaffaroni, en Europa todos los que tenían algún parecido a los indígenas colonizados, ya eran potenciales criminales para el positivismo criminológico, porque los caracteres africanoides o mongoloides, presentes en los latinoamericanos originarios y a los negros africanos, expresaban estados «[...] de razas inferiores que no debían mezclarse con los blancos, porque daban lugar a ejemplares bastardos degeneradas sin personalidad moral, como diría Morel y toda su escuela de psiquiatría francesa» (2000, 72).

De esta manera el positivismo criminológico fue una vuelta al pasado inquisitorial, con la diferencia de que la maldad no era una cuestión endosable a entes diabólicos, sino más bien la idea de degeneración que había en los individuos se correspondía a condicionamientos biológicos que podían ser de las más variopintas formas (ZAFFARONI 2000, 72), pero que en las nacientes Repúblicas Latinoamérica terminaban por identificar con los caracteres que malamente se endosaban a los indígenas y que perduraron en la literatura hasta no hace mucho tiempo<sup>116</sup>.

#### 3.4.1 El proyecto de Carl Stooss

Entre los modelos punitivos de signo positivista que tuvieron influencia en América Latina se cuenta el proyecto que fuera propuesto en el año de 1893 por Carl Stooss dentro del proceso de codificación penal de Suiza, que ya sin

---

<sup>116</sup> Específicamente podría mencionarse el texto *Crimen y justicia en América Latina* de José Rico, quien en el año de 1977 acusaba las importantes diferencias antropofísicas de los indígenas respecto del resto de habitantes. Resaltaba que el distintivo de los indígenas es el carácter «degenerado, ignorante, desconfiado, mentiroso, hipócrita, perezoso, alcohólico y ladrón, es decir, como un elemento negativo para el progreso social [...]» (1998, 61) .

su presencia habría de culminarse en 1937. El denominado proyecto Stooss se encontraba impregnado de los planteamientos positivistas de la época, los cuales principalmente estaban dirigidos en contra de aquellos seres calificados como indeseables y que en esos tiempos no eran más que los sujetos que cometían pequeños delitos contra la propiedad.

Así en busca de lograr su cometido, Stooss consideró adecuado agravar la pena considerando la reincidencia de estos sujetos. Para ello en su proyecto propondría que estos fueran «internados por un tiempo de diez a veinte años [cuando] después de haber sufrido varias veces la pena de reclusión, come[tieran] un nuevo delito en los cinco años posteriores a la expiración de la última pena [...]» (citado en ZAFFARONI 2000, 83).

Los planteamientos que propondría Stooss, tanto en la parte general como en la parte de especial, en la estructuración de los delitos, no tardarían en rebasar las fronteras Suizas y trasladarse hasta Francia donde luego de su traducción cruzarían el océano y pasaría a Latinoamérica. Destino en el cual las versiones francesas del proyecto de Stooss se propagaron por distintos lugares como fue el caso de Perú que lo consideraría como referente en la elaboración de su legislación penal de 1921, paradójicamente mucho tiempo antes de que el proyecto de Stooss alcance el objetivo para el que fue elaborado, esto es influir en la sanción de Código penal suizo de 1937 en el que aparece también la injerencia de otro modelo punitivo del positivismo criminológico como lo fue el proyecto de Código penal que hiciera Enrico Ferri para Italia en 1921.

#### **3.4.2 El proyecto de Enrico Ferri**

El proyecto de Código penal de Ferri, que solamente trató la parte general (ETCHEBERRY 1999, 53), fue un texto que desagradó a los positivistas por la falta de relación con los principios que el mismo autor había sostenido. Principalmente en lo que se refiere a la declaración del principio de legalidad que ensombrecía las teorías positivistas al aludir a una catalogación cerrada de delitos (ZAFFARONI 2000, 80). No obstante, lejos de las desavenencias y las críticas que entre los positivistas encontró su proyecto, existieron varios aspectos que son destacables en su proyecto por tener estos cierta injerencia en algunas legislaciones de la época, entre estos e puede

mencionar: la sustitución de la denominación de penas por *sanciones*; la aplicación de la ley más favorable al delincuente no habitual; la eliminación del resultado cuando existe un error sobre las circunstancias del hecho; la equiparación la sanción del delito consumado con la de tentativa; el paso de la multa a los herederos; la previsión de la libertad condicional y la condena condicional; así como también la distinción que hace de los delitos comunes de los políticos sociales ya que de esta diferenciación hacía depender no sólo el alojamiento diferenciado en la cárcel sino el tipo de sanción que podían aplicarse dentro del amplio e intrincado repertorio de sanciones que planteaba.

«El cuadro de sanciones era muy extenso y complicado: a) para los mayores de dieciocho años y por delitos comunes preveía: multa, destierro local, confinamiento, prestación obligatoria de trabajo diurno, segregación simple en una casa de trabajo o colonia agrícola, segregación rigurosa en casa de reclusión y segregación rigurosa perpetua; b) para los autores de delitos políticos-sociales mayores: destierro, detención simple y detención rigurosa; c) para los menores: libertad vigilada, escuela profesional o de corrección o el navío escuela, casa de trabajo o colonia agrícola para menores y casa de vigilancia; d) para los mayores en estado de debilidad mental: casa de alienados, casa de vigilancia y colonia especial de trabajo; e) como sanciones complementarias, cuando no constituyan sanciones especiales: publicación especial de la sentencia y caución de buena conducta» (ZAFFARONI 2000, 80-81).

En cuanto a lo que tiene que ver con la inimputabilidad, el proyecto de Ferri no plantea formula alguna que permita exclusión de responsabilidad del sujeto por causas de incapacidad psíquica de comprensión, por lo cual los enfermos mentales y los menores resultaban ser penalmente responsables de sus actos, debiéndose valorar para su sanción el grado de peligrosidad que estos lleguen a representar. Para ello enlista una serie de circunstancias atenuantes y agravantes que denotan la menor o mayor peligrosidad del delincuente, sobresaliendo en estas últimas como síntoma de mayor peligrosidad: la reincidencia, la misma que sería la que daría origen para catalogar al delincuente como *habitual*<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> La clasificación que Ferri formuló sobre los tipos de delincuentes fue la que hizo más conocida a la escuela positiva. Ferri consideró la existencia de cinco tipos de delincuentes: el nato «que tiene una carga congénita y orgánica hacia el delito por lo que no puede resocializarse, el loco tiene una anomalía psíquica que además es moral y por tanto lo lleva a delinquir, el habitual tiene una tendencia a delinquir adquirida pero sin base orgánica, el ocasional cede ante la oportunidad de delinquir pero si el medio no lo favorece no lo hace, y el

Según el artículo 27 del proyecto de Ferri, resultaba suficiente el cometimiento de dos delitos, cualquiera que fuese su gravedad, ya que lo que se buscaba era la eliminación de la pequeña criminalidad, para que un individuo pase a considerarse como un delincuente habitual, dando a entender con esta medida que la sanción debía de ser no únicamente proporcionada a la gravedad del delito, sino a la peligrosidad del autor (ZAFFARONI 2000, 81).

En definitiva, el texto que redactara Ferri solamente quedó en proyecto, pero no un proyecto inadvertido para algunos países latinoamericanos que lo consideraron de valía para adaptarlos a sus códigos penales, como fue el caso de México con el código penal de 1931; o Colombia tanto con el proyecto de código penal de 1927<sup>118</sup>, pero sobre todo con el Código penal sancionado en 1936 que «recibió la influencia del positivismo criminológico importado desde Italia» (ANITUA 2005, 211).

En efecto, el Código Colombiano de 1936 consideró como sujetos penalmente responsables a todos los ciudadanos, es decir, no hubo excepciones dado que se establecía que quienes no sufrían ninguna patología se les imputaba el acto a título de dolo, culpa o preterintencional, mientras a quienes otrora eran considerados como inimputables, de acuerdo al art. 29<sup>119</sup>, se les imputaba el acto por la sola comprobación objetiva o material del hecho (REYES ECHANDÍA 1997, 275), correspondiéndoles la aplicación de una pena o medida de seguridad, ya que acogiendo los postulados del positivismo que atacaban al concepto de culpabilidad basado en el libre albedrío, la reacción penal se fundamentaría en la *peligrosidad social del sujeto* (BUSTOS y HORMAZABAL 1997, 211). De esta manera pasaron a estar sometidos a la acción del Código penal colombiano de 1936, no solo los adultos normales y sanos sino también: los menores, los dementes y los indígenas «por el mero

---

pasional tiene facilidad para exaltarse, pero por lo demás es como el ocasional» (ANITUA 2005, 188).

<sup>118</sup> Este proyecto, que fuera redactado por técnicos italianos, al hacer referencia a la condición de los indígenas referiría en su art. 26, que «los indígenas que aún no han sido reducidos a la vida civilizada, se asimilan cuando delincan, a los menores de edad que deben ser juzgados con arreglo a penas y procedimientos especiales para ellos. Los indígenas menores de dieciocho años no son punibles» (HURTADO 2001, 37).

<sup>119</sup> Este artículo 29 señalaba: «Cuando al tiempo de conocer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicarán las sanciones fijadas en el capítulo del título II de este libro».

hecho —dice Ferri— de vivir en sociedad con los demás» (citado por GARCÍA-PABLOS 2003, 433).

«El desplazamiento de la responsabilidad criminal hacia el concepto de peligrosidad social y la ampliación del derecho a castigar, como efecto de la aplicación del paradigma etiológico impulsado por el Positivismo criminológico, permitió adoptar un amplio marco de medidas pre- y post-delictuales. Estos fueron los rasgos de un [Sistema penal] fuertemente presionado por los sistemas políticos autoritarios para obtener respuestas penales a las necesidades de orden» (BERGALLI 2003, 26).

### 3.4.3 El Código Rocco

Así mismo otro código con gran incidencia en Latinoamérica fue el Código Rocco<sup>120</sup> de 26 de octubre de 1930. El cual a decir de Zaffaroni sería el monumento del autoritarismo italiano, que bajo un manido discurso de ser un Código técnico y aséptico intentó ocultar el fuerte influjo del positivismo criminológico del cual se encontraba impregnado (2000, 84).

Entre los aspectos que hacen recordar a este Código están las palabras del ministro de Alfredo Rocco, expuestas en la *Relazione al Re* con la que se elevaba el proyecto del Código penal, pues para él el Estado era un poder supremo que tenía vida e intereses propios que trascendían de la vida de los individuos que lo conformaban, por lo tanto el *ius puniendi* no era nada más que:

«[U]n derecho de conservación y defensa del propio Estado, que nace con el Estado mismo, análogo pero sustancialmente distinto del derecho de defensa del individuo y que tiene fin de garantizar y asegurar las condiciones fundamentales e indispensables de la vida en común» (citado en ZAFFARONI 2000, 86).

No obstante, para garantizar y asegurar la moralidad pública, las buenas costumbres, la etnia unida por vínculos de raza y todos los fines que el legislador fascista señalaba, recurriría sin el más mínimo disimulo a justificar el uso abusivo de las penas mediante un acomodadizo discurso que las justificaba.

«El sistema de Rocco a este respecto es claro: cuando la acción es predominantemente libre, aplica pena retributiva; si es

---

<sup>120</sup> Su nombre se debe al ministro de justicia del fascismo italiano Alfredo Rocco (1875-1935) destacado representante del derecho penal y del positivismo jurídico italiano. Y que tubo «gran importancia para el mundo hispanoparlante» (ANITUA 2005, 229).



predominantemente no libre, aplica medidas de seguridad; cuando es más o menos libre, impone primero la acción retributiva para neutralizar el mal uso de la libertad y luego las medidas de seguridad neutralizantes para cancelar el peligro de la determinación al delito. Este es en definitiva, el esquema más simple del *doppio binario* o *doble vía*, como sistema que combina la agregación sucesiva de penas y medidas de seguridad» (ZAFFARONI 2000, 87-88).

Es por ello que el discurso de la justificación de las penas basado en la peligrosidad social del delincuente no tendría nada de inofensivo, en virtud de que la aplicación de las penas a falta de un fin resocializador se pretenda justificar por medio de un fin ejemplarizante y faltando cualquiera de los dos fines se recurra a justificar por la necesidad en sí misma de la pena<sup>121</sup>. Lo cual es propio de un derecho penal autoritario que se sirve de ese discurso, para poder extender la punibilidad tanto a determinadas conductas que deberían quedar impunes así como también para equiparar la responsabilidad del autor con la de los partícipes por el vínculo del ánimo que los une a todos con el acto delictivo, con lo cual queda en claro que en el código penal del fascismo se encuentra incito en el positivismo criminológico (ZAFFARONI 2000, 88).

Uno de los principales intelectuales que trabajo en el Código Rocco fue Enrico Ferri, a quien Nuvolone lo calificaría como «uno de los padres putativos e indirectos» (citado por ZAFFARONI 2000, 87), en virtud de que tras el triunfo del fascismo, Enrico Ferri ya sin ocupar la condición de diputado accedió, nuevamente, a integrar la Comisión encargada de elaborar un proyecto de Código Penal. Esta vez, como refiere García-Pablos, su entusiasmo no habría de estar disminuido porque el fascismo representaba «el principio de autoridad, la supremacía del orden social frente a los excesos individualistas, la lucha eficaz contra el crimen frente al formalismo garantista de los clásicos» (GARCÍA-PABLOS 2003, 430), lo cual hacía que Ferri todavía conserve sus aspiraciones de plasmar sus ideales teóricos en un cuerpo legal; más el destino

---

<sup>121</sup> Ejemplo reciente de esta consideración se puede apreciar en la Sentencia N° 128-11, del 10 de agosto de 2011, de la Primera Sala Especializada de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, en Ecuador. En la causa seguida contra 3 dirigentes indígenas acusados de sabotaje, en un principio, y luego sustituida por obstrucción ilegal de vías, la Sala impuso una pena de ocho días de reclusión «por tratarse de personas que no constituyen peligro para la sociedad, y que las motivaciones para su inconducta fueron de carácter altruista y social a favor de los pueblos de Tarqui y Victoria de Portete, en defensa del agua que temen sea contaminada por actividad minera» (citado en Amnistía Internacional 2012, 22).

implacable no le permitiría apreciarlo ya que en 1929 murió a tan sólo un año de que se apruebe el Código Rocco.

En 1930 el Código Rocco es sancionado y con el todo el arsenal punitivo confiscador no sólo de la libertad, sino de la vida de los sujetos que ponían en funcionamiento al *ius puniendi*, ya que la pena de muerte fue reimplantada. Así el Estado se convirtió en portador de bienes jurídicos que se veían lesionados incluso en los casos más inverosímiles, ejemplo de esto fueron, entre otros, los casos de delitos sexuales en el cual el bien jurídico afectado era la moralidad pública; los atentados al pudor donde se lesionaban los elementos de la nacionalidad; los casos de aborto que se consideraba que afectaban la sanidad de la estirpe; los delitos contra la religión donde lo que se creía agredido era el sentimiento religioso del Estado. Es decir hubo una perversión en la utilización de bienes jurídicos en donde en último término el bien jurídico afectado, sobre interés de las personas, era el de la nación. El Estado por medio de este Código pasó a castigar casi sin distingo los delitos que afectaban a la existencia del Estado de los que afectaban al gobierno por medio de tribunales especiales. Pues los atentados que afectaban al rey, al jefe del gobierno y a los miembros del Gran Consejo Fascista, así como los actos que atacaban al honor y prestigio del jefe del gobierno y que se encontraban tipificados en los primeros capítulos de la parte especial, pasaban a ser sometidos a la jurisdicción de un tribunales especial, presidido por un miembro del Gran Consejo Fascista y conformado por altos magistrados y oficiales de rango superior de la Milicia fascista (ZAFFARONI 2000, 88-89).

Una vez que el Código Rocco fue sancionado, el eclecticismo de la reacción penal de este se expandió a algunos países de Latinoamérica. En especial lo que se refiere al sistema de medidas de seguridad contra los delincuentes habituales, como fue el caso de Uruguay, Brasil y Ecuador.

En definitiva, el Código Rocco trajo a algunos países de Latinoamérica «todas las instituciones positivistas peligrosistas que el puro derecho penal policial del positivismo no había logrado introducir» (ZAFFARONI 2000, 90). En el caso de Ecuador las influencias se ven en el año de 1938 con la promulgación de las leyes eugenésicas, que a decir del jefe supremo del Ecuador de aquel entonces, Gral. Alberto Enríquez Gallo, servirían para el

«*mejoramiento de la raza*», debido a que se impuso la obligación de un certificado de aptitudes y cualidades para poder casarse, prohibiéndose «contraer descendencia por parte de criminales y adictos sentenciado» (NUÑEZ DEL ARCO 2013, 20).

Así también en el clímax de la regulación de los sujetos peligrosos, desencadenado por la injerencia del positivismo peligrosista, se sancionó el Código penal de Ecuador de 1938 el cual configuró la responsabilidad penal del indígena dentro un ambiente que los consideraba como seres racialmente inferiores e incluso como *no personas*, como lo habría de sostener Ángel Viñan en una publicación de 1942, titulada *El problema de la responsabilidad Penal del indígena ecuatoriano*, donde afirmaría que los indígenas del Ecuador de «[...] humanos sólo tienen el nombre [...]» (citado en CARNEVALI 2007, 8).

### 3.5 El interés por los textos alemanes

A partir de la década de los años sesenta del siglo pasado los proyectos penales producidos en Alemania comienzan a volverse referentes para las legislaciones penales latinoamericanas que van siendo progresivamente cambiadas o reformadas. El proyecto penal de 1962 daría comienzo al marcado interés por los avances legislativos en Alemania, en virtud de que en este año se entrega el proyecto de código penal que había sido trabajado desde 1953 por la Gran Comisión de Reforma de Derecho Penal, integrada por muchos profesores de prestigio del penalismo alemán (ZAFFARONI 2000, 90).

El proyecto de 1962 recogía una propuesta que contemplaba un tratamiento clásico de las penas privativas de libertad, dividiéndolas en reclusión, prisión y arresto. Y en lo que tiene que ver a la tipificación de los diferentes delitos, en la parte especial se obvió la despenalización de los delitos leves así como también se tuvo como punibles hechos en los cuales no había víctimas ni bien jurídico lesionado, como fue el caso de la homosexualidad masculina que se sancionaba como medio para «conseguir mediante la fuerza ética de la ley penal una barrera contra la expansión de una práctica inmoral [...]» (ROXIN 2000, 18).

En 1966 ante el desacuerdo del tradicionalismo del proyecto oficial de 1962, por el retribucionismo que mantenía y en fin por no estar alineado

conforme a la consideración de *última ratio* del derecho penal, que venían ya sosteniéndose desde hace tiempo atrás, un grupo de catorce penalistas dedicados a la enseñanza académica (ROXIN 2000, 23) decidieron elaborar lo que se conocería como el *Proyecto Alternativo*. Proyecto que llegó hasta el parlamento para poner en entre dicho al proyecto de 1962, que había dado lugar a la primera ley de reforma penal del 25 de junio de 1969, al punto de que algunos de los penalistas que trabajaron en la elaboración del primer proyecto optaron por que éste debía de sufrir algunas modificaciones conforme lo planteaba el proyecto alternativo (ZAFFARONI 2000, 91), de tal manera que el 4 de julio de 1969 se da la segunda ley de reforma penal, la cual en su parte general, que era completamente nueva, convergían los aportes tanto del proyecto oficial y del proyecto llamado alternativo.

Entre las innovaciones más importantes que introdujo en esta segunda ley fueron: la sustitución de la tradicional tripartición de los hechos punibles por una bipartición de los mismos, es decir se pasó de considerarlos como: crímenes, delitos y contravenciones a tan solo a crímenes y delitos; se abolió la pena de reclusión y se introdujo la pena privativa de libertad unitaria, la reserva de la pena natural para casos penados con menos de un año, creación del establecimiento terapéutico-social, la limitación de la custodia de seguridad entre otras (J. BAUMAN 1973, 24).

Al ser proyectos presentados por penalistas de renombre, se publicaron varios textos: unos de su propia autoría y otros de algunos partidarios alineados con los presupuestos de uno u otro proyecto. La abundante literatura que trataba temas específicos o generales del Derecho penal llegó a Latinoamérica para seguir nutriendo a la dogmática penal que se enseñaba en las Universidades, y que hasta antes de la década de los cuarenta del siglo pasado había estado dominada por la hegemonía del peligrosísimo italiano.

Hay que señalar que cuando empiezan a ser referentes los proyectos alemanes, América latina contaba ya con penalistas de la élite cultural europea que habían llegado a estas tierras trayendo el influjo del modelo alemán. Inicialmente su presencia se vinculó con viajes que tenían como fin dar conferencias, pero con posterioridad ésta presencia sería a casusa las persecución endilgadas por los regímenes totalitarios de sus países, como fue

el caso de Marcello Finzi y James Goldschmidt<sup>122</sup> por las políticas racistas (CESANO 2012, 162).

Las guerras incidirían en que muchos intelectuales republicanos busquen su exilio en Latinoamérica, como fue el caso del más eximio penalista de nuestra región, que llegó a ésta a causa de la Guerra Civil Española. Estamos hablando de Don Luis Jiménez de Asúa<sup>123</sup>, quien sería el que difundió la dogmática penal alemana, en un tiempo en que se había empezado a tener un claro interés por las obras del territorio germano (ZAFFARONI y CROXATTO 2014, 198-199). Las recurrentes citas que las obras latinoamericanas hacían de las numerosas traducciones de las obras más sobresalientes del penalismo alemán, son prueba patente del naciente interés por la dogmática penal alemana<sup>124</sup>, la cual aparte de conducir al ocaso del positivismo peligrosista italiano (ZAFFARONI y CROXATTO 2014, 198-200) consiguió extenderse exitosamente más allá de su estrecho ámbito geográfico, superando la «tradicional indiferencia, injusta, pero cierta, con la que la consideran los países pertenecientes al sistema del Common Law e incluso algunos más cercanos geográficamente como Francia o la misma Italia» (MUÑOS CONDE 2014, 116).

Ya en la década de los cincuenta y sesenta, los primeros trabajos importantes que llegaron de los autores alemanes fueron los que trataban el debate entre causalismo y finalismo, así como también lo fueron aquellos que se referían a cuestiones sistemáticas de la teoría del delito. Este auge dogmático coincidió temporalmente cuando en Santiago de Chile, en octubre de 1963, una comisión redactora comenzaba a elaborar una iniciativa penal

---

<sup>122</sup> James Goldschmidt falleció al poco tiempo de llegar a Latinoamérica, su hijo Robert Goldschmidt quien fuera Juez civil en Berlín, llegaría con él y en estos lares se encargaría de traducir diversas obras jurídicas alemanas entre las que se contaban las de su padre, el notable penalista James Goldschmidt (CESANO 2012, 163).

<sup>123</sup> Fuera de la influencia que recibió Luis Jiménez de Asúa del correccionalismo español de Bernaldo de Quirós y de Pedro Dorado Montero así como de su estudio en Italia con Ferri y en Alemania con Von Liszt, destaca el papel político que realizó durante la Segunda República española ya que en ésta fue presidente de la comisión que elaboró la Constitución republicana de 1931, así como también principal redactor e inspirador del Código penal de 1932 y de la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (SUAY 2000, 59).

<sup>124</sup> En Latinoamérica en cuanto al aspecto técnico-dogmático del delito se acogería la estructura forjada en Alemania, y extendida en gran parte de Europa continental, esto es constituida por las características de la acción humana de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; más no las que se han dado en Francia sustentadas en torno a los elementos legal, material y moral o en Inglaterra en los componentes del *actus reus* y *mens rea* (BORJA 2011, 55).

privada que por su objetivo daría origen a lo que terminaría por llamarse como el *Código penal tipo latinoamericano*.

Es de señalar que este Código aunque fue una iniciativa importante, los resultados obtenidos no fueron los que hubieran gustado. El texto al igual que siguió buena aparte de la legislación latinoamericana, que propugnaba la consideración del indígena como inimputable (GARCÍA VITOR 2005, 159), también acogió los postulados y avances doctrinarios alemanes, incluso inclinándose por seguir los lineamientos peligrositas de la legislación italiana de 1930, por lo cual no es extrañar que el Código penal tipo latinoamericano haya terminado siendo «un híbrido cabalgado sobre Rocco y el proyecto de 1962 [...] [que] refleja el estado de doctrina de una época, que se había desplazado hacia el neokantismo en la teoría del delito, pero que continuaba siendo positivista en la pena» (ZAFFARONI 2000, 93-97).

#### **4 Evolución del concepto formal de la culpabilidad**

Con el nacimiento de una persona inicia la inserción en el mundo social que le rodea, por medio de un proceso en el que el individuo interactúa con otros, desarrollando sus facultades de pensar, sentir y actuar. La sociología ha denominado a este proceso como de socialización. Guy Rocher sostiene este proceso es el que permite a la persona adaptarse a su entorno, porque de éste precisamente provendrán los elementos socioculturales que le tocará aprender e interiorizar durante el transcurso de su vida (1990, 210).

Berger y Luckmann, por su parte dicen que en éste proceso de socialización se puede distinguir una socialización primaria y otra secundaria. La primaria comienza en la niñez y es la que convierte a un individuo en miembro de la sociedad y la secundaria en cambio es la que induce al individuo socializado a nuevos sectores del mundo objetivo de su sociedad (2001, 166).

Al identificar las principales agencias que conforman al proceso de socialización García-Pablos menciona que la «principal agencia de socialización primaria es la familia, de socialización secundaria, la escuela» (2003, 83). Y es precisamente dentro de estas agencias donde la culpa o culpabilidad ha sido permanentemente utilizada como un recurso pedagógico que intenta internalizar en el hombre una escala de valores que le faciliten vivir

armoniosamente con sus semejantes, absteniéndose de realizar conductas desaprobadas que afectan los valores que soportan la convivencia en comunidad, puesto que «[a]ntes de la culpa, objetiva o subjetiva, hay, pues, una desaprobación previa de algo que se ha realizado y que no debería haberse realizado, o de algo que no se ha realizado, debiendo haberse realizado.» (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2010, 357).

Oscar Sarrulle sostiene que el hombre para no sentir ese sentimiento de culpabilidad, apacigua sus impulsos agresivos y se somete a un orden normativo determinado, que lo va conformando desde la niñez (2001, 16) en el proceso de socialización. Por ello no es de extrañar que en los distintos ámbitos en los cuales se desarrolla la vida, las personas empleen frecuentemente expresiones tales como: «es culpable», «tiene la culpa», «echar la culpa», «sentirse culpable»; aunque quienes las profieren no tengan una idea clara «acerca de la especie de su reproche» (J. BAUMAN 1973, 206).

De cualquier manera todas estas expresiones que son usadas en el lenguaje coloquial con distinta terminología, reflejan un sentido semejante al que se da al concepto de *culpabilidad* en el Derecho penal (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2010, 349) con la particularidad de que ahí los significados que adquiere la culpabilidad buscan impedir o limitar la imposición de la principal consecuencia jurídico penal que tiene el Estado ante la comisión de un delito.

En este contexto es interesante señalar que en el derecho Penal el concepto de culpabilidad al estar sometido al uso técnico o doctrinal no tiene un único significado, sino que dependiendo del tema que aborde adquiere uno de los tres significados que se le asignan (M. d. GÓMEZ 2010, 76). Así el primer significado que se confiere al concepto de culpabilidad refiere a la *culpabilidad como elemento de determinación o medición de la pena*, refiriéndose a la magnitud cuantitativa de la pena a imponerse a un hecho delictivo. Es así que un hecho típico y antijurídico, estará acotada por «su gravedad atendiendo, además, tanto a una valoración global del hecho como a las finalidades preventivas que debe perseguir» (M. d. GÓMEZ 2010, 76).

Una segunda significación se alude a la culpabilidad como *prohibición de la responsabilidad objetiva o por el resultado*, restringiendo la atribución del hecho a las dos formas de imputación del resultado que son: dolo o

imprudencia, impidiendo así la imposición de la pena a los supuestos de caso fortuito. Y finalmente el tercer significado que se da al concepto de culpabilidad se presenta dentro del análisis de la culpabilidad como categoría del delito, señalando a la *culpabilidad como fundamento de la pena*. A este respecto se entiende que para la imposición de una pena no basta que el hecho sea típico y antijurídico, sino que es necesario verificar la existencia de una serie de elementos (capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad, exigibilidad de otra conducta) «que determinan que el autor de una acción típica y antijurídica sea criminalmente responsable de la misma» (BACIGALUPO 1997, 298).

De estas tres significaciones que tiene la culpabilidad en el Derecho penal, la última como parte de la Teoría General del Delito es la que ha aparecido con mayor claridad dentro de la moderna ciencia del Derecho penal, especialmente en las obras de finales del siglo XIII y mediados del XIX que trataban cuestiones relacionadas sobre la teoría del delito. En ese tiempo la culpabilidad resultaba ser equiparable a lo que se denominaba *fuerza moral o aspecto moral* del delito y contemplaba un ámbito mucho más amplio del que hoy se suele asignar al concepto de culpabilidad pues abarcaba los demás aspectos que integran la teoría del delito.

La fuerza o aspecto moral del delito tiene sus antecedentes en la Edad Media, especialmente de la mano de los canonistas que buscaban relacionar al sujeto con el hecho cometido a través de la existencia de una vinculación personal o subjetiva que era lo que sustentaba el sentido expiatorio de la pena. Bajo la premisa de que únicamente se podía expiar los comportamientos en los cuales el sujeto aparecía como moralmente responsable, los canonistas desarrollaron una amplia consideración de circunstancias atenuantes y agravantes que eran valoradas para determinar la culpabilidad y con ella graduar la pena. «De esta forma, la culpabilidad no sólo es presupuesto y fundamento de la pena, sino que al mismo tiempo permite graduarla, esto es, establecer una determinada medida de ella» (BUSTOS y HORMAZABAL 1999, 16).

En 1879 V. Ihering ante los planteamientos de la responsabilidad moral, que eran los que dominaban respecto del análisis del delito, propondría que el



ordenamiento jurídico era el que determina la licitud o ilicitud de un hecho a través de una valoración de carácter objetivo que no dependía de la mala fe o dolo de los sujetos. En efecto, esta postura que posteriormente sería seguida y desarrollada por el más destacado de sus discípulos, F. Von Liszt, quien frente a un concepto de culpabilidad que abarcaba todos los aspectos del delito hizo «[...] uno de los hallazgos técnico-jurídicos más importantes de la Ciencia del Derecho penal» (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2010, 350) capaz de sentar las bases del pensamiento analítico de la teoría moderna del delito esto es: la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad<sup>125</sup>.

Con esta distinción hecha por Von Liszt surgiría también de su mano la *teoría psicológica de la culpabilidad* (BUSTOS y HORMAZABAL 1999, 313) la cual siguiendo los designios del causalismo naturalista sostendría que la culpabilidad debía ser la relación psíquica del autor con el resultado.

Así todo subjetivo-interno quedaba asignado a la culpabilidad, en virtud de que para la concepción psicológica de la culpabilidad la acción solamente es concebía como un movimiento corporal voluntario que causa una modificación en el mundo exterior, siendo la representación del contenido de la voluntad (es decir, lo que el sujeto haya querido) irrelevante, con interés sólo en el marco de la culpabilidad (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2010, 213). Con ello la relación subjetiva con la acción se agotaba en la culpabilidad a través del dolo y la culpa, valorándose en esta misma categoría la imputabilidad del autor que era presupuesto de la culpabilidad, entendida como facultad de conocer y querer (M. d. GÓMEZ 2010, 264).

Con la formulación de la teoría psicológica de la culpabilidad, la teoría del delito quedó configurada por «un ámbito de carácter objetivo (el injusto) y otro de carácter subjetivo (la culpabilidad)» (BUSTOS y HORMAZABAL 1997, 131), con el cual el delito y cada uno de sus componentes, se concebían

---

<sup>125</sup> Posteriormente a la antijuridicidad y culpabilidad aparecería la tipicidad como característica esencial del delito, pues Ernst Beling en su obra *Doctrina del delito* de 1906, al considerar insuficientes los dos momentos que componían el análisis del delito plantearía que sólo deberían ser merecedores de una pena aquellos hechos que son tenidos como antijurídicos y que se encuentran establecidos en un tipo legal. Y ahí está su mérito el de «haber definido la tipicidad como elemento del delito y el tipo penal como su necesario antecedente» (BUSTOS y HORMAZABAL 1999, 17).

básicamente como fenómenos pertenecientes al mundo de lo natural, susceptibles de ser verificados empíricamente.

En la primera década del siglo XX se evidenció que teoría psicológica de la culpabilidad no encontraba un asidero en la realidad. El primer escollo surgió con respecto de la culpa inconsciente ya que esta no podía explicarse cómo relación psicológica, puesto que al estar el injusto construido sobre la acción y la culpabilidad sobre el dolo dificultaban su respuesta. Por ello es que no faltaron quienes, como Radbruch, propongan desarrollar una culpa puramente psicológica, u otros que ante esta dificultad incluso hayan planteado la eliminación de la culpa del derecho penal, argumentando que esta no representaba ninguna forma de culpabilidad porque faltaba una relación psíquica del autor con el resultado, como en efecto lo habría de hacer el penalista Kohlrausch (WELZEL 2004, 130).

Por otra parte, la teoría psicológica tampoco explicaba satisfactoriamente las circunstancias que excluían la responsabilidad, debido a que tanto el estado de necesidad exculpante o el miedo insuperable no eliminaban el dolo, con lo cual en el análisis del delito se excluía la culpabilidad pese a concurrir el nexo psicológico entre el resultado y su autor, es decir el dolo. Mir Puig sostiene que ante la incapacidad de ésta teoría de dar respuestas a la culpa inconsciente y explicar las causas de exclusión de la culpabilidad pese a la subsistencia del dolo sería el detonante para el surgimiento de una nueva doctrina que le conferiría otro significado a la culpabilidad: la *concepción normativa de la culpabilidad* (1994, 173).

El fundador de esta nueva concepción teoría sería Reinhard Frank, el cual con el resurgimiento del pensamiento kantiano sostendría que la culpabilidad es reprochabilidad y que la función tanto de la imputabilidad, el dolo y la culpa, es excluirla o graduarla (BUSTOS y HORMAZABAL 1999, 314).

Junto a Frank también aparecería dos autores más que fueron determinantes para configurar el contenido de esta nueva teoría: James Goldschmidt quien hace una distinción entre norma jurídica (presente en el injusto) y norma del deber (presente en la culpabilidad); y B. Freudenthal que introduce el principio de la *exigibilidad* para establecer la culpabilidad e inculpabilidad, puesto que para él la culpabilidad entraña una desaprobación al

autor del hecho antijurídico por su comportamiento cuando este hubiera podido comportarse de forma distinta (BUSTOS y HORMAZABAL 1999, 315).

A partir de la concepción normativa que defiende la posición de que actúa culpablemente el que pudo proceder de otra manera (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2010, 359), es que comienza a establecer el concepto tradicional de culpabilidad y con éste el fundamento de la distinción entre imputable e inimputable sustentada en la indemostrable capacidad de obrar de otra manera o lo que es lo mismo en el *libre albedrío* (GARCÍA VITOR 2005, 159).

Con ello aunque el dolo y la culpa seguían estudiándose como elementos de la culpabilidad, la culpabilidad en si misma se concibió como un juicio de reproche que declara el desvalor personal de la acción a partir de la idea de exigibilidad de un comportamiento distinto. Este razonamiento abriría el camino para la entrada de una nueva reducción del contenido de la culpabilidad (MIR PUIG 1994, 173), debido a la irrupción de la teoría finalista de la acción que pasaría a «reconocer que el dolo y la culpa no eran especies de la culpabilidad [dejando así] abierta la posibilidad de desplazar estos conceptos fuera de ella» (BACIGALUPO 1997, 304).

A partir de la *teoría de la acción finalista* propuesta por Hans Welzel se pasa a una concepción plenamente normativa de la culpabilidad. En la cual considerando los decisivos aportes de Dohna —que aludían a una separación entre *valoración* (reprochabilidad) y objeto de la valoración (dolo)—, Welzel plantea que al «contar el dolo entre la acción y el tipo del injusto, retiene para la culpa exclusivamente el elemento normativo. La culpa no es un tipo psíquico, sino el juicio de valor sobre un tipo psíquico que existe o falta» (1951, 33).

De esta manera la reprochabilidad para teoría finalista de la acción, dice Bacigalupo, «presupone la capacidad de motivarse por la norma. El que realizó una acción típica y antijurídica será culpable si podía motivarse por la norma, es decir si podía *obrar de otra manera*» (1997, 305). Se abandonó de esta manera la estructura del positivismo del siglo XIX y la neokantiana de la primera mitad del siglo XX que ubicaban al dolo en la culpabilidad y a partir de las premisas de la teoría final de la acción, que marca un punto de inflexión en el desarrollo de la ciencia penal alemana de la posguerra (ROXIN 2000, 43), se

comienza a desarrollar la comprensión normativa de la culpabilidad que actualmente se tiene. Y donde precisamente la doctrina a ubican: la imputabilidad o capacidad de culpabilidad del sujeto; la capacidad o posibilidad de conocimiento de lo injusto; y la exigibilidad de otra conducta, como elementos que la estructuran.

En efecto, estos tres elementos de la culpabilidad han sido los que la dogmática jurídico-penal utiliza para determinar la atribución de un injusto penal a su autor. Sin embargo, estos elementos a la hora de ser aplicados no solamente han sido útiles para hacer un juicio de desvalor sobre el autor de un hecho, sino que insertas en un ámbito institucional de prácticas mucho más amplio, han servido para fomentar y dar continuidad al sometimiento e inferioridad de los integrantes de las sociedades indígenas.

Hay que recordar que los pueblos indígenas experimentaron un despojamiento violento de sus territorios y un fuerte régimen de explotación laboral y económica que los colocó en una situación de absoluta subordinación que sólo con el tiempo los opresores pudieron justificar, recurriendo a la construcción colonial de la ideología de la «inferioridad natural de los indios» (YRIGOYEN 2011, 139), ideología que llevada al campo jurídico legitimó que los indígenas sean tratados como menores, rústicos y miserables, y por tanto sujetos de tutela jurídica.

Toda esta enraizada consideración de inferioridad del indígena condujo a que una vez conseguida la independencia política de las colonias americanas no se dé por terminada aquella subordinación de los pueblos indígenas. No fue extraño que la dogmática penal latinoamericana, imbuida del etnocentrismo jurídico, al explicar la conducta criminal del indígena no haya renunciado en la categoría de la culpabilidad a infravalorarlo y expresar la supremacía de una sociedad sobre otra, por cuanto quienes legislaron en Latinoamérica respecto de la cuestionable responsabilidad penal del indígena, se valieron del Derecho penal para, dolosa o culposamente, perpetuar la jerarquía existente en la sociedad pues evitaron reconocer que los indígenas eran sujetos normales pero con valores y patrones culturales distintos a los que manejaba la cultura hegemónica.

Debido a estas consideraciones el tratamiento penal del indígena tras la independencia de los Estados latinoamericanos, fue un asunto intrascendente, no por el criterio dominante de la igualdad de todos ante la ley sino más bien por la consideración de menores inimputables que les fue adjudicada, en razón de que en los códigos que se importaron desde Europa no hacían ninguna referencia respecto de los indígenas porque sencillamente allí no los había. Fue en Latinoamérica donde los legisladores incluyeron en los Códigos los distintos términos para referirse a los indígenas que iban asimilándose a la sociedad dominante, como a aquellos que seguían internados en las selvas y a los cuales se les reservó una variedad de términos que pretendían denotar su incivilidad.

«Francisco Bailón Aguirre refiere que el año 1827 fueron denominados en la legislación peruana como *neófitos*, en 1832 como *tribus salvajes*, en 1837 como *indígenas recién civilizados*, en 1845 como *convertos*, en 1847 como *bárbaros e indios reducidos*, en 1848 como *infieles*, en 1853 como *tribus indígenas* y en 1898 como *peruanos salvajes*» (SOBREVILLA 2008, 112).

Los juristas que bajo concepciones evolucionistas del siglo XIX interpretaron y extendieron las figuras penales que legitimaron la equiparación de los indígenas con los menores de edad o con los enajenados mentales. Tratamiento que no ocurría con los textos penales europeos ya que allá, como se ha dicho, no había indígenas y por tanto sus códigos eran «concebidos conforme a juegos de intereses e imaginarios públicos y hegemónicos de sociedades con conflictividades completamente diferentes» (ZAFFARONI 2009, 14).

La justicia ordinaria se convirtió en la única forma legal para juzgar a los miembros de las comunidades indígenas y de paso con la sujeción a sus disposiciones legales contribuía a conseguir las pretensiones de homogenización de los miembros de estas comunidades. Sin embargo, con el tiempo la responsabilidad del indígena se convirtió en un tema doctrinario que trascendería a las legislaciones latinoamericanas, toda vez de que las categorías formales y abstractas serían las que determinarían la entrada o no en prisión de los indígenas.

El origen de esta discusión puede decirse que se agravaría con la llegada del positivismo criminológico «en los tiempos de las repúblicas oligárquicas de América Latina, o sea, en las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX» (ZAFFARONI 2000, 76). Es ahí cuando las diferentes legislaciones penales de los países andinos, acérrimas consumidoras y adoptantes de legislaciones e ideologías con repercusiones penales, comienzan a establecer criterios de responsabilidad penal o de imputabilidad de los indígenas basándose en la pertenencia del sujeto a un determinado ámbito social o grupo social.

Ejemplo de esta situación se puede apreciar en Colombia con la Ley N° 153 de 1887 que entre otras disposiciones, establecía que los *bárbaros* que hubieran sido condenados a pena corporal y durante el cumplimiento de ésta fueran catequizados y bautizados, podrían pedir la rebaja de pena (ROMERO 2012, 15). Así mismo, y especialmente, la Ley N° 89 de 1890 que clasificó a los indígenas en: salvajes, refiriéndose a los que estaban por las selvas; semisalvajes, aquellos sujetos perteneciente a los pocos resguardos<sup>126</sup> que quedaban para ese entonces; y los *civilizados*, que habían dejado los resguardos y pasaron a vivir en parroquias (BLANCO 2006, 61).

De ahí que en base a esta distinción se determinó que la legislación general no regía para los semisalvajes ni para los salvajes. De hecho los semisalvajes que habitaban en los resguardos, en ciertos casos, quedaban sometidos a las autoridades de sus respectivos cabildos (BLANCO 2006, 61); mientras que aquellos denominados como salvajes quedaban a disposición de los misioneros que, aparte de la misión religiosa de evangelizar, educar y asimilar a los indígenas a la cultura nacional, tenían facultades extraordinarias en lo civil, penal y judicial, hasta que en 1936 la nueva codificación penal que aparejaba nuevas figuras jurídicas, dispuso que su aplicación se extendía sobre todos los habitantes sin excepción (BECERRA 2006, 219); en Perú el Código penal 1924 —vigente hasta 1991—, conservando la diferenciación que

---

<sup>126</sup> El resguardo es una invención de la época colonial que se mantiene hasta el presente debido a la resistencia indígena contra la política Estatal. Según el acuerdo al art. 2 del Decreto 2001 del año 1998, el Resguardo «[...] es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una comunidad o parcialidad indígena, que con un título de propiedad comunitaria, posee su territorio y se rige para el manejo de éste y de su vida interna por una organización ajustada al fuero indígena o a sus pautas y tradiciones culturales».

el autor del proyecto, Victor M. Maúrtua, había hecho, se estableció en los artículos 44 y 45 las diferencias entre los pobladores. Así, pues, a los peruanos se los diferenció en tres clases de personas a saber: hombres «civilizados (generalmente, descendientes de europeos, ciudadanos, hispanohablantes y cristianos), indígenas (semi civilizados, degradados por el alcohol y la servidumbre) y salvajes (miembros de las tribus de la Amazonía). (HURTADO 2012, 147). A estos dos últimos grupos el juez mediante un arbitrario criterio de distinción entre indígenas *salvajes* y *semicivilizado*, podía determinar tanto el grado de responsabilidad como el tratamiento que debía cumplir el indígena.

Así para los indígenas salvajes, nativos de la Amazonía, se disponía que les sea sustituida la pena de prisión o penitenciaria por la colocación en una colonia penal agrícola, donde cumplidos de dos tercios de la condena y mostrando que habían logrado asimilar los valores de la vida civilizada podían acceder a la libertad condicional caso contrario debían cumplir íntegramente su condena. Planteamiento similar se establecía para el caso de los indígenas semi civilizados que por su condición especial hizo que se les tuviese como incapaces relativos, por lo cual dependiendo de la magnitud y la forma de la pena, esta podía ser rebajada o sustituida: sea por una medida de seguridad, atendiendo «su *desarrollo mental, grado de cultura y costumbres*» (HURTADO 2001, 36) o por la colocación en una colonial penal bajo el mismo tratamiento de la libertad condicional mencionado anteriormente para los indígenas salvajes (FRANCIA 1993, 495).

«Desde una perspectiva etnológica, se puede sostener que se adoptó una concepción «de asimilación»; es decir, que se buscó utilizar el derecho penal como un medio para incorporar a la «civilización» a los grupos de peruanos que se conservaban fuera de esta. Con un criterio paternalista y afanado en imponer su cultura o civilización, se ignoró la cultura de los pueblos nativos. El hecho de que cometieran un comportamiento calificado de delito por el derecho penal oficial fue considerado como una buena ocasión para poner en marcha la finalidad moralizadora y civilizadora estatuida en el mismo Código» (HURTADO 2012, 148).

En Bolivia, por su parte, en el proyecto de 1964 en su parte pertinente disponía que «el error esencial será también excluyente de culpabilidad, así como el error o la ignorancia de derecho, con particular referencia al indígena» (HURTADO 1995, 164), más sin embargo el Código Penal boliviano de 1973,

en sus artículos 17 y 18, consideró como inimputable al indio selvático y semi-imputable al inadaptado cultural. Cuestión que resultada ser inapropiada en virtud de que al ser Bolivia mayoritariamente indígena se corría el riesgo de considerar como incapaces a casi a la mayoría del país (YRURETA 1981, 63).

Es así que desde un punto de vista político criminal así como también de la dogmática penal se han planteado varias propuestas para afrontar el tratamiento que debería soportar el indígena en caso de cometer conductas que afecten tanto al ordenamiento como al régimen comunitario vigente en sus territorios.

La opción actual desde el reconocimiento internacional de la existencia de sistemas consuetudinarios y la incorporación de este reconocimiento en la norma constitucional de los países signatarios, ha sido limitar la acción penal pública<sup>127</sup> cuando ciertos conflictos han encontrado solución conforme a sus normas y dentro de sus comunidades. Pero hay que resaltar que esto es más bien la excepción y no la norma, pues es común que los operadores jurídicos irrespeten este reconocimiento y sometan a los indígenas a un tratamiento jurídico diferenciado, cuyos antecedentes se remontan a tiempos de un inexistente reconocimiento de la diversidad cultural y en consecuencia imbuidos de una fuerte impronta colonialista.

En este contexto, el tratamiento diferenciado que el derecho penal a dado al indígena, ha sido principalmente excluyendo su culpabilidad por defecto de uno de sus elementos o atenuándola en virtud de las particularidades culturales derivadas de la pertenencia a un grupo.

## **5 Subsunción del elemento cultural en la categoría de la culpabilidad**

La legislación penal latinoamericana, legitimada por la doctrina, ha ubicado en la categoría de la culpabilidad los elementos que permiten

---

<sup>127</sup> Fuera de la zona de países andinos, es llamativo lo que señala el art. 27 del Código Procesal Penal de Paraguay, el cual plantea la exclusión de la acción penal, mediante pedido de cualquier miembro de la comunidad, «cuando se trate de hechos punibles que afecten bienes jurídicos propios de una comunidad indígena o bienes personales de alguno de sus miembros y tanto el imputado como la víctima o, en su caso, sus familiares, acepten el modo como la comunidad ha resuelto el conflicto conforme a su propio derecho consuetudinario [...]» (CESANO 2004, 59).



establecer la exclusión de la responsabilidad penal de los indígenas<sup>128</sup>. Es así que dejando inalterado el injusto penal se establece que la irresponsabilidad penal del indígena puede estar fundamentada ya sea por la incapacidad síquica de comprensión de la antijuridicidad, técnicamente conocido como inimputabilidad y el error de prohibición o error de comprensión culturalmente condicionado.

### 5.1 Inimputabilidad

Históricamente dentro del Derecho penal moderno ha considerado al indígena criminal como un ser inimputable, al cual sus condicionamientos psicosociales le impedían comprender la ilicitud de su comportamiento. Sin embargo, cuando el concepto cambió y empezó a tenerse al indígena como un ser imputable o capaz de actuar culpablemente, fue preciso que se tenga un conjunto de referentes psicobiológicos para saber cuan disminuidas se encontraban las capacidades de los indígenas, a fin de cumplir los requisito y condición necesarias para que estos pudieran ser objeto de reproche por la conducta realizada.

Las legislaciones conforme a esta intuitiva necesidad distinguieron dos tipos de poblaciones indígenas: una población conformada por los indígenas salvajes que se resistieron a ser conquistados y que se refugiaron «[a]l otro lado de los Andes, en el pie de monte y en los llanos orientales de Perú, Ecuador y Bolivia» (ALBÓ 2011, 136); y otra población integrada por aquellos indígenas que al no poder huir de los colonos se ubicaron en lugares de contacto o de influencia con la sociedad dominante, cosa que fue una

---

<sup>128</sup> Una propuesta que se aparta de tratar el problema dentro de la categoría de la culpabilidad fue la propuesta por García Vitor, quien tomando en consideración que fuera de sus circunscripciones territoriales los indígenas se confrontan normas que le son ajenas, podrían darse casos en los cuales la exclusión de la antijuridicidad se puede dar por vía de la causal de justificación como una suerte de ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber oponible a otros provenientes de la cultura predominante. Toda vez de que la «exigencia que se impone a un sujeto de cumplir, en una misma situación, a un mismo tiempo, con dos deberes, de tal manera que la satisfacción de uno de ellos no puede sino realizarse en detrimento del otro» (GARCÍA VITOR 2005, 156). Adhiriéndose a la misma argumentación Raquel Yrigoyen sostiene que no es necesario que «los indígenas, campesinos o ronderos apelen al *error de comprensión* para eximirse de pena, en tanto su conducta constituye el ejercicio legítimo del derecho constitucional a la propia cultura y derecho» (2007, 402), como lo ha puesto de manifiesto la sentencia N° 975-04 San Martín de la Corte Suprema de Justicia, la cual en atención a la causa de justificación señalada en el art. 20.8 del Código penal, eximio de responsabilidad penal a unos ronderos que habían aprehendido momentáneamente a unos sujetos.

desventurada situación, porque permitió que estos se sometieran a sus designios y pierdan paulatinamente sus propias formas de organización social.

Es así que para efectos de determinar el tratamiento penal de las poblaciones indígenas, y siguiendo las teorías evolucionistas de aquella época<sup>129</sup>, se consideró que el tratamiento debía estar condicionado por el grado de civilización que tenían los indígenas. De ahí la importancia de la apreciación de la mayor o menor pertenecía a una de las dos divisiones poblacionales que se había creado, es decir, por un lado estaban los indios selváticos en estado de salvajismo, ignorantes totalmente del ordenamiento jurídico y por otro los indios que por su contacto estaban siendo incorporados o asimilados a la civilización.

Al observar las legislaciones latinoamericanas se puede apreciar la trascendencia que esta distinción representaba. En Colombia, por ejemplo, atendiendo esta diferenciación, se estableció que la legislación general no habría de regir entre los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada por medio de misiones (ley 89 de 1890, art. 1) para lo cual se delegaría a los misioneros (ley 72 de 1892, art.2) facultades extraordinarias para ejercer autoridad civil, penal o judicial frente a los indígenas que fueran abandonando el estado “*salvaje*” (ROMERO 2012, 15).

La respuesta ante esta diferenciación en el tratamiento jurídico fue ampliamente criticada, en virtud de que se otorgaba un tratamiento jurídico distinto para los indígenas, cuando la retórica dominante fruto de los criterios ideológicos promovidos por la Revolución Francesa, era que todos los habitantes del país eran iguales ante la ley y por tal motivo todos estaban obligados a respetar tanto las pautas culturales como la legislación formulada desde la sociedad hegemónica.

---

<sup>129</sup> El siglo XIX puede ser reconocido como el *siglo del evolucionismo*, tanto por las teorías biológicas de Jean Baptiste Lamarck y Charles Darwin como por los enfoques análogos que dieron algunos estudiosos de la sociedad (PEÑA 2002, 52). Entre estos destacan Henry Maine y Albert Herman Post quienes propugnaron que todos los pueblos pasan por varios estadios dentro de un único camino que permitía llegar a la cúspide del desarrollo en el cual lógicamente se encontraba como referente la cultura occidental (KUPPE y POTZ 1995, 9-14). A estas corrientes evolucionistas se sumaron las de Herbert Spencer que terminaron por legitimar el neocolonialismo como una misión piadosa de civilización de los territorios primitivos y retrasados, como sucedió en 1885 con el reparto del África en el Congreso de Berlín convocado por Otto von Bismarck (ZAFFARONI 2011, 91).

La violación del principio de igualdad que, teóricamente, sustentaba la organización de los países americanos, fue defendida por políticos, constitucionalistas y penalistas de la época<sup>130</sup> incluso instrumentalizando a los propios indígenas para fundamentar sus críticas. Así por ejemplo para el mexicano José Ceniceros el mantener un tratamiento diferenciado para los indígenas, mediante una legislación protectora, no hacía más que perjudicarlos<sup>131</sup> creando un efecto contrario al pretendido ya que a su entender acrecentaba el sentimiento de inferioridad de los indígenas. Idea que sería avalada por el boliviano, Manuel Durán Padilla, para quien el tratamiento diferenciado del indígena, a más de acentuar ese sentimiento de inferioridad, constituiría un factor negativo que impediría el propósito de lograr la efectiva incorporación del indio a la vida nacional (GARCÍA VITOR 2005, 152), pues el derecho penal podía ser utilizado, o aprovechando, como un instrumento para civilizar o aculturar a los indígenas que habían realizado un comportamiento delictivo tipificado, tal como lo señalaría con anterioridad Julio Salmón en el Proyecto de código penal boliviano de 1936, al sostener que el Código Penal es un medio adecuado para recuperar la personalidad psíquica, moral y económica perdida de los indios (CHIVI 2012, 336).

En una posición distinta a la aplicación de una ley igualitaria, se colocaban quienes sostenían que al ser tan evidente la desigualdad social en que se encontraban los indígenas, hacían inviable la colocación de estos en una condición de igualdad ante la ley. Por lo cual al abordar la problemática del indígena criminal dentro del campo jurídico-penal, sea cual fuere la condición que estos tuvieran, ya sea como salvajes, semicivilizados, etc., la solución

---

<sup>130</sup> Una opinión más actual pero con el mismo sesgo, fue la que emitió en el 8 de enero de 2003 el ex Presidente de Ecuador Gustavo Novoa, quien al referirse al proyecto de Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas expresaría que: «No cabe duda de que la igualdad ante la ley debe ser entendida en función de las características esenciales de los ecuatorianos, razón por lo cual no existe justificación jurídica para establecer ni discriminaciones ni privilegios cuyo fundamento sea factores relacionados con características de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, u otras, salvo que estos privilegios estén consagrados en el ordenamiento fundamental del Estado» (citado en GARCÍA 2005, 151).

<sup>131</sup> La Constitución de Venezuela de 1811, sin fundamento, ya se adelantaría en considerar que como negativas todas las prerrogativas otorgadas en favor de los indígenas, y por tanto necesarias de ser revocadas. Esto se aprecia en el art. 201, de la mencionada Constitución, que señala la revocatoria de «[...] las leyes que en el anterior Gobierno concedieron ciertos Tribunales, protectores y privilegios de menor edad a dichos naturales, las cuales, dirigiéndose al parecer a protegerlos, les ha perjudicado sobremanera, según ha acreditado la experiencia» (CLAVERO 2007, 3).

debía de buscarse valorando las características propias de su cultura en la categoría de la culpabilidad.

En este sentido el discurso penal acogiendo la inferioridad natural de los indígenas, dentro de una sociedad donde aún el positivismo no se había logrado desplazar del todo, paulatinamente fue adaptando sus elaboraciones doctrinarias a los objetivos asimilacionistas que impregnaban las legislaciones latinoamericanas.

Así el Derecho penal pasó a ser, junto con la educación<sup>132</sup>, un medio idóneo para incorporar a los pueblos indígenas a la sociedad *civilizada* (HURTADO 2001, 37), ayudado por distintos actores sociales entre los que estaban, y ocupan un lugar privilegiado, los juristas que con sus construcciones dogmáticas legitimaron la inferioridad de los indígenas al equipar a estos con la condición de un enajenado mental o al que padecía una grave anomalía psíquica.

Conforme a este criterio de índole psiquiátrico, las conductas con repercusiones jurídicas cometidas por los miembros de las comunidades indígenas eran reconducidas según el contenido de la figura de la inimputabilidad. Así, en Bolivia, en 1973 al ser sancionado su Código penal, se estableció (art. 17.5) que los indios selváticos que no hubieran tenido contacto con la sociedad civilizada eran inimputables. De igual manera el Código Penal de Colombia de 1980 aunque no hacía mención directa del indígena como inimputable en el artículo que lo prescribía (art. 31), si lo hacía al ocuparse de las medidas de seguridad aplicables a los inimputables (art. 96) donde reconocía que al tratarse de indígenas inimputables por inmadurez psicológica, la medida de seguridad a adoptarse debía ser la reintegración a su medio ambiente natural (CESANO 2004, 63).

El carácter etnocéntrico de los Códigos penales, representado en la figura de la inimputabilidad, no hacía más que evocar una reminiscencia de la imagen del indígena de tiempos coloniales, donde este era tratado y

---

<sup>132</sup> A este respecto hay que señalarse que en el Perú la Ley Orgánica de Educación pública del año 1941 (Ley N° 9359) siguiendo la línea racista que mantenía el código penal de 1924, consideraba a los indígenas como barbaros y por tal razón ésta disponía que los indígenas de la selva oriental sean *incorporados a la civilización* a través de planes especiales de educación a ejecutarse en escuelas ambulantes e internados, preferentemente regidos por misioneros católicos (BRANDT y VALDIVIA 2006, 54).

considerado como un menor de edad por la idea generalizada que eran unos seres con capacidades psicológicas disminuidas (BECERRA 2006, 220), cuando no paralizadas, como lo expresaría algunas décadas atrás Medrano Ossio tanto en la ponencia expuesta en ocasión del Segundo Congreso de Criminología, como en su obra: *Responsabilidad penal de los indígenas*, del año 1940, en la que influenciado todavía por el positivismo peligrosista, que para estas fechas ya empezaba a entrar en crisis frente al acenso de la dogmática penal alemana (ZAFFARONI y CROXATTO 2014, 199), expresaría que las particulares psíquicas y sociales que conformaba al indígena lo hacían un inadaptado e incapaz mental dado que el indígena:

«[A]l margen de las actividades sociales y políticas [...] no participa de los beneficios de la civilización; es un inadaptado a todos los artificios de la sociedad actual porque padece de una timidez congénita y de una tristeza absoluta [...] Tiene una absoluta incapacidad para darse cuenta de la realidad [...] está dominado por el fanatismo de las ideas religiosas degeneradas [...] sus facultades mentales han quedado paralizadas [...] la coca y el alcohol han hecho estragos en su organismo y han debilitado sus funciones psíquicas, en especial su inteligencia [...] perturbaciones que son en el de carácter permanente» (CHIVI 2012, citado en CHIVI 2012, 339).

Es así que la inimputabilidad del indígena se la iba encuadrando de forma semejante a la que se tenía de un enfermo mental o de un menor de edad. No obstante, hubo autores que a pesar de admitir la capacidad psicofísica del indígena, aceptaron su inimputabilidad pero no en razón de su inmadurez mental. Así por ejemplo, Reyes Echandía consideraba que el indígena no solamente no podía quedar excluido de la legislación penal ordinaria sino que su inimputabilidad era independiente de su inmadurez mental, pues a su parecer más bien esta se debía o se encontraba relacionada con la incorporación brusca que los indígenas experimentaban frente a un medio cultural distinto del suyo. De ahí que sostuviera que la incorporación era lo que provocaba un fallo de los mecanismos de adaptación, social por lo señalaba que:

«En la medida en que vayan conociendo, comprendiendo y asimilando las normas éticas, culturales y legales que rigen la vida de relación en ese conglomerado gobernante, podrán comportarse adecuadamente [...] Por eso el concepto de inimputabilidad de los indígenas es también relativo, en cuanto supone análisis previo de su situación personal para determinar el grado de conocimiento y comprensión que tienen de las

leyes y costumbres de la sociedad gobernante» (REYES ECHANDIA 1989, 61).

En esta misma línea de interpretación, y considerando que la dogmática es un proyecto de jurisprudencia elaborado para los jueces, el 14 de mayo de 1970 la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sentaría la jurisprudencia que cerraría momentáneamente el debate en torno a la exclusión del indígena de la legislación general por su intrínseca irracionalidad o incivilización conforme lo señalado en la Ley 89 de 1890<sup>133</sup>.

La decisión tomada por esta Corte se debió a que después de la promulgación del Código penal colombiano de 1936 se interpusieron una serie de demandas alegando la falta de reconocimiento de la condición de salvaje o semisalvaje de los indígenas dentro del proceso penal. Asunto que según los interesados se debía a una errónea interpretación o indebida aplicación de la ley penal ya que para el juzgamiento de un miembro de las comunidades indígena la ley aplicable debía ser la legislación especial señalada la Ley 89 de 1890 (BECERRA 2006, 221).

Ahora bien, hay que advertir que dichas demandas se presentaban ante una judicatura todavía dudosa no sólo de la racionalidad de los indígenas sino también de su humanidad, pues aunque pudiera parecer algo irreal, hasta 1970, justamente cuando ya se comenzaban a plantear políticas de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en Colombia, un juez de este país que ejercía sus funciones en una zona denominada como Los Llanos, absolvió en una de sus sentencias a varios colonos que salieron a cazar indígenas, aceptando como válida la justificación de que los cazadores no conocían que los indígenas eran seres humanos (SANCHEZ 2005, 29).

Ante esta apreciación resultaba lógico que desde las agencias judiciales solamente surgieran un conjunto de sentencias que en nada aclaraban la situación del indígena respecto del proceso penal. Por ello es significativo el paso que daría la Sala de Casación Penal de Colombia, por cuanto tomó la iniciativa y afrontó las posturas mantenidas en las demandas, señalando que

---

<sup>133</sup> Esta ley mantuvo plena vigente hasta 1996, año en que la Corte Constitucional mediante sentencia C-139/96 declaró inexecutable los arts.1, 5 y 40 la Ley 89 de 1890 en virtud de que estos fueron promulgados «con el fin de *reducir a los salvajes a la vida civilizada*, dentro de un contexto histórico claramente contrastante con el contemporáneo» (R. ARIZA 2013, 111).

los indígenas que no se habían reducido a la vida civilizada, es decir los salvajes, no eran unos enfermos mentales, sino más bien eran unos individuos que aquejados por su «incipiente cultura social» se encontraban impedidos de comprender la ilicitud de sus acciones (ARIZA y ZAMBRANO 2012, 174), lo cual implicaba el pleno sometimiento de estos a la legislación penal ordinaria.

Al quedar, desde esta sentencia, legitimado y habilitado el sometimiento de todos los indígenas al derecho penal ordinario, la reacción más normal fue que al estructurarse un nuevo código penal se pase integrar y considerar estos criterios, cosa que habría de ocurrir con el Código Penal de Colombia de 1980 que integro dentro de la figura jurídica de la inimputabilidad al indígena.

Para Federico Estrada Vélez, miembro de la comisión redactora, la consideración de la inimputabilidad del indígena se habría debido a que el entorno cultural y social primitivo en el que el indígena nace y desarrolla su vida, le hacían que padeciera limitaciones y deficiencias en la esfera cognoscitiva, lo que le convertían en un sujeto psicológicamente inmaduro (SOTOMAYOR 1996, 91).

Fernando Velásquez, adhiriendo a la anterior tesis, sostendría que desde un enfoque psicosocial la inimputabilidad del indígena habría de tenerse como adecuada. Según menciona el destacado penalista colombiano, el desarrollo incompleto de la personalidad puede darse tanto por causas de *inmadurez psicológica* como por causas que son inherentes a los estadios de desarrollo de las culturas, es decir por *inmadurez cultural*. Con este criterio llega a legitimar tanto la inimputabilidad de los indígenas por considerar que efectivamente las culturas indígenas están en un inferior grado de desarrollo, así como también lo adecuado de que el legislador, atendiendo estas circunstancias, haya consagrado «una medida de seguridad especial destinada al *indígena inimputable por inmadurez psicológica*» (VELÁSQUEZ 1995, 517).

Aunque que para algunos penalistas había una coherencia en el establecimiento de la inimputabilidad de los indígenas por motivos incapacidad psíquica, para otros esta misma consideración resultaría ser algo sumamente erróneo. La premisa principal del desacuerdo fue que la inimputabilidad

endosada a los indígenas, en el fondo partía de una concepción etnocéntrica que no hacía más que reverdecir la existencia de culturas inferiores y superiores, en donde el indígena se ve reducido al estatus de menor de edad ante los ojos de la sociedad dominante.

Adhiriéndose al rechazo del etnocentrismo que guarda la categoría de inimputable del indígena esta Zaffaroni (1999, 202) para quien el indígena podía ser inimputable por las mismas causas que puede ser quien no es indígena, el razonamiento del maestro argentino es que los indígenas no pueden ser considerados como inimputables por el mero hecho de pertenecer a otra cultura, por cuanto esto es tenerlos como seres inferiores, cotejándolos con el enfermo, perturbado psíquico, etc. Asegura que la única razón justificativa de tan deleznable actitud es la de asumir la posición de conquistador que encumbra la superioridad de su cultura frente del resto de culturas que son tenidas como inferiores por no participar de los mismos valores y modos de vida que caracterizan a la cultura hegemónica.

Respecto de esta consideración la Corte Constitucional colombiana dejó clara su postura, cuando declaró inexecutable el art. 40 de la Ley 89 de 1890, al advertir que no era justificable, bajo ningún punto de vista, tratar a los indígenas como seres incapaces necesitados de tutela paternalista por el hecho de no participar de los valores que rigen a la sociedad mayoritaria del país en que se encuentran. Resaltando el hecho que este tratamiento resultaba ser «incompatible con la filosofía pluralista que informa la normatividad básica de 1991, armónica a la vez con el reconocimiento de la dignidad humana como supuesto incontrovertible»<sup>134</sup>.

### **5.1.1 Inimputabilidad por diversidad cultural**

Aparentemente superada la condición de inferioridad que aparejaba la inimputabilidad penal del indígena, en Colombia en el año 2000 se elabora un nuevo código penal (Ley 599 de 2000), en el que se establecen junto a las causas de inimputabilidad tradicionalmente conocidas un nuevo criterio de índole antropológico, que sin señalar directamente a los indígenas, atribuye a la

---

<sup>134</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 139/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.



*diversidad cultural*<sup>135</sup>, el impedimento para comprender la ilicitud de su conducta.

Efectivamente el art. 33 del Código penal colombiano establece:

«[...] Es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares».

Al fijarse la diversidad cultural como causa de inimputabilidad podría decirse que se está desconociendo la pluralidad y la cosmovisión de los pueblos indígenas y así mismo se está volviendo, nuevamente, a inferiorizar a las culturas indígenas ya que indirectamente se está admitiendo que por el hecho de no compartir los valores y sistemas occidentales, es suficiente motivo para incluir a los indígenas en una figura penal que tiene connotaciones peyorativas, pues la dogmática penal al tratar la inimputabilidad de las personas se está haciendo referencia a los sujetos que tienen o padecen una disminución de las facultades tanto psíquicas como físicas, es decir aquellos «defectuosos mentales e infantiles» (NINO 1980, 61) que por su condición no pueden ser motivados por la norma penal.

Hay que señalar que en Colombia previa a la consideración de la inimputabilidad por diversidad cultural, existía el supuesto específico del indígena inimputable por inmadurez psicológica. Asunto que para la Corte Constitucional colombiana, tenía un claro sentido despectivo en contra de las culturas indígenas por cuanto se las equiparaba con quien presenta un estado de inmadurez psicológica o de trastorno mental por el sólo hecho de no compartir los valores dominantes de la sociedad. Es por ello que la Corte Constitucional colombiana, expresaría que la inimputabilidad de las minorías culturales vulneraba el carácter multiétnico y pluricultural de la sociedad colombiana porque:

---

<sup>135</sup> Internacionalmente la diversidad cultural se encuentra reconocida en distintos instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal sobre Diversidad Cultural (UNESCO, 2001) y la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales (UNESCO, 2005), el Convenio 169 de la OIT, entre otros. A nivel interno de los países andinos la diversidad cultural se contempla ya se como rasgo definitorio del país, como se puede apreciar en el art. 1 de las Constituciones de Bolivia y Ecuador, o como elemento estructurador del sistema político-social, como aparece en las Constituciones de Colombia (art.7) y Perú (art. 2.19).

«[A]bordar el juzgamiento de un indígena desde la perspectiva de la inimputabilidad no sólo es inadecuado, sino que es incompatible con la filosofía de la Carta Política del 1991, que reconoce la existencia de rasgos diferenciales y particulares de las personas, no de manera despectiva o discriminatoria, si no dentro del marco de una sociedad multiétnica y multicultural, donde el reconocimiento de las diferencias contribuye al desarrollo de los principios de dignidad humana, pluralismo y protección de las minorías. Tampoco sería admisible pretender equiparar al indígena con los demás miembros de la sociedad, como podría derivarse de la actitud paternalista que el Estado está obligado a brindar a los inimputables, pues en una nación que reconoce constitucionalmente la diversidad cultural, ninguna visión del mundo puede primar sobre otra y menos tratar de imponerse»<sup>136</sup>

Sin embargo, al cambiarse de enfoque y ya no considerar que la incapacidad de los indígenas se deba a una *retraso mental cultural*, sino más bien que su incapacidad para comprender el hecho constitutivo de delito es producto de su *diversidad sociocultural*, se estaría aceptando que la mera condición étnica de los indígenas determina una limitación mental e incapacidad de comprensión del mundo.

A este respecto la Corte Constitucional colombiana igualmente se ha pronunciado y pese a realizar una defensa de la diversidad cultural y un análisis crítico de la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural y la carga discriminatoria que ésta dirige contra los pueblos indígenas, solamente se limitó a puntualizar los condicionamientos que permiten aplicar la inimputabilidad por diversidad cultural establecida en el art. 33 del Código Penal, declarando la exequibilidad del mencionado artículo advirtiendo las siguientes salvedades:

«i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable».<sup>137</sup>

Con la decisión de la Corte Constitucional se obtuvo un doble propósito, por un lado se consiguió que el alcance de la figura de la inimputabilidad por diversidad sociocultural se vea limitada a la presencia de dos supuestos, y por otro lado al haber declarado inexecutable los artículos 69.4<sup>138</sup> y 73<sup>139</sup> del

---

<sup>136</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-496/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>137</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370/02, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>138</sup> «Artículo 69. *Medidas de seguridad*.- Son medidas de seguridad: 1. La internación en

Código Penal se eliminó el sentido sancionatorio que estos daban a la reintegración del indígena a su medio sociocultural como medida de seguridad, «es decir como una especie de expulsión de la *sociedad mayoritaria* por su condición de *indígena*» (VITALE 1998, 111).

Con la actuación de la Corte se devolvió la función que persiguen las medidas de seguridad para los sujetos inimputables y que, conforme lo señala el art. 5 del Código penal colombiano, no son más que la protección, curación, tutela y rehabilitación. De esta manera la Corte entiende que las medidas de seguridad establecidas por diversidad cultural, no puede perseguir las funciones de curación y rehabilitación que estas medidas pretendidamente buscan, toda vez de que no se trata de curar o rehabilitar la especificidad cultural que tienen los miembros de los pueblos indígenas, pues eso sería dar continuidad a los procesos de homogenización cultural de tiempos pretéritos.

Hay que señalar además que con esto la doctrina fija la responsabilidad sin consecuencias penales para los indígenas al establecer que:

«El inimputable por razones de diversidad cultural responde penalmente y el proceso, mientras el legislador no armonice la jurisdicción indígena con la nacional, debe llevarse hasta su culminación (salvo que existan causales de cesación o preclusión) pero no se le impone ninguna medida de seguridad. Es un caso de responsabilidad sin consecuencias penales»<sup>140</sup>.

La jurisprudencia surgida de la Corte Constitucional actualiza el debate de la situación del indígena ante la ley penal. Se muestra que los preceptos legislativos continúan desconociendo las prácticas, tradiciones, autoridades y jurisdicción propias. Por ello es que aunque el discurso de la inimputabilidad de los indígenas haya cambiado de una inmadurez psicológica a una inmadurez por diversidad cultural, lo cierto es que esta sigue reflejando la idea de que los

---

establecimiento psiquiátrico o clínica adecuada. 2. La internación en casa de estudio o trabajo. 3. La libertad vigilada. 4. INEXEQUIBLE. La reintegración al medio cultural propio».

<sup>139</sup> «Artículo 73. INEXEQUIBLE. *La reintegración al medio cultural propio*. Cuando el sujeto activo de la conducta típica y antijurídica sea inimputable por diversidad sociocultural, la medida consistirá en la reintegración a su medio cultural, previa coordinación con la respectiva autoridad de la cultura a la que pertenezca. Esta medida tendrá un máximo de diez (10) años y un mínimo que dependerá de las necesidades de protección tanto del agente como de la comunidad. La cesación de la medida dependerá de tales factores. Se suspenderá condicionalmente cuando se establezca razonablemente que no persisten las necesidades de protección. En ningún caso el término señalado para el cumplimiento de la medida podrá exceder el máximo fijado para la pena privativa de la libertad del respectivo delito».

<sup>140</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370/02, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

pueblos indígenas representan a una cultura inferior que no se ajusta a los valores compartidos por la sociedad dominante y es sabido que «lo que no se ajusta a estos moldes y parámetros es luego individual o colectivamente patologizado o descalificado como *anormal, irracional, salvaje, inmaduro*, etc.» (SOTOMAYOR 1996, 91).

## 5.2 El conocimiento de la antijuridicidad

El conocimiento de la antijuridicidad, a decir de Muños Conde y García Aran, «no es un elemento superfluo de la culpabilidad sino, al contrario, un elemento principal y el que la da su razón de ser» (2010, 381). Y esta afirmación se debe a que la atribución de la culpabilidad solamente tiene sentido frente al que conoce la antijuridicidad de su conducta, ya que de lo contrario sería injusto atribuirle la culpabilidad a alguien que no haya podido comprender la antijuridicidad de sus actos, porque cuando el sujeto no sabe ni puede saber que con su conducta atenta contra los mandatos y las prohibiciones establecidas legalmente en las normas jurídicas, no se puede emitir en su contra un juicio de atribución que supone la culpabilidad (VELÁSQUEZ 1995, 494).

La función de motivación de la norma penal solamente tiene incidencia en el sujeto que tenía conciencia de la prohibición de su conducta, ya que de lo contrario no tendría razones ni motivos para abstenerse de realizar lo que bien le pareciera. Sin embargo, para que el conocimiento aludido exista no es necesario que el sujeto sepa el contenido exacto de la norma penal, pues bastaría con que de forma general el sujeto supiera que su conducta se encuentra prohibida para reprocharle como culpable.

No obstante, las repercusiones que se derivan de la extensión del conocimiento de la antijuridicidad a un *conocimiento potencial* de lo prohibido, tendría efectos perjudiciales a la hora de establecerse la atribución de la culpabilidad porque «si basta un conocimiento potencial, ciertamente ya no es un conocimiento. Si basta con la posibilidad de tal conocimiento, quiere decir que se está requiriendo algo diferente a un conocimiento» (BUSTOS y HORMAZABAL 1999, 345).

Según Muños Conde y García Aran, esta consideración de ampliar desmesuradamente la valoración del conocimiento de quien infringe la norma penal, llevaría a considerar culpable «a todo el que, con capacidad de culpabilidad, comete un hecho típico y antijurídico, porque siempre cabe la posibilidad de que hubiera podido conocer la prohibición» (2010, 382).

Zaffaroni coincidiendo con la anterior postura señala que no basta con el mero conocimiento de las normas o peor aún un conocimiento potencial de las mismas. Precisa que es necesario que quien conoce las normas tenga la posibilidad de incorporarlas, o mejor dicho, de *internalizarlas*<sup>141</sup> o *introyectarlas* como parte de su equipo psicológico. Y esto a su entender sucede cuando el sujeto puede *comprender* el desvalor de sus actos y no solamente conocerlos.

«De allí que la comprensión no sea el mero conocimiento de un dato de la realidad, sino una instancia superior de incorporación. Incluso semánticamente, comprender significa entender, alcanzar, penetrar, pero también contener, incluir en sí alguna cosa, como que deriva de la raíz indoeuropea *ghend* (literalmente coger, agarrar), lo que confirma el sentido filosófico y jurídico-penal, que no se conforma con el mero conocimiento o posibilidad de conocimiento» (ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA 2005, 531)

Así, pues, contrariamente a lo sostiene Claus Roxin de que «conocimiento significa percepción sensorial de las circunstancias descriptivas del hecho y comprensión intelectual de las normativas» (1997, 460), cabe decirse que el conocimiento no garantiza la comprensión porque el «comprender no se reduce sólo a una operación intelectual, sino que emana de la esfera afectiva, desde la que captamos y sentimos el mundo de los valores» (CABELLO 1982, 138). Y ese mundo de valores al que refiere Vicente Cabello, se encuentra determinado por el proceso de socialización del cual el hombre participa. Por ello es que en las sociedades que son multiculturales, existirán valores y normas específicos de cada grupo social (BARATTA 2004, 71), que determinarán que las personas con patrones culturales distintos, «aun pudiendo, teóricamente, conocer la ilicitud de su hacer, no se planteen siquiera

---

<sup>141</sup> La internalización según Berger y Luckmann no es otra cosa que «la aprehensión o interpretación inmediata de un acontecimiento objetivo en cuanto expresa significado, o sea, en cuanto es una manifestación de procesos subjetivos de otro que, en consecuencia, se vuelven subjetivamente significativos para mí» (BERGER y LUCKMANN 2001, 164-165).

este problema, cuando ese hacer es normal en el grupo social concreto al que pertenece» (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2010, 382).

Para Bustos y Hormazabal, ese hacer normal del grupo social se debe a la *conciencia* y no al puro conocimiento. Refieren que la conciencia es el producto del aprendizaje social de un pueblo y por tanto mucho más compleja que el mero conocimiento psicológico, sociológico, filosófico o normativo de algo. Por ello sostienen que el conocimiento de una ley o una norma «no significa tener conciencia del valor que inspira al ordenamiento jurídico y a un pueblo» (1999, 346). De ahí que ejemplifiquen el caso del sujeto antropófago que podrá conocer la prohibición de matar a otro, pero que éste «no tendrá conciencia que ello implica también no matar y comerse a su enemigo» (Ibídem).

Aunque resulta grotesco el ejemplo, y hasta cierto punto reaviva los planteamientos que condujeron a etiquetar a los indígenas como salvajes, se debe señalar que este lleva implícito el mensaje de que en los países que habitan culturas originarias la norma penal no puede desplegar su función. Y es que los autores no pierden razón, ya que la función motivadora de la norma penal no llega a materializarse cuando esta entra en conflicto con los valores, costumbres y cosmovisiones propias de los pueblos originarios. Cosa que tradicionalmente no ha sido apreciada por el ordenamiento jurídico, por considerar como inobjetable la máxima *error iuris nocet*, de ahí que el responsable de un delito no pudiera invocar con éxito el desconocimiento de las normas jurídicas a pesar de que esta alegación fuera absolutamente verdadera pues existen sujetos que no se han integrado en la sociedad, como efectivamente sucede con las «comunidades indígenas que no se encuentran integradas desde el punto de vista cultural» (BERDUGO, y otros 1999, 261).

Sin embargo los tiempos cambian y aquellas que fueron máximas han sido superadas por la visibilización de la pluralidad cultural. Esto obliga a que los operadores jurídicos cuando traten asuntos en los cuales se encuentran involucrados miembros de los pueblos indígenas, sean meticulosos en la valoración de los componentes que inciden en el comportamiento del individuo y que interfieren en conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Debido a que los modernos Estados de Derecho no es posible exigir forzosamente a un

individuo, cuya condición cultural no se lo permite que conozca e interiorice los alcances de la norma penal, toda vez de que cuando un indígena por cuestiones culturales actúa desconociendo la ilicitud de su conducta estará actuando bajo un error de prohibición.

### 5.2.1 Error de prohibición

La superación del sentido de la máxima *error iuris nocet* dio paso a que en la legislación penal se considere que los sujetos pueden estar cooperando o actuando bajo una situación de error de prohibición que a diferencia del error de tipo que repercute en la tipicidad, éste se trata de un problema de culpabilidad porque el error recae sobre el conocimiento o comprensión de la antijuridicidad de la conducta. O lo que es lo mismo: en el error de tipo, el sujeto no sabe lo que hace, mientras que en el error de prohibición, el sujeto sabe lo que hace, pero cree que está legitimado en hacerlo.

Ejemplificativamente se menciona que esta situación ocurre en los casos en que un sujeto tienen conocimiento de la conducta que realiza pero erróneamente cree que con su actuación no atenta contra el ordenamiento penal. Es decir, el sujeto no tiene conciencia de la antijuridicidad «material de su conducta, de manera segura o condicionada. Con lo cual, no puede saber la antijuridicidad de su conducta, o por lo menos para hacerlo debe realizar una actualización de aquel saber» (DONNA 1995, 266).

La posibilidad de actualización del saber, de quien actuó en error de prohibición, es lo que permite calificar a ese error como vencible o invencible. La hipótesis utilizada para determinar la vencibilidad del error se remite a la situación fáctica del hecho, en la cual se debe analizar si el autor poniendo la debida diligencia podía evitar, o no, cometer el comportamiento penalmente relevante.

Es así que en el error de prohibición vencible debe valorarse si el sujeto poniendo una diligencia mínima podía haber salido del error que lo condujo a realizar una conducta delictiva, ponderando las posibilidad que éste tenía en el caso concreto para informarse adecuadamente de las circunstancias concurrentes en el hecho o la significación que éste tenía para evitar incurrir en el error. Por ello es que Edgardo Donna refiere que la esencia del error de

prohibición vencible, o evitable como él lo llama, reside en la posibilidad de conocer la antijuridicidad de la conducta concreta (1995, 294).

El error de prohibición invencible, en cambio, como su propia denominación lo menciona, es aquel donde el sujeto no puede evitar sustraerse al error aun empleando una normal diligencia para el caso concreto y bajo las circunstancias en las que actuó (CREUS 1992, 353-354). Muchos refieren que esto hace que el sujeto que incurre en este tipo de error no responda penalmente por sus acciones u omisiones debido que su actuación sería la que cualquier sujeto hubiera realizado en esas condiciones.

La consideración de un error de prohibición vencible o invencible, tiene determinadas repercusiones esenciales que determinan un tratamiento diferente si se trata de uno u otro. Así, ante un error vencible de prohibición la culpabilidad atribuible al sujeto se verá reducida pero no eliminada, debido a que la responsabilidad penal subsiste en virtud de que el autor «no ha utilizado la capacidad de reconocer la antijuridicidad de su acto, y con ello ha perdido la posibilidad de reconocer el deber a que su conducta estaba sujeta» (DONNA 1995, 294). El error de prohibición vencible deja inalterado el injusto penal pero la solución político-criminal a esta clase de error ha sido la atenuación de la pena basándose en una culpabilidad disminuida.

En cambio ante un error invencible de prohibición, al no serle exigible otra conducta de acuerdo a las circunstancias que lo rodearon el hecho, rige una causa de exclusión de la culpabilidad porque se encuentra eliminada «en forma absoluta la posibilidad de comprender la antijuridicidad del acto, y en este caso su responsabilidad queda eliminada por que el autor no pudo comportarse de otro modo» (BACIGALUPO 1973, 53). De ahí que frente a un error invencible, la culpabilidad desaparecerá y con ella también la sanción penal, «incluso cuando lo contrario pudiera ser útil para disuadir a la colectividad y fortalecer el Derecho» (ROXIN 2000, 47).

Por otro lado, las modalidades en que tradicionalmente se ha clasificado el error de prohibición son: el error directo de prohibición y error indirecto de prohibición. Se habla de un error de prohibición directo cuando el error del sujeto recae sobre la existencia de la norma de prohibición o de mandato, o en



palabras más sencillas, cuando el autor ignora que el hecho está prohibido por ley.

Esteban Reghi ilustra esta clase de error con un ejemplo. Relata el caso de una de una embarazada que viaja a otro país y se practica un aborto creyendo erróneamente que esta conducta no es punible ya que en su país, bajo ciertas condiciones, está se encuentra permitida. En este caso, dice Reghi, existiría un error de prohibición por cuanto la mujer desconoce la norma que incrimina el aborto (2003, 135).

Por otro lado, dentro de este tipo de error prohibición directo se pueden distinguir algunos casos que no se limitan al desconocimiento de la norma penal por parte del sujeto, pues pueden darse casos de que conociendo la norma de prohibición —o de mandato— el sujeto crea erróneamente que ésta no se encuentra vigente, o que en un determinado sector o ámbito espacial ésta no se aplica, o simplemente la interpreta erróneamente.

Según Zaffaroni, estas modalidades pueden deberse a un error de subsunción y a un error de validez. El error de subsunción, comprende el supuesto en el cual el autor conoce la norma pero la entiende mal y como la entiende mal lo llevan a que la interprete erróneamente los alcances o los límites precisos de la disposición. Ejemplo de esto podría ser el caso de un sujeto que piensa no es un delito de hurtar los bienes de su deudor con el fin de obtener el pago de la deuda.

El error de validez o de vigencia, en cambio, trata sobre las situaciones en las cuales el sujeto pese a conocer la norma penal la incumple porque erróneamente cree que ésta no es válida por considerarla contraria a las normas constitucionales o incluso internacionales o simplemente «porque supone que está en un ámbito espacial diferente o que ha sido derogada o ha perdido vigencia» (ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA 2005, 574). Un ejemplo sería quien cultiva marihuana desde antaño por lo que cree que el cultivo de esta planta no se encuentra prohibido en el territorio donde se halla su finca.

Por otro lado el error de prohibición indirecto se da cuando existe una errada suposición de la existencia de una norma permisiva, cuestión que se

exteriorizara cuando el sujeto ante una situación actúa creyendo que su conducta se encuentra justificada por el ordenamiento jurídico.

La creencia de encontrarse actuando bajo las causales de justificación, que fundamenta el error de prohibición indirecto, puede presentarse de distintas maneras entre las que están: *a) el error sobre la existencia de una causa de justificación*, en donde el agente cree erradamente actuar amparado en una causa de justificación que la ley no le reconoce; *b) el error sobre los límites de una causa de justificación*, se presenta cuando el sujeto inicia amparado en una causa de justificación pero ésta al culminar es inobservada por el sujeto quien cree erradamente que se sigue dando esa situación y actúa en exceso; y *c) error sobre los presupuestos de una causa de justificación*, es la llamada justificación putativa que versa sobre el error sobre los presupuestos materiales u objetivos de las causales de justificación reconocidas legalmente (FONTAN 1998, 354).

La regulación del error de prohibición, y las interpretaciones de las modalidades en que puede presentarse, se encuentra establecida en la normativa penal de Colombia (art. 32), Perú (art. 14) y Bolivia (art. 16.2); mientras que en Ecuador en el nuevo Código Orgánico Integral Penal ésta institución fue suprimida del proyecto legislativo debido al veto presidencial del 16 de enero de 2014. Se debe mencionar que los argumentos esgrimidos en la *objeción parcial* del primer mandatario ecuatoriano, Rafael Correa Delgado, al proyecto de COIP es una muestra clara de cómo muchas décadas de desarrollo doctrinal pueden ser en un instante desechados.

En una argumentación bastante *sui generis* el presidente ecuatoriano al referirse al error de prohibición señaló que:

«Esta figura es bastante peligrosa, ya que podría ser utilizada por jueces inescrupulosos para dejar en la impunidad un sinnúmero de delitos, ya que bastaría la nueva alegación del desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta y la aquiescencia de un administrador de justicia corrupto o ignorante para que cualquier persona que haya cometido un delito pueda quedar en la impunidad, aumentando la desconfianza en la administración de justicia. Es por esto que no considero conveniente incluir esta causa de inculpabilidad tanto más cuanto que, en el presente Código se le otorga una gran preeminencia a los derechos de la víctima,

pero que en este caso quedaría en una total indefensión si algún juez acepta y aplica esta institución ligeramente»<sup>142</sup>.

Los argumentos absolutamente infundados del gobernante terminarían por incidir en los legisladores, que sin ningún reparo se allanaron al veto parcial y excluyeron esta institución del COIP, trayendo nuevamente a la legislación penal, aunque de forma implícitamente, la prevalencia de la máxima: *error iuris nocet* que se creía superada por ser violatoria del principio de culpabilidad (ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA 2002, 532) toda vez de que «quien no tiene conciencia del deber, tampoco puede violarlo culpablemente» (MAYER 2000, 115).

Evadir el reconocimiento del error de prohibición sosteniendo que bastaría la alegación del desconocimiento de la antijuridicidad de una conducta para eludir la ley y con ella alterar el orden social y sembrar la anarquía es una falacia absoluta. El desconocimiento de la ilicitud del acto no basta con alegarlo tiene que probarse, y el juez tiene que estar en la capacidad de valorar una serie de pruebas que serán los elementos de convicción que le permitan en ciertos casos, reconocer que en un país intercultural y plurinacional habrá quienes por su cultura no estén en la posibilidad de conocer y mucho menos de entender y de ajustar sus actos conforme las normas de convivencia social impuestas por la cultura hegemónica<sup>143</sup>.

La imposibilidad de la alegación del desconocimiento de la antijuridicidad vuelve cierta la ficción de que la ley una vez promulgada es conocida por todos, obviando así que la generalidad de las personas, incluso profesionales del derecho, desconocen todas las prescripciones que establecen las numerosas normas penales. Por esta razón es que Max Mayer sostendría que el hecho de que algunos sepan algo de derecho no desmiente que la gran mayoría lo

---

<sup>142</sup> Oficio No. T.6136-SGJ-14-46. Disponible en: [http://www.observatoriolegislativo.ec/media/archivos\\_leyes/6\\_objecion\\_parcial.pdf](http://www.observatoriolegislativo.ec/media/archivos_leyes/6_objecion_parcial.pdf)

<sup>143</sup> Triste ejemplo de esta realidad se registró paradójicamente mientras se trabajaba en el proyecto de COIP, pues el 5 de marzo de 2013 sucedió una terrible matanza entre pueblos indígenas, quizás la más trágica que se ha dado en Ecuador en muchas décadas pero lamentablemente a pasados a convertirse en *una tragedia oculta* (CABODEVILLA y AGUIRRE 2013). Evidenciándose la incapacidad del sistema de justicia y por ende de los operadores judiciales para buscar una solución a tan trágico problema, el cual después de la subir en consulta a la Corte Constitucional (Sentencia N.- 004-14-SCN-CC) actualmente se encuentra en investigación y subsumido bajo el tipo penal de genocidio sin que hasta la fecha se haya hecho ningún tipo de investigación minuciosa.

desconozca. Asegura que si alguien sabe de qué esta: prohibido perjudicar el cuerpo, la vida, la libertad y la honra del prójimo; es debido a los medios de control social informal como son la educación que cada uno recibe en la escuela, el hogar, la profesión y el trato con los demás; pero más no de la ley ya que advierte que «en la tradición cultural es donde se funda el conocimiento de los mandatos y las prohibiciones que conforman el Derecho» (MAYER 2000, 45).

En este contexto cabe decirse, y sin lugar a dudas, que los argumentos esgrimido por el presidente del Ecuador y el allanamiento de los ornamentales asambleístas ecuatorianos vuelve actual «la frase de J. H. v .Kirchmann (1847) de que tres palabras de rectificación del legislador son suficientes para convertir bibliotecas enteras en tiras de papel» (MEZGER 1958, 21).

### **5.2.2 Error de comprensión culturalmente condicionado**

El conjunto de individuos que se unen para convivir de forma estable y ordenada dentro de un ámbito espacial específico, guiados por finalidades y objetivos que buscan satisfacer tanto las necesidades individuales como las comunes, es lo que se conoce como sociedad. Sin embargo, esta forma de estructura existencial, necesaria para el ser humano, solamente tiene la posibilidad de desarrollarse cuando existe una colaboración consiente y organizada de todos aquellos que de forma permanente la integran, siendo ineludible que la sociedad, como orden fundado en derechos y obligaciones (KROTZ 2002, 15), establezca normas ya sea en forma de reglas, que fijen pautas de comportamiento específicas, o en forma de principios que sirvan como directrices o bien como exigencia de tipo moral conocidos como principios en sentido estricto (ATIENZA 1993, 33).

Para esto es necesario que exista la posibilidad de los miembros de una sociedad puedan interiorizar un sistema de valores y normas de forma libre ya que sólo así se contribuirá a la estabilidad social, pues será más fácil que sus miembros orienten su comportamiento acorde a los valores y normas comunes. Hecho que se evidenciara en la práctica social desarrollada habitualmente por sus miembros, evitándose con ello la necesidad de recurrir a controles sociales externos que traen aparejadas sanciones negativas.

Sin embargo, la libertad de incorporar valores no es decisiva cuando la voluntad no está dirigida a ese fin. La norma para que pueda influir en el comportamiento de un individuo es necesario que esta sea interiorizada de modo voluntario, es decir que las pautas de conducta, valores, expectativas de rol esperados, sanciones, etc., sean comprendidas por el individuo; libre de cualquier intromisión de los mecanismos que pretendan imponer la obediencia mediante el temor.

Las circunstancias que condicionan la interiorización no solo dependen del medio social o de las personas de referencia con las que se vincula el individuo, sino que en los países con poblaciones indígenas influyen fuertemente las costumbres y los valores que cada cultura posea, así como el contacto que estas tengan con otras culturas, pues «las comunidades rurales relativamente aisladas logran mantener vivas costumbres, tradiciones e identidades (cambiantes, desde luego) que los distinguen de otros grupos y de los pueblos no indígenas [...]» (STAVENHAGEN 2000, 340).

Ante esta realidad que expresa la incidencia que tiene la cultura en la interiorización de las normas, el legislador peruano optó por innovar y contemplar dentro del Código penal de 1991, la figura del error de comprensión culturalmente condicionado.

En este sentido en art.15 del mencionado Código señala:

«El que por su cultura o costumbres comete un hecho punible sin poder comprender el carácter delictuoso de su acto o determinarse de acuerdo a esa comprensión, será eximido de responsabilidad. Cuando por igual razón, esa posibilidad se halla disminuida se atenuará la pena».

La implementación de la exclusión de responsabilidad, realizada con anterioridad a la reforma de la constitución de 1993, habría respondido a una forma de reconocer la heterogeneidad cultural de la sociedad peruana. Asunto que a decir de Raúl Peña Cabrera resultaba ser necesario para no criminalizar a los miembros de los pueblos originarios, respecto de determinadas conductas que en sus comunidades son normales pero ante los lineamientos del derecho oficial tienen una connotación delictiva. Atendiendo esta consideración defiende el hecho de que si un sujeto actuando conforme a sus pautas (personales, culturales y sociales) comete una infracción sancionada penalmente bajo la

creencia equivocada de que el hecho no estaba prohibido, debido a que no conocía la norma o la conocía mal, entonces no puede serle exigible el conocimiento de la antijuridicidad de su acción y por tanto no se le puede reprochar el hecho (CESANO 2004, 67-68).

De este planteamiento se desprende de que si la comisión de un delito es un proceso psicosocial en el que influyen las pautas del sujeto, puede aducirse que debe existir una irresponsabilidad penal en el específico caso del indígena cuanto este desconoce o ignora que su conducta es delictiva respecto de un ordenamiento que es ajeno a su cultura. Ya que si nos remitimos a las maneras de actuar, de pensar y de sentir que componen la cultura y que son interiorizadas por medio del proceso de socialización en el sujeto, se tiene que estas influye decisivamente en la posibilidad de comprender otras normas en razón de que las diferentes reglas de comportamiento social que recibe en el proceso de socialización y que interioriza, dificultan que pueda comprenderse normas que son generadas por un grupo social con un cultura diversa.

Zaffaroni quien es precisamente uno de los precursores de esta figura dogmática en Latinoamérica propone un ejemplo muy ilustrativo ya que dice:

«Si pensamos en un sujeto nacido y crecido en una comunidad indígena, con sus moldes culturales —frecuentemente bien complejos—, que lleva a cabo las inhumaciones conforme a su ritual, pero en violación de las leyes vigentes, bien puede conocer esas leyes y saber que las inhumaciones en esas condiciones pueden propagar una enfermedad peligrosa, y quedar eventualmente incurso en la tipicidad del art. 203. No obstante, el sujeto no podrá internalizar (comprender) la antijuridicidad de su conducta, porque frente a la importancia del ritual funerario, el riesgo le parecerá siempre nimio y no podrá exigírsele que lo comprenda de otra manera» (1999, 200).

Del ejemplo propuesto se está reafirmando que la norma penal no basta con que sea conocida, necesita algo más, y esto es que la norma penal sea comprendida es decir que sea introyectada como parte del equipo psicológico que conforma al individuo.

Dentro de este contexto hay que decirse que la comprensión es entendida como un proceso mental que principia con el conocimiento y culmina con aceptación interna de las normas sociales. A la aceptación interna se la conoce como *interiorización* y ésta no es más un proceso en el cual el individuo

integra como propias las normas y los valores que están establecidos para todos los miembros de la sociedad en la que se desarrolla «de forma que la obediencia a tales normas no se considera ya como el resultado de una constricción que proviene del exterior, sino como la satisfacción de una necesidad interior que encuentra su gratificación en sí misma» (LUMIA 1982, 12).

Al tratarse de un error culturalmente condicionado el derecho penal considera que ante la falta de una comprensión normativa, no puede exigir al sujeto responsabilidad frente al injusto penal cometido, es decir, «[a]l sujeto que conoce la norma prohibitiva, pero que no la puede internalizar por razones culturales, por regla general no se le puede reprochar esa falta de internalización (comprensión)» (ZAFFARONI 1999, 200). Se menciona que al estar afectado en su posibilidad de comprensión el individuo se encuentre en una condición de desigualdad respecto de quienes no sufren esta dificultad, toda vez de que el sujeto con patrones culturales distintos para conseguir la comprensión normativa tendría que realizar un mayor esfuerzo mental que quienes pertenecen a la cultura de la cual se desprende la normativa penal, lo cual afectaría el principio de igualdad sobre el que se levantan todo Estado constitucional<sup>144</sup>.

Por otro lado, es pertinente mencionar que a diferencia del error por conciencia disidente<sup>145</sup>, cuya dificultad de comprensión reside en la interiorización de valores distintos a los del derecho penal oficial, en el error de comprensión culturalmente condicionado la incapacidad es debida: a las pautas

---

<sup>144</sup> Sobre el principio de igualdad la Corte Constitucional de Ecuador, para el período de transición, sentencia N° 008-09-SAN-CC, caso N° 0027-09-AN, señala que el principio de igualdad llega a concretarse a través «[...] de cuatro mandatos: 1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en circunstancias idénticas; 2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común; 3. Un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia), y 4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)».

<sup>145</sup> García Vitor, recurriendo a los textos constitucionales señala que «es perfectamente diferenciable la situación de quien actúa obediendo a su cultura de origen de aquel que lo hace por convicciones asentadas en una ética personal –en un orden valorativo individual que no se compadece con el que sustenta la legislación que incumple-, en tanto la primera responde a patrones aceptados por una generalidad, aunque minoritaria en determinada sociedad, la segunda sólo descansa en el rechazo individual de los que sustenta la generalidad [...]» (2005, 131).

de conducta que han sido interiorizadas por individuo al haberse desarrollado desde niño en una cultura distinta a la que impone los valores y normas sociales dominantes, por lo cual su cultura es la que le brinda los modelos culturales que conformaran su personalidad y que en definitiva estarán acordes a las pautas culturales de su grupo social, por ser éste precisamente el que impondrá el marco de referencia en el proceso de adaptación al sistema cultural mediante la imitación o el aprendizaje del sujeto (HURTADO 2001, 41).

Por ello es que a un individuo que pertenece a una cultura originaria se le dificulta comprender la antijuridicidad de su conducta aun cuando conozca la norma. Varios son los casos en los que se puede apreciar que: a pesar de conocerse la prohibición de la norma esta no llega interiorizarse, es decir, a comprenderse como es el caso del ejemplo anteriormente señalado.

Común fue en tiempos anteriores al reconociendo del pluralismo jurídico la criminalización de las autoridades indígenas, que aplicaban sanciones a los infractores de sus normas, imputándoles una serie de delitos que iban desde los delitos contra la administración hasta secuestro y lesiones<sup>146</sup>. Sin embargo, fuera de la falta de reconocimiento a la diversidad étnica y la forma propia que tienen estos en resolver sus conflictos, lo cierto era que las autoridades conocían que les estaba prohibido atribuirse poderes jurisdiccionales pero a pesar de ello lo seguían realizando.

Situación similar se aprecia en otras costumbres que todavía pervive en algunas comunidades de la zona andina, las cuales a pesar de la profunda influencia que ejerce sobre ellas la cultura mayoritaria han sabido conservar sus rasgos propios. Esto ocurre, por ejemplo, con el mantenimiento de

---

<sup>146</sup> En Perú en el año 2004, estando reconocida la jurisdicción indígena y a pesar de encontrarse promulgada desde el año 2002 la Ley 27908 sobre la facultad que tenían las rondas campesinas para resolver conflictos, 10 ronderos del poblado de Pueblo Libre fueron condenados por el delito de secuestro al haber aplicado a un grupo de violadores y asaltantes la sanción tradicional conocida como *cadena ronderil* (sanción consiste hacer patrullajes junto a los ronderos por los caseríos). Sin embargo, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, en una histórica Sentencia 945/04, absolvió a los ronderos, señalando que la Constitución peruana en el art. 149 permite a las rondas campesinas administrar justicia, por lo cual las rondas tenían las atribuciones de detener personas con el objeto de procesarlas y sancionarlas con observancia de no vulnerar los derechos fundamentales. Es de señalar que las rondas campesinas recién en el año 2009, mediante Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, se les reconoció como una forma de autoridad comunal con derecho a ejercer funciones jurisdiccionales (Comisión Andina de Juristas 2010, 37-50), estando en la actualidad incluso propuesto un Proyecto de Ley (N.- 3647/2013-CR) que busca reconocer la personalidad jurídica y jurisdiccional de las Rondas Campesinas.



violentas peleas ceremoniales entre parcialidades<sup>147</sup>, pero sobre todo con algunas costumbres que reglan el inicio de la formación de pareja, como es el caso del *servinakuy* que todavía está presente en ciertas comunidades aymaras y agurunas. Esta costumbre es vista como una etapa previa al matrimonio (HURTADO 2001, 43), pero que no tiene una connotación de ser una mera unión informal, un matrimonio de prueba o una simple pareja de convivientes, dado que para que ésta unión se perfeccione antecede una ritualidad simbólica en la que se adquiere una serie de compromisos vinculados a la reciprocidad comunal y el equilibrio interfamiliar (BRANDT y VALDIVIA 2006, 125).

El problema que surge con el *servinakuy* es que en no pocas ocasiones se obvia la minoría de edad de las mujeres. Hecho que ha dado origen a que algunos casos sean judicializados y el cónyuge sea acusado de violación a pesar de que exista el consentimiento de la mujer de convivir con él y formar una familia, pues hay que recordar que en las comunidades indígenas el consentimiento de la mujer es el que permite que la institución del *servinakuy* se produzca, ya que de no ser así se estaría coaccionando a la mujer y por ende incurriendo en conductas desvaloradas socialmente que ameritarían ser severamente sancionadas ya que no están dentro del orden de los valores que rigen a las comunidades indígenas<sup>148</sup>.

---

<sup>147</sup> Aquí cabe citar el caso de Bolivia, con los ayllus en el Norte de Potosí que practican el *tinku* que es un ritual de pelea entre parcialidades regido por unas reglas que prohíben «[...] pelear un mayor con un joven, ni golpearse cuando uno está tendido en el suelo [...]» (CHUQUIMIA 2012, 156). En Ecuador, en cambio, por las festividades de San Juan, en las comunidades indígenas ubicadas en los cantones de Otavalo y Cotacachi existe la costumbre de que luego de realizar los bailes, acompañado del consumo de bebidas alcohólicas, se efectúa una batalla campal en la que se lanzan objetos contundentes a fin de hacer retroceder a la otra comunidad contrincante, lo cual no está exento de que en el fulgor de la pelea resulten personas heridas o incluso muertas. Hecho que ha determinado que en los últimos años exista un mayor resguardo policial y una restricción de bebidas alcohólicas, en estas fechas, por parte de los respectivos municipios, sin que ello haya impedido que se sigan efectuando confrontaciones violentas dado que esto es parte de sus costumbres.

<sup>148</sup> La tergiversación que existe sobre el tema hace que a ciertas autoridades viertan comentarios alejados de toda realidad. Un ejemplo de esto es el comentario que diera en Ecuador el ex-fiscal de asuntos indígenas de Cotopaxi, Vicente Tibán, el cual entre otras cuestiones señaló que la violación «[...] no se considera delito en la justicia indígena. Las violaciones son frecuentes porque los indígenas las ven como normal, [...] casi todas las niñas de 12 o 13 años tras terminar la primaria “consiguen marido”. “Una chica de 16 años que esté soltera ya se considera madurita y es mal vista”, cuenta. Los padres de algunas adolescentes se enteran de que la violación es un delito cuando acuden a un abogado [...]». Disponible en: <http://www.eluniverso.com/2009/04/12/1/1447/996071916F644B0D9D3BFC803FB97ED8.html>

Sin embargo, para el aspecto que nos compete, cabe mencionarse que ya sea por la emigración del campo a la ciudad, la proximidad de las poblaciones indígenas con los centros urbanos, el desarrollo de los medios de comunicación, la alfabetización, la iglesia, o la mayor intervención en el sistema productivo del país, hacen que las poblaciones indígenas estén al tanto de la prohibición que existe de mantener relaciones sexuales con quienes el Derecho oficial las concibe como menores de edad.

José Hurtado refiriéndose a esta costumbre y las implicancias penales que esta representa, señala que la posible solución que puede plantearse es declarado al varón como un incapaz, por razones culturales, cuando se compruebe que este pertenece a uno de los pueblos relativamente aislados «pero no respecto a los miembros de estas comunidades que, por ejemplo, han emigrado y viven en las barriadas de la capital o de otras ciudades importantes» (HURTADO 2012, 158).

Resulta un tanto discutible el último planteamiento propuesto por el penalista peruano, José Hurtado, pues cabe decirse que privilegiar el aislamiento de los pueblos no contactados quita relevancia al fuerte condicionamiento cultural que todavía pervive en las comunidades indígenas que no se encuentran en esta situación<sup>149</sup> y del cual suelen dar testimonio los peritajes antropológicos que fueron implementados como un instrumento auxiliar de la justicia penal desde hace más algo más de tres décadas en los distintos países andinos, principalmente promovidos por los principios que vertiera Zaffaroni sobre el error culturalmente condicionado ya que en buena parte, dice Esther Sánchez, a él se debe «[...] la apertura y comprensión de juristas y antropólogos, sobre la importancia de adentrar en el otro como sujeto de cultura» (2005, 237).

Efectivamente el peritaje antropológico se ha convertido en un medio necesario que está a disposición del juez para que éste pueda contextualizar la infracción tomando en cuenta elementos que se desprenden del contexto

---

<sup>149</sup> Llama la atención que aunque el *error culturalmente condicionado* no se haya contemplado en la legislación penal ecuatoriana, dado que la Corte Constitucional de este país en la sentencia N° 004-14-SCN-CC, caso N° 0072-14-CN, consideró que esta figura jurídica «deberá ser considerad[a] cuando se presenten conflictos relacionados a la aplicación normativa penal a pueblos no contactados o de reciente contacto».

cultural del actor para así, de ser el caso, excluir el carácter punible del supuesto de hecho por ser este conforme a los valores y costumbres de una cultura.

No obstante, hay que señalarse que aunque del peritaje antropológico se desprendan los elementos esenciales que identifican el campo de lo aceptable dentro de una cultura originaria, este termina siendo solamente una ayuda para que los jueces tengan un mayor margen de interpretación y puedan valorar si determinados hechos culturalmente motivados, exceden el marco de lo jurídicamente exigible ya que hay que recordar que lo que se juzgan son hechos y no culturas. De ahí que los peritajes solamente tengan un criterio informador, por lo cual a menudo no son tomados en consideración por los jueces ni por los profesionales del derecho que en ocasiones acusan la fiabilidad y la competencia de los expertos que muchas veces son reacios a desempeñar dichos encargos (SAMBUC 2012, 198).

Retomando el ejemplo planteado hay que mencionar que en las comunidades a pesar de conocer la prohibición de mantener relaciones consentidas con menores de edad, suelen considerar como socialmente positivo efectuar este tipo de costumbre cuando se la hace con fines de formalizar la unión entre dos integrantes de la comunidad, porque a pesar de no estar absolutamente aislados la prohibición penal no es comprendida, al igual como ocurre con muchos otros tipos penales que se establecen obviando la diversidad cultural existente<sup>150</sup>.

Sin embargo, esto no obsta a que en este tipo de casos en particular se plantee, efectivamente, una posible colisión de derechos reconocidos a nivel internacional que pueden ser: por un lado los derechos de los indígenas garantizados por el convenio 169 de la OIT y por el otro los derechos establecidos en instrumentos internacionales que señalan la obligación de los Estados de condenar toda forma de violencia en contra la mujer, incluso las

---

<sup>150</sup> Dentro de los supuestos de hecho que pueden confrontar con las costumbres indígenas, a decir de García Vitor, estarían «desde los más simples, como las que se vinculan a tipos de protección del ecosistema (caza de animales en vía de extinción para la subsistencia del grupo), pasando por las que pueden afectar las rentas del Estado (contrabando) o la honestidad de las personas (ciertas costumbres sexuales), hasta las más graves como las relacionadas con el bien jurídico vida ( sacrificios humanos como el realizado en Chile, después del terremoto de 1960, por un grupo indígena [...] que dio muerte a una niña, nieta del jefe, para calmar a los dioses)» (2005, 146).

que se efectúan invocando alguna costumbre, tradición o consideración religiosa, tal como se establece en el art.4 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer del año 1993.

En estos casos las opiniones podrían dividirse entre quienes consideran preponderante la lucha contra la violencia que históricamente se ejerce sobre la mujer y otros que, evitando incurrir en distorsiones del relativismo cultural<sup>151</sup> podrían considerar que debe primar el respeto a la sexualidad que se tiene dentro de una cultura indígena, pues en algunos pueblos indígenas se considera que la llegada de la menarquía en las niñas es una indicación o una señal que, fuera del desarrollo biológico, advierte que las mujeres están ya en condiciones de expresar su sexualidad libremente con los integrantes de la comunidad. Algo que para la sociedad hegemónica resulta ser absolutamente abominable, descabellado y además una muestra clara de la perpetuación del poder<sup>152</sup> patriarcal que se ejerce flagrantemente sobre el cuerpo de las mujeres al amparo de costumbres ancestrales.

Sin embargo, hay que señalar que la negación de dichas costumbres se debe a que nuestras reflexiones parten de un marco cultural distinto al que tiene las culturas indígenas, por tanto, no es extraño que seamos incapaces de comprender los fundamentos que conforman un hecho que si bien para las culturas indígenas que lo practican, se encuentra dentro de su racionalidad, para nosotros aunque se nos diga que la niña es quien tiene el poder de decisión sobre su libertad sexual<sup>153</sup>, esa costumbre será catalogada como una práctica reprobable que debilita los derechos fundamentales.

---

<sup>151</sup> Crítica ha sido la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de las distorsiones hechas al relativismo cultural. En el 2001 en la sentencia del caso de la Comunidad Indígena Mayagna Awas Tingni contra Nicaragua, la Corte expuso que: «La invocación de las manifestaciones culturales no puede atentar contra los estándares universalmente reconocidos de observancia y respeto a los derechos fundamentales de la persona humana. Así, al mismo tiempo que afirmamos la importancia de la atención debida a la diversidad cultural, inclusive para el reconocimiento de la universalidad de los derechos humanos, rechazamos con firmeza las distorsiones del llamado *relativismo* cultural».

<sup>152</sup> Michel Foucault sostendría que el cuerpo es el territorio donde se dan esas relaciones de poder que «lo cercan, lo marcan, lo doman, lo someten a suplicio, le fuerzan a unos trabajos, le obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos» (2009, 35).

<sup>153</sup> En Colombia la diferencia de criterios sobre este tema se puede notar incluso entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Corte Constitucional que discrepan en algunos aspectos en cuanto a la definición de la competencia para conocer de relaciones sexuales entre indígenas, cuando uno de los dos es un niño o niña. En efecto el Consejo Superior de la Judicatura plantea que la mejor protección del interés superior del niño o niña se satisface con

Siguiendo en la línea de señalar lo problemático que resulta comprender normas que son ajenas a la cultura de origen, Zaffaroni en otro sugerente ejemplo nos colocarnos en el lugar de quien no es capaz de comprender las costumbres dominantes. Para ello toma el caso de algunos esquimales que acostumbran ofrecer a su mujer perfumada en orines a los visitantes considerando como afrenta su rechazo. Y siendo nosotros los visitantes es bastante esperable que la rechacemos y cometamos una injuria contra el amable esquimal ya «que no podemos comprender —y, por consiguiente, no podemos motivarnos— en esas normas culturales, porque tenemos un diferente concepción del mundo y de nosotros mismos.» (1999, 92). Y para dar un final feliz al ejemplo, y obviar que el esquimal ofendido podría habernos matado para lavar su honra, se podría decir que solamente nos quedaría esperar que el imaginario juez esquimal no nos reproche el injusto penal cometido en contra de uno de sus miembros, ya que no habríamos podido comprender que el rechazo de su mujer tendría repercusiones penales dentro de aldea esquimal.

La no consideración de elementos que se desprendan de condicionamientos culturales distintos, conlleva a la aplicación de un tratamiento punitivo injusto y que de cara al futuro se estaría propugnando la asimilación obligatoria de los valores de la cultura predominante, debido a que no se puede tratar de forma idéntica a quienes en el proceso de socialización se han desarrollado con patrones y valores culturales distintos que quienes comparten los intereses y valores que el derecho penal oficial protege, dado que el derecho penal es un «producto cultural de una sociedad determinada» (HURTADO 2012, 121).

Sotomayor refiere que si el Estado siguiendo el principio de la igualdad ante la ley exigiera a todos los ciudadanos las mismas respuestas, estaría actuando en contra de los presupuestos que estructuran al propio Estado Derecho, debido a que se estaría desconociendo las desigualdades materiales existentes en la sociedad que hacen imposible a exigirles todos los ciudadanos

---

la intervención del sistema de justicia ordinario, mientras que para la Corte Constitucional, en las Sentencias T-617/2010 y T-921/2013, considera que las autoridades indígenas igualmente pueden garantizar los derechos de los niños y niñas por medio de las investigaciones que efectúen conforme a las normas, usos y costumbres propias de cada comunidades (ROA 2014, 109).

determinadas respuestas «dada la ausencia o disminución, por diferentes motivos, de sus posibilidades de participación en el sistema social y por consiguiente de las condiciones materiales para tal exigencia» (1996, 94).

Es de recalcar que el admitir el error de comprensión culturalmente condicionado, recogido expresamente en la legislación penal peruana, antes que ser un peligro como sostiene alguno,<sup>154</sup> representa un avance en la búsqueda de la justicia. Pero no hay que olvidar que son errores apreciados desde el punto de vista del derecho penal ordinario, puesto que desde la visión de quienes son portadores de un condicionamiento cultural distinto, están más que convencidos que no actúan por un error sino que lo hacen conforme a sus patrones culturales.

De ahí que se pueda sostener que la exclusión de la culpabilidad, por un error de comprensión culturalmente condicionado tenga un lastre etnocéntrico<sup>155</sup> por cuanto se considera como un error la actuación de un individuo que actúa conforme a sus patrones culturales propios. A decir de José Hurtado en este tipo de error son los patrones culturales los que provocan la incapacidad del agente para comprender la realidad que rige a la cultura dominante, por lo cual a quienes se exime de pena por este motivo no se lo hace porque actúe «bajo la influencia de *un error inevitable sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal [...]*, sino porque es incapaz de comportarse de acuerdo con cánones culturales que le son extraños» (HURTADO 2001, 41).

De esta manera el penalista peruano deja en evidencia de que la exclusión de la culpabilidad de quien no pudo entender la antijuridicidad del hecho por su fuerte condicionamiento cultural, se debería a su incapacidad comprensión del hecho delictivo conforme a la racionalidad occidental, que es

---

<sup>154</sup> Raúl Carnevalli sostiene que el reconocimiento formal de la eximente del art. 15 del Código peruano es peligrosa porque incentiva a que los sujetos de forma perversa no busquen integrarse ni conocer las normas imperantes. Además añade que esta eximente es innecesaria toda vez de que son suficientes las reglas generales del error de prohibición que el juez debe apreciar de forma que se respete el principio de igualdad ante la ley (CARNEVALI 2007, 28).

<sup>155</sup> A decir de García Vitor, el hecho sólo de buscar la solución en el ámbito de la culpabilidad ya se estaría acepando la supremacía de una cultura respecto de otra «y no precisamente porque una tenga el poder —lo que sería una simple constatación empírica—, sino porque se la califica de superior, aun cuando no se reconozca tal finalidad en quienes preconizan tal temperamento, imbuidos, tal vez, de un cierto paternalismo» (2005, 158).

la única encargada de imponer los estándares sociales y evaluarlos unilateralmente.

### 5.3 Las circunstancias atenuantes

Desde antiguo los Códigos penales de los países iberoamericanos han concedido una «eficacia atenuante a la ignorancia de las leyes penales, en los delitos de gravedad menor» (JIMÉNEZ DE ASUA 1997, 402). Sin embargo, aunque en la colonia la no aplicación del principio *ignorantia legis non excusat*, fue un privilegio que se concedió a los indígenas (LÓPEZ 2012, 145), con el desarrollo del derecho penal moderno este principio al considerar los mismos elementos que lo configuraban sirvió directa o indirectamente para mantener los estereotipos que se han construido alrededor de los miembros de los pueblos indígenas desde que la Corona de Castilla estableció la libertad de los indios y la consiguiente prohibición de su esclavitud.

Hay que recordar que la condición jurídica que se otorgó a los indígenas fue el resultado de las conclusiones a las que llegaron las élites ubicadas en ultramar, pues estas no concebían la idea de que los indígenas pudieran tener una libertad similar al que tenían los colonos españoles ya que de ser así se verían truncadas las intenciones evangelizadoras que se tenía sobre los indígenas. De esta manera a fin de no tener el efecto no deseado de la libertad que la Corona daría a los indígenas, llegaron a la conclusión de que su libertad sino se regía por ciertos límites traería consecuencias funestas para los propios indígenas (LÓPEZ 2012, 140). Ante esto, la solución consistió en establecer una condición jurídica de carácter claramente tuitivo, para esto se identificó a los indígenas como rústicos, miserables y menores, lo que en definitiva vendría a conformar el *status de etnia* (CLAVERO 1994, 74).

La rusticidad aunque en tiempos de Bártolo de Sassoferrato se la endosaba a todos aquellos que vivían fuera de las ciudades o de las tierras importantes (LÓPEZ 2012, 140), con la dominación española esta palabra por antonomasia entrañaba una connotación peyorativa, dado que esta se la endosaba a los indígenas por su falta de participación en la cultura letrada de la época dado que al no tener participación se encontraban discriminados y marginados del derecho objetivo y por tanto «los jueces podían actuar sumariamente y a su arbitrio, sin atenerse ni a los procedimientos ni a los

preceptos del derecho, ni de la jurisprudencia ni de las leyes ni tampoco siquiera de las costumbres» (1994, 71).

Al estado de rusticidad de los indígenas se sumaba la personalidad de miserables y de menores que terminaba por incapacitarlos, dado que la consideración de miserable precisaba un amparo especial porque eran sujetos inspiraban compasión ya que no podían valerse sí mismos (LÓPEZ 2012, 142), mientras que la consideración de menores aludía a quienes tenían una falta de capacidad, es decir carecían de una razón plena que no daba lugar a su independencia, por tal razón motivaba para que sean sujetos de tutela y que para el caso de los pueblos indígenas eran confiados a los religiosos en una relación como la del pupilo con su tutor (CLAVERO 1994, 72).

Estas características construidas en la etapa colonia no perdieron presencia dentro de las ramas del ordenamiento jurídico de los nacientes países latinoamericanos, como efectivamente ocurrió con el Derecho penal que tradujo la inferioridad de los indígenas en figuras jurídicas que atenuaban su responsabilidad, sea recurriendo a consideraciones que se derivan del estado de miseria que les ha impedido instruirse conforme a los estándares de la cultura hegemónica<sup>156</sup>, o señalando directamente el estado de rusticidad, que aunque vertido de forma general encontraba su aplicación específicamente para los miembros de los pueblos indígenas.

«La condición de *rústico* implicaba una falta de participación en la cultura letrada que ocasionaba que gran parte del derecho objetivo no le era exigible, lo que permitía a los jueces actuar a su arbitrio ocasionando un estado de desentendimiento, abandono, discriminación y marginación del mencionado derecho. Por la condición de *miserable*, persona que no podía valerse socialmente por sí misma, y de *menor*, en tanto aquejados por una limitación de la razón humana, precisaban de un amparo especial que no necesariamente suponía ventaja y en la mayoría de los casos implicaba todo lo contrario» (CARO 2014, 45).

Ecuador fue el país que hasta agosto de 2014, contemplaba a la rusticidad como una circunstancia que atenuaba la responsabilidad penal, a pesar de que la codificación penal derogada, que con modificaciones desde 1938, proclamaba que nadie podía invocar la ignorancia de ley como causa de

---

<sup>156</sup> Dentro de este se puede considerar la lectura que se obtienen del art. 40.4 del Código Penal de Bolivia el cual establece que la pena puede atenuarse «[c]uando el agente sea un indígena carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley».



disculpa (JIMÉNEZ DE ASUA 1997, 402). Así pues el art. 29.8 del derogado cuerpo legal ecuatoriano, establecía como atenuante la rusticidad del sujeto, la cual debía de ser de tal naturaleza que debía revelar claramente que el acto punible fue cometido por la ignorancia del sujeto. Aunque hay que puntualizar que la consideración de esta atenuante no estaba pensada para aplicarse a todos los ciudadanos en general, ya que la rusticidad hundía sus raíces en legados colonialistas, donde al indígena por su inferioridad natural era considerado jurídicamente como una persona miserable, caracterizado por ser pobre, alcohólico, holgazán y de una capacidad reducida. Consideraciones que para Solórzano Pereyra debían ser apreciadas para poder otorgarles ciertas prerrogativas pero también ciertas limitaciones, tomando en cuenta que «por su corta capacidad gozan del privilegio de rústicos y menores, y aún no pueden disponer de sus bienes raíces» (citado en CLAVERO 1994, 71)

La rusticidad así entendida se sustentada en base de estereotipos que se construían alrededor de los indígenas, los cuales eran fundamentalmente identificados por su ubicación rural y campesina. No era de extrañar que la rusticidad en instancias judiciales sea relacionada con la incapacidad, ignorancia, analfabetismo, el desconocimiento del castellano, vestimenta y otras características que en base a un criterio de inferioridad y un racismo encubierto se endosaban indiscriminadamente a los indígenas.

Así para Patricia Zambrano Villacres, actual Juez del Tribunal Contencioso Electoral Ecuador, al referirse en el año 2007 a la atenuante por rusticidad sin mayor análisis y mostrando el racismo que se da en la cotidianidad judicial sostiene que:

«En el Ecuador, el indio y el montubio —por mucho que haya la presunción de este artículo— viven en su mundo, desconociendo la comodidad, la mediana alimentación, el aseo elemental y todos los etcéteras. Para el indio, sobre todo, resulta un sarcasmo suponer que algo sepa si, sistemáticamente, se ha procurado que nada conozca» (ZAMBRANO 2007, 200).

En un estudio realizado en los Juzgados del Ecuador, se llega a la conclusión que la atenuante por rusticidad estaba siendo aplicada sin ningún criterio jurídicos sino por «la formación racial presente en los funcionarios de justicia» (ENCALADA 2012, 197). La rusticidad era, pues, una figura jurídica

discriminatoria que se estructuraba a partir de la racialización del ser humano, por ello es que no fue difícil entender que la rusticidad terminaba por tener única y exclusivamente rostro de indígena.



## CAPÍTULO IV

### El reconocimiento del derecho indígena y sus limitaciones

#### 1 Introducción

Aunque los integrantes de los pueblos indígenas a inicios del siglo XIX seguían siendo explotados como mano de obra de muchas actividades productivas generadoras de riqueza, no significó que con el surgimiento de las nuevas repúblicas su condición fuera a cambiar, pues desde que los Estados Latinoamericanos consiguieron independizarse, la consideración que se tuvo de los pueblos indígenas fue la de concebirlos como un obstáculo para el proyecto de Estado-Nación que dominaba el ideario liberal de la época, sustentado en el modelo de Estado centralizado, regido por una división de poderes y la igualdad ante la ley.

Es así que todo lo que se consideró que pudiera afectar a la estructuración de los florecientes Estados fue proscrito por las élites que heredaron el poder, mediante políticas de Estado que incidieron negativamente en la ya paupérrima situación en la que se encontraban los indígenas en los tiempos previos a las gestas independentistas. Se buscaba a toda costa la asimilación de los indios dentro de las nacientes naciones, los criollos y mestizos que dominaron los procesos de independencia forzaban a que se imponga una identidad cultural homogénea.

Por ello es que para los pueblos indígenas la liberación del yugo español no representó más que un cambio de opresor, debido a que las elites que se encumbraron en el poder mantuvieron a los indígenas sometidos a un tratamiento de explotación no muy alejado del que recibieron en la colonia, con el agravante de que al pretender integrarlos a los nacientes Estados-nación se debían desintegrar las prerrogativas que tenían sobre sus territorios y aquí la iglesia y los terratenientes no vieron mejor oportunidad para ampliar sus tierras, a costa del despojamiento de los territorios en que se ubicaban los resguardos de los pueblos indígenas.

De ahí que desde el origen de las Repúblicas se haya buscado asimilar a los indígenas a una *civilización* que pregonaba la vigencia del principio liberal de la *igualdad ante la ley*. Utilizando para esto, precisamente, leyes que los

desarraiguen de sus salvajes costumbres y los aproximen al orden de la cultura dominante que imponía la homogeneidad en todos los ámbitos.

La uniformidad que había dominado la imaginación política y jurídica de Occidente, se implantó también en los nacientes Estados andinos que exaltaban la idea de un solo pueblo, una sola cultura, idioma e identidad, regido por un solo sistema jurídico o Derecho, lo que representaba la concentración en el Estado de la capacidad de producción normas de carácter general así como la sanción de su incumplimiento.

Es así que las constituciones que comenzaron a ser elaboradas en los nuevos Estados Latinoamericano, eliminaron las limitadas prerrogativas que se habían reconocido a los indígenas en la época colonial. Se abolieron los reducidos derechos que los indígenas tenían en el derecho social indiano entre los que estaban los regímenes jurídicos diferenciados. El carácter general que guardaban las normas jurídicas de los nacientes Estados, obligaba a que todos los sujetos que los integraban, queden sometidos bajo la autoridad de la ley que se decantada por precautelar la propiedad, la libertad y la seguridad jurídica de quienes tenían la calidad de ciudadanos es decir de aquellos que no eran indígenas, pues era evidente de que la consideración jurídica de ciudadano para los indígenas era algo más que inalcanzable por la posición social que ocupaban.

De esta manera la ideología asumida de conformar Estados liberales, unitarios y monoculturales produjo la segregación de los indígenas como sujetos de derechos, en virtud de que estos no alcanzaban al ideal unitario socio cultural de las naciones, con lo cual las Constituciones que se establecieron a raíz del proceso de independencia no fueron más que una tapadera de la continuidad del colonialismo por cuanto nacieron negando derechos a los indígenas.

El imperativo liberal aunque les otorgaba la nacionalidad, para favorecer las arcas fiscales de los nacientes Estados-nación, instituyó requisitos que no permitían integrarlos como ciudadanos dado que se requería tener bienes y saber leer y escribir. Estos requisitos fueron una cuestión prácticamente irrealizable para los indígenas debido a que estos no poseían bienes de ningún tipo, peor aún que pudiesen acceder a la educación que les saque del

analfabetismo en que se encontraban ya que esta era un privilegio reservado para la sociedad dominante.

Las elites que elaboraban la legislación constitucional, siendo conocedores de la imposibilidad que resultaba para los indígenas acceder a la ciudadanía, nombraron a los miembros del clero como tutores de los indígenas por ser estos, como lo mencionara el art. 68 de la Constitución de 1830 de Ecuador, una clase inocente, abyecta y miserable (CLAVERO 2006, 317). Más dicho nombramiento no presuponía que los *venerables curas párrocos* fueran hacer valer los derechos de los indígenas, ya que a más de que no se les reconocía derechos no había un sistema legal efectivo que los amparara.

El tiempo que siguió a las independencias de cada país, marcó una época en la que se pretendió imponer una negación del pluralismo jurídico y únicamente preponderar un monismo legal, que se llega a presentar sustentado principalmente en las normas emanadas por el ente estatal. El protagonismo que en esta época adquiriese el poder legislativo como órgano facultado para crear normas de cumplimiento obligatorio. La monopolización de la administración de justicia por parte del Estado desembocó en la penalización de las formas de control social de los pueblos indígenas que otrora eran permitidas; únicamente las autoridades de los lugares geográficamente alejados se librarían de la persecución punitiva que emprendió el Estado sobre las formas propias de resolución de conflictos, toda vez de que allí el intervencionismo de las autoridades judiciales era nulo y por tanto, a pesar del monismo jurídico instaurado las comunidades indígenas de esos sectores siguieron resolviendo sus conflictos conforme a las normas que regulan su vida comunitaria aunque ello significaba permanecer aislados y desamparados.

No obstante, desde mediados del siglo XX, justamente cuando se inicia el proceso de consagración jurídica internacional de los derechos humanos, tras la Segunda Guerra Mundial y el horror que causó el llamado Holocausto, los Estados Latinoamericanos comienzan a considerar como problemática la exclusión social, económica y política a la que los pueblos indígenas estaban siendo sistemáticamente sometidos. El recuerdo fresco del genocidio en la comunidad internacional, producía un rechazo a cualquier forma de sometimiento o de inferioridad de grupos culturalmente diversos. Por ello es

que la respuesta a la cuestión indígena, tanto a nivel estatal como a nivel internacional, fue la conformación de instituciones que se encarguen de resolver esta problemática desde una óptica paternalista e integracionista.

Es así que los Estados Latinoamericanos acogiendo las políticas integracionistas empezaron a legislar tomando en consideración el calamitoso estado en que se encontraban los pueblos originarios. Fue a raíz de esto se instauraron algunas políticas que perseguían concederles algunas prerrogativas que satisficieran mínimamente a estas colectividades pero sin arriesgar el ideario político monista que guiaba a estas repúblicas. La consecuencia lógica de esta deficiente intervención estatal fue que los indígenas no solamente siguieron excluidos y explotados, sino que también sus territorios fueron desintegrados y con ellos sus formas propias de organización y de resolución de conflictos.

En el ámbito jurídico no se reconoció formalmente funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas hasta las postrimerías del pasado siglo ya que en la década de los noventa se presenta un giro sin parangón en el reconocimiento constitucional de la diversidad cultural en los países andinos. Giro que no sería consecuencia del azar o de la benevolencia de los Estados, sino fue fruto de las movilizaciones y presiones que los movimientos indígenas habían promovido desde que se fueron estructurado de manera más concertada, a través de organizaciones que aglutinaban a diferentes pueblos y nacionalidades indígenas, así como también por el inestimable aporte que dieron los organismos internacionales al integrar las justas demandas de los pueblos originarios dentro del proceso global del arraigo de los derechos humanos.

El gran protagonismo que tuvieron los organismos internacionales en la lucha por los derechos de los pueblos indígenas, sirvió para que los Estados procedieran a reformar o promulgar normas constitucionales que reconocieran la diversidad étnica cultural existente dentro de sus fronteras y con ello la consagración de algunos derechos especialmente referidos a sus territorios y a las formas propias de solución de conflictos. De hecho esto permitió romper el tradicional monismo jurídico y admitir la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de las fronteras de un mismo Estado.

## 2 Los antecedentes históricos de los derechos humanos

Uno de los legados positivos del siglo XX, en contraste con los múltiples aspectos negativos<sup>157</sup>, es la protección jurídica que se comenzó a brindar a las personas por el mero hecho de serlo, es decir que le pertenecen al ser humano sin distinción de raza, condición, sexo o religión. El derecho internacional de los derechos humanos tiene como antecedente histórico el derecho interno de aquellos Estados que se encontraban influenciados por las ideas de una corriente filosófica e intelectual de gran significado llamada Ilustración.

En Europa a principio del siglo XVIII, tras entrar en crisis el poder del absolutismo, los nuevos movimientos consiguen comprometer a los soberanos respecto de una mejor atención a las necesidades del pueblo. Compromiso que da origen a un sistema político que será conocido como la del *absolutismo ilustrado*. La fórmula política manejada, a diferencia del absolutismo que tuvo lugar durante los siglos XVI y XVII, se caracteriza por la nueva orientación que tomó el sistema político del absolutismo frente a los ciudadanos. Ahora se pretenderá mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos, no solamente impulsando la agricultura, desarrollando la industria, las explotaciones mineras y el comercio, sino también innumerables proyectos de reforma que se ocupaban de la libertad religiosa, la educación popular, la reducción de la inhumanidad del trato de los gobernados mediante la abolición de las viejas ordenanzas y la redacción de los códigos modernos (FOUCAULT 2009, 16) que limitaban la tortura judicial, como ocurrió con los gobiernos de los monarcas ilustrados: Federico II de Prusia, María Teresa y José II de Austria, Catalina II de Rusia, Carlos III de España y Luis XV de Francia (GINER 1982, 289).

Sin embargo, la nueva fórmula política pese a su éxito inicial no perduraría, el reforzamiento de la autoridad real provocó un estancamiento de la economía. Situación que unida a las concepciones filosóficas e intelectuales de los hombres de la Ilustración, que propugnaban el progreso del género

---

<sup>157</sup> Juan Gelman haciendo una aproximación prudente al saldo negativo que dejó el siglo XX refiere que la cifra de muertes es impactante, ya que «en el siglo XX, el saldo de las guerras fue de 40 millones de muertos. El de los genocidios, los *daños colaterales*, el hambre, la miseria, las enfermedades curables no atendidas, la discriminación racial, la xenofobia, las migraciones forzadas y otras maneras de la masacre masiva o *por goteo*, ascendió a 100 millones» (prólogo del libro de ZAFFARONI 2011, X ).



humano de acuerdo a los principios universales de la razón, propiciaron el clima político adecuado para que estallen las grandes revoluciones sacudieron al mundo occidental, esto es la independencia de las 13 colonias inglesas de Norteamérica y la Revolución Francesa.

Efectuadas las revoluciones se elaboraron textos que reconocían algunos derechos de las personas, como fue el caso de la Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia de 1776, que estableció un catálogo de derechos de gran importancia, así como la Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano, aprobada por la Asamblea francesa el 26 de agosto de 1789, cuyo contenido estuvo influenciado por las concepciones del derecho natural de la doctrina ilustrada que nació con el convencimiento idealista de que *por naturaleza* todas las personas son iguales y racionales (HILLMANN 2005, 458).

Con el paso del tiempo el contenido de las Declaraciones y demás textos formulados dentro del derecho positivo interno de los Estados, fue recogido y considerado por el derecho internacional público para así desarrollar lo que sería el derecho internacional de los derechos humanos. Desarrollo que con posterioridad pasaría a influenciar enormemente al derecho interno de los distintos países del mundo. De ahí que se pueda considerar que la Declaración Universal sintetice el comienzo del inacabado proceso de desarrollo de los derechos humanos, pues como lo advierte Norberto Bobbio, la Declaración Universal no es una realización final sino solamente el *germen* o comienzo de un movimiento dialectico que, a manera de un ciclo vital, nació con la universalidad abstracta de los derechos naturales, que se desarrolló con la particularidad concreta de los derechos positivos nacionales y que terminó, o encontró su realización, con la universalización concreta de los derechos positivos universales (1991, 68).

De esta consideración se puede advertir que la si bien la denominación y contenido de los derechos humanos es fruto de la modernidad, el origen de estos procede de tiempos más remotos en donde ya se vislumbra unas incipientes exhortaciones por alcanzar un mundo más justo, un intento temprano por construir y dar sentido a unas embrionarias proclamas elaboradas con pretensiones de facilitar la vida en sociedad y que con el pasar

del tiempo fueron desarrollándose hasta adquirir un nivel de perfeccionamiento considerable.

Desde un punto de vista filosófico los derechos humanos se encuentran relacionados con la doctrina del derecho natural que fue desarrollada en la época de la Ilustración y tuvo varias fundamentaciones, entre las que se encontraban aquellas referidas a un carácter teológico como también las relacionadas con el carácter racional del ser humano.

Sin embargo, el derecho natural aunque fue un referente muy importante en el surgimiento del derecho internacional de los derechos humanos, este debe de ser considerado como derecho positivo ya que se preocupa más de proteger los derechos humanos que de fundamentarlos. Hecho que es constatable en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pues en su preámbulo se obvia toda referencia de carácter filosófico y metafísico que tienda a justificar y explicar el por qué los derechos humanos son universales.

Pero ante la falta de un conjunto sustantivo de justificaciones sobre los derechos contenidos en la Declaración, se plantea la idea de que estos no necesitan de justificación ya que los derechos del ser humano existen por el simple hecho de serlo, máxime si se considera que el principio de dignidad de la persona propugna que todos los seres humanos tienen la misma dignidad y como tal se les debe de garantizar un mínimo de derechos que brinden protección ante las injerencias arbitrarias de los Estados.

El establecimiento de los derechos humanos en la esfera internacional, cambio el panorama que el derecho internacional público enfocaba sus esfuerzos. Así este pasó de abordar regulaciones que comprometían propiamente las relaciones entre los estados, a establecer derechos del ser humano frente al Estado. Situación que implicó que los textos internacionales de derechos humanos no se sustenten en principios de reciprocidad de derechos y deberes entre los Estados, pues de haberlo considerado de esa manera no sólo hubiera servido para que los gobiernos de los Estados aleguen la ineficiencia de los tratados de derechos humanos, sino que incluso hubieran sido utilizados, nuevamente, para justificar violaciones de derechos humanos de personas extranjeras aduciendo que en el país de su pertenencia, de igual forma, no se respetan los derechos de los extranjeros.

### 3 El reconocimiento internacional de los derechos indígenas

En las últimas décadas el Derecho Internacional se ha convertido en un verdadero aliado de los pueblos indígenas. La injerencia del nuevo derecho internacional, favoreció al establecimiento de una relación menos violenta entre el Estado opresor y los oprimidos pueblos indígenas.

En Latinoamérica el Primer Congreso Indigenista Interamericano realizado en Pátzcuaro, Michoacán (México) en abril de 1940, inaugura formalmente el *indigenismo oficial*, que no es más que la respuesta estatal a la cuestión indígena mediante el empleo de un discurso moralmente defendible y políticamente viable que atienda a las necesidades que desde el oficialismo se consideraban prioritarias para la época (STAVENHAGEN 2002, 171).

En este Primer Congreso Indigenista Interamericano conforme a los objetivos perseguidos, se estableció una Declaración solemne que recogía los principios fundamentales que habrían de guiar el proceder de los Estados respecto de los pueblos indígenas, entre los que estaban: el garantizar el respeto a la personalidad y la cultura de los pueblos indígenas, rechazar las distintas manifestaciones de discriminación y desigualdad contra los grupos indígenas, igualdad de derechos y oportunidades para todos los grupos de la población americana, respeto de los valores positivos de la cultura indígena, aceptación de la comunidad indígena ante acciones que se intenten contra ellas y facilitar la elevación económica y la asimilación y el aprovechamiento de los recursos de la técnica moderna y de la cultura universal (STAVENHAGEN 2002, 172).

Las distintas posturas sostenidas por los delegados de los diferentes países presentes en éste Congreso, se sustentaron en diferentes propósitos que en suma perseguían el desarrollo económico y social de las comunidades indígenas a costa de la asimilación del indígena a la sociedad hegemónica.

Se atisbaba así que el problema indígena había pasado de ser un problema de tierras a un problema de atraso y marginación secular, por lo cual las políticas integracionistas plantearon que la mejor solución al problema indígena era incorporarlos al Estado y al mercado de trabajo conforme a sus

especificidades, cosa que en definitiva no era cierto ya que intrínsecamente seguía siendo un modelo de destrucción cultural.

En 1948<sup>158</sup>, un año después de que fuese creada la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección de Minorías hoy conocida como la Subcomisión para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó la Declaración de los Derechos Humanos, con lo cual los pueblos indígenas tuvieron un nuevo documento de defensa y protección de sus derechos, ya que este instrumento internacional permitió que los pueblos indígenas puedan invocar los derechos contenidos en esta Declaración para luchar por el reconocimiento de sus derechos.

### 3.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Una de las características fundamentales de los derechos humanos es su paulatina universalización, debido a que tras las experiencias sufridas en la Segunda Guerra Mundial, las Naciones Unidas se dieron a la tarea de elaborar varios textos que plasmaron los derechos y libertades fundamentales que corresponden a todo ser humano y que como tales los Estados estaban obligados a respetar y garantizar. Sorprende el hecho de que el vertiginoso desarrollo de los derechos humanos sucediera a pesar de la poca fortaleza que la comunidad internacional mostraba frente al establecimiento de límites al ejercicio desmedido del poderío económico y militar de algunos Estados.

Los instrumentos internacionales de derechos humanos, sean estos convencionales (*Hard Law*) y declarativos (*Soft Law*), a partir de la década de los cincuenta del siglo XX se convierten en los textos de referencia en cuanto al bienestar y seguridad de las personas debido a que estos son los que han permitido garantizar jurídicamente varios derechos tanto a nivel regional, como es el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, para Europa, o la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, para los pueblos americanos; así como a nivel internacional entre los que se encuentran

---

<sup>158</sup> En este mismo año en la ONU se aprobó la Convención contra el Genocidio. Este convenio ha sido invocado por muchos pueblos indígenas para denunciar el genocidio cultural que están sufriendo en algunos países, aunque sin mucho éxito ya que la ONU no ha aceptado una interpretación distinta a los actos señalados en la mencionada Convención.

los dos Pactos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1966 y, especialmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948.

La proyección que tienen los derechos humanos en el ámbito del derecho nacional, en buena parte es debida a la obligación ineludible que adquieren los Estados luego de participar soberanamente en las negociaciones de las normas que reconocen los derechos humanos. Y esto precisamente se empieza a notar luego de la creación de las Naciones Unidas y sus acciones iniciales que marcaron un giro sin parangón en la protección y garantía de los derechos fundamentales, por cuanto se estableció un marco de referencia común con pretensiones de incidir en el derecho positivo de todas las naciones para así posibilitar una mejor convivencia entre los seres humanos. De ahí que se diga, y con razón, que la Declaración Universal de los Derechos Humanos como ningún otro documento de su naturaleza, ha inspirado la imaginación, la acción y la transformación de tantas personas, organizaciones, pueblos y naciones en todo el mundo con el único objeto de proteger los derechos y libertades fundamentales.

Tal apreciación es significativa porque anterior a este texto, el Derecho internacional solamente se preocupó de atender a las minorías nacionales que quedaron habitando territorios que luego de finalizada la Primera Guerra Mundial pertenecían a otro país. La modificación de las fronteras europeas dio origen al Convenio de Versalles que fijó un modelo de protección que los Estados debían garantizar a las minorías culturales en lo que atañe a su no discriminación y demás aspectos que permitían mantener su integridad étnica (LLOBET 2007, 34).

Sin embargo, la utilización aberrante de estos buenos intentos por proteger a las minorías, ocasionó que gobiernos totalitarios los convirtieran en un verdadero fracaso al utilizar las regulaciones contenidas en los tratados como pretexto para invadir o intervenir en naciones más débiles, como efectivamente lo realizó el régimen alemán nazi «[...] que justificó la invasión de Polonia y Checoslovaquia alegando que dichos países violaban el tratado acerca de los derechos de los ciudadanos de etnia germana residentes en sus respectivos territorios» (KYMLICKA 1996, 15).

La perversión de los acuerdos y tratados junto con los afanes expansionistas hicieron que la Declaración Universal de los Derechos Humanos surja como uno de los primeros trabajos que la Organización de las Naciones Unidas elaboró frente a las atrocidades que la humanidad conociera tras la Segunda Guerra Mundial. Así la recién estrenada organización, que fuera conformada en 1946 tras la disolución de la Sociedad de Naciones, se centró en la acuciante labor de enunciar y proclamar a nivel internacional los derechos que le corresponden a todo ser humano.

Para esto hubo que elaborarse un instrumento internacional que contenga un catálogo concreto de derechos humanos que venga a completar a las referencias que de estos ya se hacían en la Carta de las Naciones Unidas el 26 de junio de 1945 (LLOBET 2007, 39). Así tuvo que primero definirse cuál sería la naturaleza jurídica de dicho texto, es decir si este debería ser aprobado como un tratado internacional o como una declaración, cuestión que en definitiva terminó por decidirse que esta fuera una Declaración de derechos con un alcance global dado que esta significaría una proclama contra la arbitrariedad de los Estados.

### **3.1.1 Las críticas por su sesgo occidental e individualista**

Es importante anotar que la aprobación de la declaración no estuvo exenta de confrontaciones y disputas políticas, principalmente provenientes de los de los países occidentales, soviéticos y asiáticos, cosa que causó mucha tensión pero no impidió conseguir el consenso y la aprobación de la Declaración con 48 votos a favor, 8 abstenciones y cero votos en contra (LLOBET 2007, 39). De ahí que la aprobación de la Declaración aunque fue producto del consenso y del debate ideológico, no se debe de desconocer que para aquella época la composición de las Naciones Unidas era muy distinta a la que actualmente se tiene. Resalta el hecho de que aunque en las Naciones Unidas se discutía sobre los derechos humanos, esta organización no había fortalecido su rol en el proceso de descolonización de algunos países africanos, así como también frente al asimilacionismo que sufrían los pueblos originarios de América.

Se menciona que a pesar del valioso contenido que incorporó la Declaración, ésta objetivamente no concito la convergencia de una verdadera

diversidad cultural ya que todos los miembros del comité redactor de la declaración venían de países occidentales o coloniales y representaban a una realidad de poco más de cincuenta países (M. BERRAONDO 2000, 13). Por ello no es ingenuo pensar que el predominio filosófico que la Declaración incorporó, estuviese dominado por el pensamiento occidental que tras varias centurias de expansión se había conseguido establecerse como hegemonía cultural, política y económica de forma planetaria.

Efectivamente, tras las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial, la racionalidad occidental y los presupuestos filosóficos sobre los derechos humanos que esta contemplaba sirvieron para elaborar y estructurar el objetivo principal de la Declaración, que no era más que el dotar a los individuos de una serie de derechos y mecanismos de defensa frente al poder desbocado de los Estados (M. BERRAONDO 2000, 13). Para ello, y siguiendo una visión liberal y burguesa de la persona humana surgida del derecho natural, de las concepciones del Siglo de las Luces y también del protestantismo americano (SAMBUC 2007, 261), consideraron que los derechos humanos son un elemento intrínseco de la cualidad de persona humana, y por tanto anteriores a toda estructura estatal.

Sin embargo, la Declaración de los derechos humanos al proteger la esfera de la libertad individual frente al excesivo poder del Estado, no se ocupó de tutelar el ámbito comunitario o colectivo, de ahí que esta sea criticada por su sesgo occidental e individualista (STAVENHAGEN 2002, 174). La falta de una visión diferente al individualismo occidental impidió entender, que existen civilizaciones que privilegian la dimensión comunitaria sobre las concepciones individualistas. La razón posiblemente de esta futilidad radica en que la realidad de los pueblos indígenas en esos tiempos no era conocida toda vez de que los Estados aplicaban sobre estos pueblos políticas asimilacionistas que minaban cualquier tipo de representatividad, siendo solamente a finales de la década de los 60 en que en el ámbito internacional se comienza a escuchar su voz (M. BERRAONDO 2000, 13).

Es así que frente al postulado ético común que representaba la Declaración de los derechos humanos para todos los pueblos y naciones del planeta, surgieron serios cuestionamientos respecto de la perspectiva

etnocéntrica<sup>159</sup> que la Declaración incorporaba, no sólo desde Latinoamérica, a partir de la emergencia indígena surgida y dirigida por los pueblos de la zona andina, sino también desde occidente donde la afluencia masiva de inmigrantes y la consiguiente conformación de minorías culturales ha ocasionado que se cuestione a los supuestos que tradicionalmente se han mantenido como inobjetable en la vida política de los Estados (KYMLICKA 1996, 13).

La visibilización de los excluidos a través del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, dio lugar a un replanteamiento del fundamento de los derechos universales. La insuficiente protección que la Declaración universal brindaba a los pueblos indígenas, fue motivo de objeciones porque su contenido venía a entronizar la afirmación de una cultura antropocéntrica individualista ajena a las relaciones comunitarias.

No obstante, pese a las observaciones planteadas a la pretendida universalización de los derechos humanos, nadie que esté en sus cabales pone en cuestión su existencia, dado que estos constituyen un norte ajeno a toda discusión en virtud de que se levantan en «la conciencia contemporánea como referentes morales que, a pesar de la profusa fragmentación cultural e ideológica de nuestro mundo, gozan de aceptación prácticamente universal» (L. RODRÍGUEZ 1996, 51). En este sentido, el problema se plantea en razón de los fundamentos que sostienen la imposición de normas con vigencia transcultural, dado que estos surgen principalmente del pensamiento dominante en occidente, por lo que, si bien estos tienen una loable pretensión dirigida a lograr una convivencia pacífica que permita lograr la justicia, libertad y prosperidad de las culturas de las naciones, no dejan de ser un instrumento que plasma y busca la imposición de un pensamiento único, que no toma en cuenta la visión de los otros, deduciéndose así que no puede ser sostenible una ética universal si no se cuenta con el consenso y la legitimación sobre quienes deben cumplirlas.

---

<sup>159</sup> Jaques Picard señala que en 1947 la Asociación Americana de Antropología envió una carta a la Comisión de las Naciones Unidas que trabajaba en la elaboración de la Declaración de los Derechos Humanos, mostrando su preocupación por la falta de «atención al problema y al peligro que la perspectiva etnocéntrica comportaba. Los antropólogos americanos destacaron que cada individuo realiza su personalidad mediante una cultura y en consecuencia la diferencia individual reposa sobre el respeto a la diferencia cultural» (citado en SAMBUC 2007, 261)



Por ello es que la Declaración de los Derechos Humanos, a pesar de ser la piedra angular del sistema internacional de los derechos humanos, para los pueblos indígenas no constituye el documento más relevante en cuanto al reconocimiento de sus derechos como entes colectivos, dado que con posterioridad se han formulado otros instrumentos jurídicos que han servido en para reconocer los derechos de los pueblos indígenas desde una referencia colectiva, como es el caso de los trabajos efectuados por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), creada en 1919 en el Tratado de Versalles después de la Primera Guerra Mundial, que provocó una modificación de las fronteras europeas.

### 3.1.2 Los prolegómenos del derecho indígena

La OIT fue la primera organización internacional que se preocupó por los derechos de los indígenas en un tiempo que coincidieron tres aspectos relevantes: 1) las presiones de las masas indígenas que al estar postergadas se revelaban, como fue el caso de Revolución mexicana de 1910; 2) el surgimiento de un pensamiento indigenista, que en el caso de Perú aparecería con Manuel Gonzales Prada y más nítidamente con José Mariátegui y Víctor Haya de la Torre (SOBREVILLA 2008, 113); y 3) la imperiosa necesidad de incorporar a los indígenas al mercado (YRIGOYEN 2000).

En 1921 comenzaron los estudios enfocados en el trabajo de los jornaleros indígenas, unos años después el Consejo de Administración de la OIT establecería dos Comisiones de expertos, la uno formada en 1926 dedicada a la formulación de normas internacionales para protección de los trabajadores indígenas; y la otra formada en 1951 enfocada en la pertinencia de una normativa estatal interna, que proteja de la explotación a la mano de obra indígena, llegando en 1953 a publicar un estudio monográfico que serviría de base para la formación del primer instrumento internacional enfocado completamente en las poblaciones indígenas, esto es el Convenio 107 relativo a la *Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribales y Semitribales en los Países Independientes*.

El Convenio 107 del 26 de junio de 1957, a pesar de ser un reflejo de las políticas asimilacionista de la época, fue un avance muy importante para la visibilización de las condiciones en que laboralmente se encontraban los

indígenas<sup>160</sup>. Éste aunque menospreciaba la calidad de las sociedades indígenas, al no reconocerles la calidad de pueblos y más solamente ubicarlos colectivamente en la categoría de poblaciones indígenas, les confirió derechos específicos que iban desde el derecho colectivo a la tierra hasta el abordaje del derecho consuetudinario; es decir, desde la formulación del Convenio 107 de la OIT se comienza a reconocer las costumbres y las formas propias de resolución de conflictos de los pueblos indígenas, con lo cual el mencionado Convenio para la época era un instrumento jurídico de vanguardia (M. GÓMEZ 2006, 135).

Sin embargo, en 1966 la ONU para ratificar el compromiso constante en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, proclama dos pactos que fueron: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). En ambos pactos, en el artículo 1, se deja establecido el derecho a la libre determinación que tienen los pueblos, al señalar que: «Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural» (STAVENHAGEN 2002, 185).

No obstante, el paradigma de la autodeterminación contenido en esos pactos no incluía a los indígenas, ya que estos al ser considerados como meras poblaciones, no tenían la condición de *pueblos colonizados*, es más el Convenio 107 con sus políticas integracionistas propendía más bien a su desaparición que a su libre determinación, por lo cual los reconocimientos recogidos en este el Convenio 107 pronto perderían legitimidad por la afectación misma que estos auguraban a la supervivencia de los pueblos indígenas.

---

<sup>160</sup> Es de destacar que previo al Convenio 107 de la OIT, se aprobaron los siguientes convenios y recomendaciones respecto de los pueblos indígenas: el Convenio 29 sobre el trabajo forzoso de 1930; el Convenio 50 sobre el reclutamiento de trabajadores indígenas (1936); el Convenio 64 sobre los contratos escritos en idioma original de los trabajadores indígenas (1939); el Convenio 65 sobre la abolición de sanciones penales por incumplimiento de contrato de los trabajadores indígenas (1939); el Convenio 66 relativo al reclutamiento de trabajadores migrantes (1939); el Convenio 86 sobre la duración máxima de los contratos de trabajo (1947); el Convenio 97 relativo a los trabajadores migrantes (1949); el Convenio 104 sobre la abolición de sanciones penales por incumplimiento de contrato de los trabajadores indígenas (1955); el Convenio 105 relativo al trabajo forzoso (1957) (GONZÁLEZ 2000, 82-83).

Es así que desde los años sesenta y setenta, mientras los estudiosos latinoamericanos debatían si la situación de los indígenas era debido a la marginación cultural o de su explotación de clase<sup>161</sup>, desde el seno de los propios pueblos y sus organizaciones indígenas, comienza a establecerse una serie de reivindicaciones que colocaban en el centro del debate el paradigma de la nación mestiza y la implementación de políticas asimilacionista y paternalista que los Estados venían cumpliendo desde que se instaurara el indigenismo oficial. Un ejemplo de esto fue la reunión de Barbados (1971) que convocaría a varios representantes de los pueblos indígenas, en donde surgió una declaración que, por un lado, proclamaba que la liberación de los pueblos indígenas debía ser gestada por ellos mismo para que fuera una verdadera; y por otro lado, responsabilizaba a los Estados el deber que tienen de «garantizar a todas las poblaciones indígenas el derecho de ser y permanecer ellas mismas, viviendo según sus costumbres y desarrollando su propia cultura por el hecho de constituir entidades étnicas específicas» (HURTADO 2001, 38).

Frente a estas aspiraciones tan loables, que daban forma a lo que sido conocido como corriente *indianista* (HURTADO 2001, 38), se unieron grupos de académicos y flamantes ONG internacionales, que desde el punto de vista político defendían y consideraban como viable la libre determinación de los pueblos indígenas. De este modo las justas reivindicaciones que planteaban las crecientes organizaciones indígenas<sup>162</sup> respecto del reconocimiento de su autonomía y libre determinación, que había les había sido negadas por haberles endosado la calidad de poblaciones indígenas y más no de pueblos

---

<sup>161</sup> Rodolfo Stavenhagen sobre este asunto señala que la izquierda política opinaba que la estructura capitalista era la que originaba el llamado *problema indígena* cuya solución estaba en la lucha de clases y la transformación revolucionaria del sistema. Por otro lado, los intelectuales orgánicos del Estado sostendrían que la situación deplorable de las comunidades indígenas se debía tanto a la marginación como a su poca adaptación al desarrollo. Apuntaban que la solución a este problema sería una acelerada aculturación por parte del Estado nacionalista. Ambas posiciones convergían en la inviabilidad de la subsistencia de las poblaciones como tales en el marco Estado nacional por ser obstáculo para el desarrollo (STAVENHAGEN 2000, 334).

<sup>162</sup> Las organizaciones indígenas, según Xavier Albó, comenzaron a crecer desde la década de los pasados años 80. Pasaron de constituir organizaciones locales a formar organizaciones más complejas como son: la Confederación de Nacionalidades Indígenas de la Amazonía Ecuatoriana (Confeniae, 1980), la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep, 1980-1981) y la Confederación Indígena del Oriente Boliviano (Cidob, 1982). Fueron también los primeros en coordinarse más allá de los tres países, sobre todo a través de la Coordinadora Indígena de la Cuenca Amazónica, (Coica, 1984), que abarca además a Colombia, Brasil, Venezuela y a las Guayanas» (ALBÓ 2011, 136).

indígenas, hizo que sus demandas sean tratadas por el Comité Especial de la ONU —más conocido como el Comité de los 24—, creado en 1961 con el fin de contribuir a la descolonización en el mundo y fomentar el derecho de la autodeterminación de los pueblos, mediante la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales.

Sin embargo, este Comité ante el desconocimiento del alcance de la Declaración apelada, e ignorando si los colectivos indígenas pudieran ser considerados como *pueblos* cuando el Convenio 107 solamente se los reconocía como poblaciones, dirigió sus demandas a la Subcomisión para la Prevención de Discriminaciones y la Protección a Minorías, que era un órgano subsidiario de la Comisión de Derechos Humanos, para que emitiera un informe que permitiese aclarar el asunto.

Es así, que trasladado el asunto a la Subcomisión se solicitó al relator José Martínez Cobo que realizara un estudio sobre la problemática planteada. Cuestión que por la trascendencia y los alcances que involucraba, se extendió por varios años. Años en los que algunas organizaciones indígenas llegaron a «las Naciones Unidas para cabildear por su causa dentro del marco de los mecanismos de derechos humanos [de] la Comisión de Derechos Humanos (STAVENHAGEN 2010, 144).

Sin embargo, no sería hasta 1983 en que el relator proporciono en la elaboración de su informe, la primera definición sobre pueblos indígenas, algo que resultó ser sumamente trascendente porque marcó un punto de inflexión en el proceso de reconocimiento de los pueblos indígenas como actores políticos y como sujetos de derechos (BURGUETE 2010, 68-72), toda vez de que al producirse un cambio en la concepción que se tenía de ellos en los ámbitos nacionales e internacionales, permitió que estos fueran reconocidos en los escenarios institucionales como sujetos colectivos de derechos, como pueblos con plena capacidad para practicar la libre determinación.

Esta situación condujo a que en el año 1986 se realice una reunión del Consejo de Administración de la OIT, con la asistencia de una Comisión de Expertos a fin de que se debatiera sobre la permanencia del Convenio 107 de la OIT. La conclusión a la cual se arribó fue que a tres décadas de la formulación de del Convenio 107 sus proclamas se habían vuelto perjudiciales,

debido a que el ideal proteccionista contenido en el convenio incidía de forma negativa en la integración de los indígenas a la sociedad dominante, pues era promovido a costa de la renuncia de los aspectos esenciales de su identidad, lo que deparaba sino se tomaba en serio el asunto, el desaparecimiento de los pueblos indígenas.

### 3.2 El Convenio 169 de la OIT como ruptura del asimilacionismo

En el año de 1989, bajo un exiguo número y un débil protagonismo de las organizaciones indígenas<sup>163</sup>, el Convenio 107 es sustituido por el Convenio 169 de la OIT *sobre pueblos indígenas y tribales*, en una votación en la que se tuvo el apoyo de 328 votos a favor, 1 en contra y 49 abstenciones.

El nuevo Convenio 169 al alejarse del pernicioso ideal que entrañaba el Convenio 107, se constituyó en el más valioso instrumento jurídico de reconocimiento de los derechos indígenas (REY 2014, 63), que incluso hasta el día de hoy por las transformaciones que éste ha conseguido en los territorios de los Estados que han ratificado el Convenio<sup>164</sup>, se lo mira como un hito histórico que extendió el derecho de los pueblos indígenas a *existir*.

El efecto vinculante que el Convenio 169 tiene sobre los Estados, *pacta sunt servanda*, ha hecho que estos adecuen sus legislaciones y adopten medidas concretas tendientes a reconocer, al menos mínimamente, los derechos contenidos en las normas de carácter general que tiene el Convenio, las cuales conjugan algunas de las aspiraciones que tienen los pueblos indígenas y que según el preámbulo del mencionado instrumento internacional se direccionan entorno a «asumir control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven» (OIT 2009, 187).

---

<sup>163</sup> Pese a ser los interesados y beneficiarios de lo que en la oficina de Ginebra se trataba solamente figuraron algunas organizaciones tales como «el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas, el Consejo Indio de Sudamérica, la Conferencia Circumpolar Unit, el Consejo Internacional de los Cuatro Vientos, la Coordinadora de las Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica, y el Consejo Nórdico» (M. GÓMEZ 2006, 135).

<sup>164</sup> Actualmente el Convenio 169 de la OIT se encuentra ratificado por 20 países: «Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, Fiji, Guatemala, Honduras, México, Nepal, Países Bajos, Noruega, Paraguay, Perú, España y Venezuela» (BERRAONDO 2013, 194).

Ahora bien, con el objeto de alcanzar los propósitos plasmados en el convenio, los órganos de control de la OIT se han encargado de realizar un seguimiento permanente a las adecuaciones hechas por los Estados parte. Pues luego de la ratificación del Convenio, los Estados se obligan a enviar una memoria pormenorizada explicando las actuaciones y los resultados obtenidos respecto de cada uno de los artículos del Convenio, dando lugar así a que la OIT prosiga en el seguimiento de los compromisos adquiridos mediante la solicitud de informes<sup>165</sup> anuales que den cuenta del cumplimiento de la convención, entrando en juego aquí los mecanismos de presión diplomática indirecta, consistentes en hacer pública la lista de los Estados miembros que incumplen lo convenido lo cual a ojos de la comunidad internacional ya constituye una sanción en sí misma (M. GÓMEZ 2006, 134).

A diferencia del Convenio 107, que conceptualizaba a los pueblos indígenas como poblaciones indígenas y que proponía una integración de estas a las áreas civilizadas o modernas, el Convenio 169 se caracteriza por reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas en todo el articulado que se encuentra debidamente estructurado en diez partes: I.- Política General; II.- Tierras; III.- Contratación y condiciones de empleo; IV.- Formación profesional, artesanía e industrias rurales; V.- Seguridad social y salud; VI.- Educación y medios de comunicación; VII.- Contactos y cooperación a través de las fronteras; VIII.- Administración; IX.- Disposiciones generales; X.- Disposiciones finales.

Hay que notar que al ser tan amplio el número y las características propias que tiene cada pueblo el Convenio 169, al igual que la hace la Declaración del 2007<sup>166</sup>, evita dar una definición universal del término: *pueblos indígenas* y opta por describir a los pueblos que entrarían a tener cobertura del Convenio. En este contexto se ubica el art. 1.1 que deja plasmado la existencia

---

<sup>165</sup> El sistema de supervisión de la OIT establece que los Estados deben informar a este organismo sobre la implementación de los convenios ratificados, no solamente indicando si las leyes nacionales cumplen con el Convenio sino informando lo que se ha hecho para garantizar que el convenio tenga un impacto a nivel práctico.

<sup>166</sup> Aunque en el preámbulo de la Declaración se haga referencia a determinadas características atribuidas comúnmente a los pueblos indígenas, no llega hacer una definición del término «*pueblos indígenas*» es más en el art. 33.1 de la Declaración se establece que: «Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones [...]»

de ciertos elementos objetivos y subjetivos que en conjunto dan una idea de lo que comprenden los pueblos indígenas. Así, objetivamente se considera que los pueblos indígenas están conformados: por un origen histórico que se retrotrae a los tiempos de la conquista o la colonización; por una conexión territorial que se funde con la de sus ancestros; por la conservación de todas o parte de sus instituciones sociales, culturales y políticas. Así mismo complementando a los criterios objetivos, el art. 1.2 considera al principio de autoidentificación indígena como criterio subjetivo de fundamental importancia para el reconocimiento de los derechos plasmados en el Convenio, toda vez de que la conciencia de identidad habilita la aplicación de las disposiciones del Convenio (OIT 2009, 10).

Por otra parte, el Convenio 169 de la OIT al ser una norma de naturaleza laboral si bien toma en cuenta la vulnerabilidad laboral de los indígenas y con ella las condiciones que son necesarias para su integración en éste ámbito, no descuida el atender otros aspectos que se relacionan con la mejora de las condiciones de vida, salud, educación e incluso la capacidad de asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida mediante sus formas de organización y de administración de justicia.

A este respecto, es preciso señalar que la administración de justicia originaria que se la concibe como un derecho que tienen los pueblos indígenas para la solución de sus conflictos mediante la aplicación de sus normas y procedimientos propios, ante sus autoridades y frente a cualquier asunto que se presente en sus territorios. Pues, como bien señala Raquel Yrigoyen, las prescripciones contenidas en el articulado del convenio que reconocen la jurisdicción indígena no se limitan a conflictos civiles de ínfima cuantía, sino que involucra también los asuntos de naturaleza penal, donde el límite contenedor de ese poder punitivo se halla circunscrito a la no vulneración de los derechos humanos (YRIGOYEN 1999, 33).

En este contexto, el Convenio 169 de la OIT establece en el artículo 8.1 que al aplicarse las leyes nacionales a los pueblos indígenas se tomaran en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. Además el artículo 8.2 menciona que los pueblos indígenas les asiste el derecho a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que no sean

incompatibles con el sistema jurídico nacional y los derechos humanos internacionalmente reconocidos, en el artículo 9.1 la posibilidad de aplicar métodos de control social propios de los pueblos indígenas cuando sean sus propios miembros quienes cometan delitos, respetando los derechos humanos reconocidos en el orden interno e internacional. El artículo 9.2 por su parte establece que las autoridades ordinarias en asuntos penales «deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia». Finalmente, el artículo 10.1 señala que en los casos de imposición de sanciones penales fijadas en el ordenamiento oficial deberán tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales del indígena inculcado, prefiriéndose en todo caso al imposición, según el artículo 10.2, de sanciones distintas a la del encarcelamiento con lo cual se deja por sentado el principio de favorabilidad penal para los indígenas<sup>167</sup>.

### **3.3 La Declaración de las NU sobre los Derechos de los pueblos indígenas**

Un hito muy trascendente en el reconocimiento de los derechos indígenas ocurrió en el año 2007. Luego de más de veinticinco años «de debates ideológicos, negociaciones diplomáticas, geopolítica, intereses de diversos grupos y relaciones personales» (STAVENHAGEN 2010, 145), la Organización de Naciones Unidas durante el sexagésimo primer período de sesiones de la Asamblea General adoptó la Declaración sobre los Derechos de Pueblos Indígenas (DNU DPI), contando con ciento cuarenta y cuatro votos a favor, cuatro votos en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos de América) y once abstenciones (Azerbaiján, Bangladesh, Bután, Burundi, Colombia<sup>168</sup>, Georgia, Kenia, Nigeria, La Federación Rusa, Samoa y Ucrania) (KREIMER y FIGUEROA 2008, 11).

---

<sup>167</sup> Una síntesis de las normas de este convenio se puede apreciar en lo dicho por la Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP, donde enfáticamente se señala que «[...] la justicia penal ordinaria, en el conocimiento de casos que involucren a ciudadanos indígenas, y en cumplimiento de la Constitución y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, particularmente el Convenio 169 OIT, de manera obligatoria y en todas las fases procesales tendrá en cuenta sus particulares características y condiciones económicas, sociales y culturales, y especialmente, al momento de sancionar la conducta, el juez o jueces deberán de perseverar en dar preferencia a tipos de sanción distintos al encarcelamiento, coordinando con las principales autoridades indígenas concernidas en el caso».

<sup>168</sup> Lastimosamente Colombia fue el único país latinoamericano que se abstuvo de



El fundamento de esta Declaración estaría marcado por la urgente necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas que han sido menoscabados a causa de la colonización y enajenación de sus tierras, territorios y recursos. Sin embargo, la Declaración no crea nuevos derechos, sino que solamente dispone que los derechos existentes sean también aplicables para los pueblos indígenas.

Es así que la Declaración en su art. 3 reafirma el derecho que tienen los pueblos indígenas a la libre determinación, por entender que solamente en función de éste los pueblos indígenas podrán tener las condiciones necesarias para su desarrollo político, económico, social y cultural conforme a sus tradiciones y costumbres propias. Concordante con el reconocimiento de la libre determinación, se considera ineludiblemente el derecho que tienen los pueblos indígenas de ejercer la capacidad de autonomía o autogobierno en aquellas cuestiones vinculadas con sus asuntos internos o locales. Por lo cual en los arts. 4 y 5 se resalta tanto la necesidad de disponer de medios para financiar sus funciones autónomas como el de conservar y reforzar sus propias instituciones que faciliten dichas funciones.

El art. 8 desarrolla de forma específica los lineamientos mínimos que aseguran el desarrollo de los pueblos indígenas. Reconociendo el derecho que estos tienen a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura, atribuyendo a los Estados el deber de prevenir dichos actos mediante los mecanismos que fueran eficaces para dicho fin. Por su parte el art. 18 y 19 señalan el derecho que tienen los pueblos indígenas de participar y ser consultados, especialmente respecto de la adopción de decisiones que afecten a sus derechos. Debiendo ser estos consultados antes de adoptar y aplicar cualquier tipo de medidas que afecten a sus derechos.

Así mismo, en su art. 27 la Declaración al enfocarse en el proceso de interculturalidad y fomento del pluralismo jurídico entre el Estado y los pueblos

---

pronunciarse a favor de este instrumento internacional declarativo de derechos humanos. Fue un craso error que en el año 2009 llevarían al gobierno colombiano, arrepentido, a dirigirse formalmente a diversas instancias de las Naciones Unidas (Secretario General, Consejo de Derechos Humanos y Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas) para desdecirse de su equivocada postura y señalar su cambio de posición hacia el respaldo de dicha Declaración. Tras esto la Corte Constitucional de Colombia, en sus Sentencias T-001/2012 y T-866/2013, ha referido que la DNUDPI constituye un *criterio de interpretación* del ordenamiento jurídico colombiano (ROA 2014, 105).

indígenas señala que los Estados deberán establecer los mecanismos que permitan reconocer debidamente las leyes, tradiciones, costumbres, sistemas de tenencia de tierras, territorios y recursos que tradicionalmente los pueblos indígenas de alguna forma han poseído u ocupado. Debiendo para ello aplicar un proceso que sea equitativo, independiente, imparcial, abierto, y transparente; y en el cual los pueblos indígenas tendrán el derecho de participar.

Por su parte los arts. 33, 34 y 35 fomentan los elementos básicos de interculturalidad jurídica al asegurar la necesidad de que se respete la determinación de las estructuras institucionales propias de cada comunidad, las cuales aplicando sus costumbres o sistemas jurídicos tienen el derecho de determinar la responsabilidad de los individuos para con sus comunidades.

Con la Declaración se pone fin a años de negociaciones y discusiones entre gobiernos y los pueblos indígenas como principales interesados. El paso decisivo para el reconocimiento de los derechos relacionados como: la libre determinación; la continuidad histórica; los derechos colectivos e individuales; la identidad cultural; la educación; el empleo; la participación y consulta; el consentimiento libre, previo e informado; el derecho a las tierras territorios y recursos; derechos a procedimientos justos; derechos a gozar de todos los derechos humanos, y otros más que: a pesar de no establecer «de hecho ningún nuevo derecho o libertad que no existiera ya en otros instrumentos de derechos humanos de la ONU» (STAVENHAGEN 2010, 146), representan un gran logro histórico, por haber aportado a la comunidad internacional un marco común sobre el cual los Estados están llamados a adecuar sus legislaciones muy a pesar de que este no sea un instrumento legalmente vinculante, pues de lo contrario la Declaración quedaría como un gesto de buena voluntad<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> La falta de interés respecto de los derechos que recoge esta Declaración se hizo notar en la Sentencia N° 0022-2009-PI/TC del Tribunal Constitucional de Perú, pues este «estableció que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas era parte del *soft law* o derecho blando, y que por lo tanto tal no era obligatorio» (YRIGOYEN 2013, 100). Desconociéndose que aunque la Declaración no tenga el carácter vinculante, como los tratados, ésta debe de ser respetada y aplicada conforme lo señala el art. 42 del mismo instrumento, que cita: «Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia».

#### 4 Reconocimiento constitucional y penal del derecho indígena en los países andinos

La ratificación del Convenio 169 por parte de los Estados andinos permitió que éstos, reparando las injusticias pasadas y superando la idea decimonónica del Estado-nación, se sujeten a las premisas recogidas dentro de los instrumentos internacionales y reconozcan en sus Cartas políticas algunos derechos que son fundamentales para los pueblos indígenas y que, así mismo, eran distintos a los derechos colectivos tradicionalmente reconocidos a otros grupos humanos<sup>170</sup>.

Para esto, las reformas Constitucionales llevadas en la década del 1990 por los distintos países andinos, utilizan el verbo *reconocer* como una forma de señalar la preexistencia del derecho consuetudinario o indígena, como realidad socio-cultural que ha sobrevivido y mantenido instituciones ancestrales en la cotidianidad de la vida colectiva. Por ello es que se enfatiza que las «[...] declaraciones constitucionales nada inventan, [solamente] trasladan a la Carta Magna hechos y situaciones propios de nuestra realidad que en el pasado, si bien conocidos e interpretados antojadizamente por los que controlaban el poder político, no “merecieron” constar en la Constitución» (MALO 2002, 16).

Raquel Yrigoyen, por su parte señala que los distintos aspectos que las Constituciones han reconocido respecto de los derechos de los pueblos indígenas, son susceptibles de ser agrupados dentro de tres grupos fundamentales de los cuales se derivan el conjunto de derechos que hacen que las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas surjan como una entidades colectivas que tiene vida e instituciones propias.

La autora peruana señala que estos grupos de reconocimiento son: 1) el reconocimiento del carácter pluricultural de la Nación y el Estado, del que se desprende el reconocimiento de la pluralidad lingüística y jurídica; 2) el reconocimiento del carácter de pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos; y 3) el reconocimiento de la vigencia del derecho indígena o

---

<sup>170</sup> La Corte Constitucional de Colombia, en la sentencia T-380/93, precisó esta diferencia apuntando de que: «[l]os derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos».

consuetudinario que otorga validez jurídica a las decisiones comunitarias y estatus de derecho público (YRIGOYEN 2000).

Con estas referencias se puede apreciar que hay un claro reconocimiento de la pluriculturalidad y la multiétnicidad de las sociedades que conforman los Estados andinos. Para Rodolfo Stavenhagen, éste reconocimiento ha alterado el tradicional desconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en los textos constitucionales, al punto de que hoy puede hablarse de la existencia de un *constitucionalismo pluralista*, en el que los pueblos indígenas han dejado de ser objetos de políticas para ser sujetos políticos, porque el Estado-nación naufragó y en vez de este surgió otro que ante la diversidad étnica y cultural de su gente reconoce «el derecho individual y colectivo a la propia identidad, y el reconocimiento del pluralismo jurídico» (STAVENHAGEN 2008, 30).

## 5 La conformación de la diversidad cultural

A decir de Will Kymlicka, la diversidad de los grupos étnicos existentes en todo el mundo, es producto de procesos históricos particulares. Señala que pueden darse distintas formas de acomodación o de incorporación de la diversidad cultural dentro de los Estados. De esta manera distingue entre Estados multinacionales, donde la diversidad cultural surge de la incorporación de culturas que anteriormente poseían autogobierno y estaban concentradas territorialmente en un Estado mayor, y los Estados poliétnicos, donde la diversidad cultural surge de la inmigración individual y familiar.

De esta manera distingue entre las minorías nacionales y los grupos étnicos. Siendo las minorías nacionales aquellas sociedades que antes de ser incorporadas voluntaria o involuntariamente a una comunidad política, disfrutaban de autogobierno; mientras que los grupos étnicos, por el contrario, serían el resultado de la emigración bien sea familiar o individual.

Destaca que de estas formas de incorporación se desprende una de las características más distintivas de las minorías nacionales la cual es el deseo de seguir manteniendo su identidad como naciones distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte, como ocurre con los pueblos indígenas pues estos recurrentemente reivindican el derecho a la libre determinación

debido a que este derecho es frecuentemente incumplido a pesar de estar reconocido en instrumentos internacionales y en las propias constituciones de los países andinos. Cosa que no ocurre con las poblaciones de inmigrantes que normalmente desean ser en los países de acogida integrados en la sociedad que forman parte como miembros con pleno derecho de la misma, sin pretender un reconocimiento o un estatus jurídico diferenciado del de la mayoría (KYMLICKA 1996, 25-26).

Bajo esta perspectiva el autor canadiense planteaba que se deben proteger a las minorías mediante derechos diferenciados en función del grupo, lo cual significaba ampliar la teoría de los derechos individuales mantenida por el liberalismo. La solución que a su tiempo planteaba Kymlicka era la reforma de las constituciones y reconocer determinadas preferencias legales y ciertos derechos diferenciados que permitan a los grupos considerados como minoritario mantener su identidad cultural.

Surge así lo que ha venido a llamarse el reto del multiculturalismo, pues no es menor el desafío que representa integrar unas formas de vida plenas dentro de otras, sin que las sociedades mayoritarias impongan sus instituciones a quienes pertenecen a una cultura diferente. La tarea es compleja y de difícil aplicación, pues como se ha observado en la región andina el denominado reto del pluralismo ha sido un ideal que no ha encontrado un asiento en la realidad por la carga histórica que trae a cuestas. Debido a que desde la independencia de los países andinos la cultura mestiza se convirtió en hegemónica y los pueblos indígenas que afrontaron los procesos de colonización han mantenido, con ligeras variaciones, la etiqueta de su infravaloración. Por tal motivo esta particular convivencia intercultural lejos está de ser un idílico y pacífico proceso de interrelación entre culturas diferentes que tratan de enriquecerse mutuamente.

La superposición de una cultura dominante frente a otra dominada desencadena continuas discrepancias que terminan generando conflictos que rompen esa vinculación intersubjetiva que se mantienen en la esfera privada, pasando al campo público dominado por el *ius puniendi* estatal. Es por ello que desde la creación de los códigos penales latinoamericanos el sistema de justicia ordinario se ha ocupado de las discrepancias que involucran a los

miembros de los pueblos indígenas. Observándose en la actualidad un incremento de la acción de las agencias ejecutivas del sistema penal en los casos en que se involucran indígenas, debido a que estos si otrora estaban asentados en las periferias de las ciudades debido a la segregación social a la que históricamente han estado sometidos, en la actualidad la movilidad humana y la necesaria búsqueda de un mejor nivel de vida ha ocasionado que gran número de integrantes de estos pueblos se trasladen desde el campo hacia los centros urbanos de las distintas ciudades, donde si bien se han integrado a la sociedad mayoritaria estos en muchos de los casos no han dejado de recrear su cultura.

### 5.1 Colombia

El caso de Colombia es significativo, debido a que al mismo tiempo que se ratificaba el Convenio 169 de la OIT también se ultimaban los aspectos que habrían de reconocerse a los pueblos indígenas en la Constitución de 1991. Es así que Colombia, en esa atmósfera indígena, fue el primer país latinoamericano que elaboró un instrumento jurídico comprometido con la defensa de los derechos de los pueblos indígenas a pesar de no contar con una población porcentualmente significativa ya que estos apenas representaban el 2% de la población del país, cosa que a decir de Frank Semper, facilitó para que la Asamblea Constituyente sin mayores inconveniente accediese a reconocerles algunos derechos (2006, 762), naciendo así un nuevo paradigma constitucional en esa nación.

En efecto, con la nueva constitución colombiana de 1991 se recocería cinco grandes cambios que tendrían reveladoras repercusión en los pueblos indígenas: 1) el paso de un *Estado de Derecho* a un *Estado Social de Derecho*; 2) el reconocimiento de un sujeto colectivo de derecho; 3) el paso de un Estado monocultural a uno multicultural y pluriétnico; 4) el trato distinto por la consideración de pueblos distintos (oficialidad de la lengua en sus territorios, jurisdicción, circunscripción electoral especial, entre otros); y 5) la introducción del amparo o tutela de derechos fundamentales de los sujetos individuales como también de los sujetos colectivos (E. SÁNCHEZ 2005, 228).

El registro de estos trascendentales cambios fue resultado de una adecuada lectura que los constituyentes hicieron de la realidad colombiana<sup>171</sup>, pues la falta de voluntad política había determinado que sean casi dos siglos que tengan que pasar para que desde las esferas del poder comprendan que en el seno de los Estados existían, todavía, minorías étnicas que seguían siendo victimizadas e invisibilizadas por las relaciones excluyentes del poder.

Dentro de los temas importantes que contempla la Constitución Política de Colombia de 1991, destacan los que tratan sobre el reconocimiento de la diversidad étnica así como los distintos campos en que esta se puede expresar tales como: la educación, cultura, territorio y ordenamiento territorial, participación política, participación económica y la administración de justicia conforme a sus normas y procedimientos propios. Cabe señalarse que la relevancia del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural que hace la Constitución Política de Colombia, no reside solamente en el hecho de que este se encuentre plasmado en la norma de normas, sino en el hecho de que sistemáticamente este haya sido registrado dentro del título de los principios fundamentales, puesto que así la diversidad étnica y cultural deben ser aplicadas con especial preferencia por parte de los operadores jurídicos. De ahí que varios artículos de la Carta Constitucional colombiana reconocen y protegen la diversidad étnica y cultural que se encuentra establecida con gran precisión en el art. 7, así el art. 8 que hace alusión a la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación; el art.10 que señala el uso oficial de las lenguas y dialectos indígenas en sus territorios; el art. 13 consagra el derecho a la igualdad y señala la obligación de adoptar medidas especiales, diferenciación positiva, para la atención de sectores discriminados o marginados como es el caso de los pueblos indígenas; el art. 63 otorga el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables de las tierras de resguardo; el art. 68 garantiza el derecho de los grupos étnicos de recibir una enseñanza educativa que respete y desarrolle su identidad cultural; el art. 70 señala que la cultura es fundamento de la nacionalidad; el art. 72 establece la

---

<sup>171</sup> Entre los constituyentes que participaron en la aprobación del texto constitucional estuvieron dos indígenas: Lorenzo Muelas y Francisco Rojas Birry, (ROA 2014, 103), los mismos que habrían alcanzado sus escaños tras el «proceso de paz que condujo a la desmovilización del grupo guerrillero *Quintín Lame* de origen indígena» (SOTOMAYOR 1996, 93).

protección del patrimonio cultural de la Nación; el art. 96 confiere la doble nacionalidad para los indígenas de zonas de frontera; el art. 171 implanta la participación de los indígenas en el Senado de la República; el art. 176 plantea la posibilidad de que los grupos étnicos y las minorías puedan participar en la Cámara de Representantes; los arts. 286 y 287 al igual que el art. 329 mencionan que los territorios indígenas son entidades territoriales<sup>172</sup> y que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable; los arts. 329 y 330 señalan que las entidades territoriales indígenas —que están a la espera de la expedición de la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial—, estarán gobernados por consejos y reglamentados según sus usos y costumbres; el artículo 357 da participación de los resguardos indígenas en los ingresos corrientes de la Nación, y finalmente el artículo transitorio 56 que facultó al gobierno para dictar normas relacionadas con el funcionamiento de los territorios indígenas.

En cuanto al reconocimiento de la jurisdicción indígena, entendida como la facultad de administrar justicia que tienen las autoridades indígenas, la Constitución de 1991 establece un mayor reconocimiento de la autonomía de las comunidades indígenas, intentando con ello acabar con los modelos paternalista, tutelares y asimilacionista que el derecho nacional había implementado para su tratamiento. Es así que la Constitución colombiana dando nuevos bríos a las comunidades indígenas en su capítulo V, dentro de las jurisdicciones especiales, señala de manera expresa la facultad de administrar justicia que tienen las autoridades indígenas, al decir en su artículo 246:

«Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional».

---

<sup>172</sup> Conforme a la Sentencia T-257/93 de la Corte Constitucional, las entidades territoriales pueden ser de tres clases: 1) resguardos ordinarios o simplemente resguardos; 2) resguardos con rango de municipio para efectos fiscales; y 3) entidades territoriales indígenas (R. ARIZA 2013, 113).



El reconocimiento de la pluralidad jurídica, que por siglos estuvo presente pero a la sombra del ordenamiento jurídico<sup>173</sup>, hoy permite vislumbrar algunos elementos específicos que componen a la jurisdicción especial indígena. A este respecto la Corte Constitucional ha señalado que existen cuatro elementos esenciales que delimitan el contenido y alcance de la jurisdicción indígena en el ordenamiento constitucional: 1) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas; 2) la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios; 3) la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley; y 4) la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional<sup>174</sup>.

Con esta apreciación la Corte reconoce que en los dos primeros elementos está contenida facultad no solo jurisdiccional sino legislativa que tienen los pueblos indígenas a través de sus autoridades, para aplicar y sobre todo crear o adaptar sus normas y procedimientos propios, cuestión que en definitiva conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas. En cambio los dos elementos siguientes hacen referencia, tanto a los mecanismos de integración entre los diferentes sistemas de justicia indígena con el sistema judicial nacional, como también a la potestad que tienen los legisladores para establecer los criterios de coordinación entre las distintas jurisdicciones.

Es de señalarse que los mecanismos de integración y de coordinación que demandaba el reconocimiento del derecho indígena no se han dado como se hubiera esperado. La diversidad cultural reconocida en la Constitución no encontró un adecuado reflejo en el Derecho penal como rama del ordenamiento jurídico que desde su codificación ha servido para asimilar a los

---

<sup>173</sup> La práctica indica que los pueblos indígenas han ejercido la jurisdicción indígena veladamente desde los tiempos mismos de la conquista hasta nuestros días. Sin embargo, en Colombia resalta el caso de la Ley 89 de 1890 la cual, sin perjuicio de las disposiciones de las leyes de Burgos y algunos de decretos dictados por Simón Bolívar, puede considerarse como el primer instrumento que reconoció el derecho de los indígenas de administrar justicia en sus territorios, pues en el derogado art. 5 se disponía que: «Las faltas que cometieren los indígenas contra la moral, serán castigadas por el Gobernador del Cabildo respectivo con penas correccionales que no excedan de uno o dos días de arresto». No obstante, hay que señalar que en la sentencia T-266/99, la Corte Constitucional colombiana dejó en claro que formalmente el derecho a la jurisdicción indígena comienza con la Constitución de 1991.

<sup>174</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C- 139/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.

pueblos indígenas que eran tenidos sociedades inferiores. Es de recordar que el Código penal colombiano de 1936 establecía que los indígenas eran inimputables en razón de sus características psicológicas y sociales, afirmando que la pertenencia a las comunidades históricamente oprimidas, era un elemento determinante para que el indígena no pudiese comprender la ilicitud de las conductas prohibidas.

No obstante, aunque actualmente el Código Penal colombiano no contemple en los mismos términos la inimputabilidad del indígena, todavía dentro del catálogo de causas de exclusión de la culpabilidad se señala que es inimputable quien al momento de ejecutar un injusto penal, por cuestiones de diversidad sociocultural no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión (art.33). Aspecto que con otros términos vuelve a colocar en una condición de inferioridad a los indígenas pues estos son declarados nuevamente como inimputables debido a una incapacidad de comprensión derivada de su cultura. Ésta causal de inimputabilidad fue malamente acompañada con la imposición de una medida de seguridad que consistía en la reintegración a su medio cultural (art. 73), referencia que con posterioridad fue justamente declarada inexecutable<sup>175</sup>.

Por otro lado, la vigencia de dos jurisdicciones simultáneas determinó que el Código de Procedimiento Penal de 2000 con sus posteriores modificaciones, exceptúe de la jurisdicción penal ordinaria los casos en los que la jurisdicción indígena haya tomado conocimiento a través de sus autoridades, las cuales solamente pueden ejercer sus funciones jurisdiccionales dentro su ámbito territorial y conforme a sus propias normas y procedimientos, los cuales no podrán ser contrarios a la Constitución y a las leyes.

## 5.2 Perú

En la misma línea del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, la Constitución peruana de 1993 representa una ruptura con el ideario de Estado homogéneo, pues en el art. 2.19 abandona la definición monocultural precedente y apuntala el carácter pluriétnico y pluricultural de la nación, elevando a la categoría de derecho fundamental de las personas el

---

<sup>175</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370/02, MP. Eduardo Montealegre Lynett.

derecho a la identidad étnica, de los cuales se desprende el derecho de usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete.

El art. 17 establece la obligatoriedad y gratuidad de la educación con el objeto de garantizar la erradicación del analfabetismo, fomentando la educación bilingüe e intercultural, respetando las diversas manifestaciones culturales y lingüísticas de un país que, según el art. 48, tiene como idiomas oficiales el castellano y, en las zonas donde predominen, también lo son el quichua, el aimara y las demás lenguas aborígenes que se encuentran en un acelerado proceso de desaparición como indicadores de cohesión y producción cultural (BRANDT y VALDIVIA 2006, 44).

El art. 89 es una muestra de la superación del integracionismo político que pervivía y que colocaba en rango de superioridad a la cultura hegemónica en detrimento de las culturas originarias que eran vistas como necesitadas del paternalismo oficial para conseguir su desarrollo cultural. En este sentido es que se puede interpretar la Constitución de 1979 que al final del art. 161 señalaba que «[e]l Estado respeta y protege las tradiciones de las Comunidades Campesinas y Nativas. Propicia la superación cultural de sus integrantes» en comparación con el art. 89 de la actual Constitución que, aunque no recoge el carácter inembargable de las tierras comunales, claramente establece que «[e]l Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas». Y es precisamente bajo la denominación de Comunidades Campesinas y Nativas<sup>176</sup> que la constitución, en el art. 149, reconoce la jurisdicción indígena<sup>177</sup>, facultando a las autoridades de esas comunidades a que con el apoyo de las Rondas Campesinas<sup>178</sup>,

---

<sup>176</sup> Dentro de la historia legislativa del Perú, la Ley de Reforma Agraria (Decreto Ley N° 17716) iniciada en 1969 por el General Juan Velasco Alvarado, fue la que rebautizó a las comunidades indígenas como *comunidades campesinas*, pero sin ocuparse en absoluto de las llamadas tribus selvícolas que continuaron siendo vistas como *salvajes*. No obstante, en 1974 con la promulgación de la Ley de Comunidades Nativas y de Promoción Agropecuaria de las regiones de Selva y Ceja de Selva (Decreto Ley N° 20653), es que recién se intenta un verdadero cambio, pues a partir de esta ley comienza el reconocimiento de la existencia legal y de personería jurídica de las tribus selvícolas que pasaron a llamarse como: *comunidades nativas*, y que es como hoy las reconoce la propia Constitución (BRANDT y VALDIVIA 2006, 56).

<sup>177</sup> Es de resaltar que en el Perú el reconocimiento de la jurisdicción indígena, se lo hizo sin que existiese representación indígena en el Congreso Constituyente del año 1992, por lo cual la iniciativa posiblemente más bien provino de las instituciones y ONGs que trabajaban con las organizaciones campesinas que propiamente de estas.

<sup>178</sup> Las rondas campesinas son grupos de comuneros que se organizan con el fin dar seguridad

ejerzan dentro de sus territorios las funciones jurisdiccionales, conforme a su derecho consuetudinario sin afectar los derechos fundamentales de las personas.

De esta manera el art. 149, aunque no sea del agrado de algunos<sup>179</sup>, reconoce tanto el ejercicio de la jurisdicción indígena, como la normatividad propia que tienen las comunidades y que es dinámica. Se puede decir, por lo tanto, que el reconocimiento de la justicia en el Perú no se encuentra limitado respecto de algunas prácticas culturales minoritarias, sino que su alcance<sup>180</sup> solamente estaría acotado por el respeto de los derechos humanos.

En lo que respecta a la legislación penal hay que reconocer que Perú es el único país que ha llevado al debate académico nuevas figuras penales que no existían y que son un referente a futuro de para los países de su entorno cultural. Son novedosos los cambios que han existido en un país que hasta no hace mucho tiempo se encontraba vigente el Código Penal de peruano de 1924 contenía normas que tipificaban el sometimiento y servidumbre de los indígenas, así como también contemplaba determinadas eximentes o atenuantes de las penas basadas en la diferenciación racial que se tejía sobre los indígenas de la sierra y de la selva, a los primeros se los tenía como semicivilizados mientras que a los de la selva como tribus selvícolas o de aborígenes salvajes. Con esta apreciación el art. 44, del referido código penal, estableció que «[t]ratándose de delitos perpetrados por salvajes, los jueces tendrán en cuenta su condición especial, y podrán sustituir las penas de

---

a los comuneros y que tienen también dentro de sus funciones la investigar las infracciones, aplicar sanciones y hacer cumplir las decisiones de la Asamblea General (CÓNDOR, ARANDA y WIENER 2010, 40).

<sup>179</sup> Así lo daba a entender en sus trabajos el penalista peruano José Hurtado, pues decía que «[...] el pluralismo jurídico (reconocimiento de derechos y medios de control a cada grupo cultural) significa el establecimiento de un Estado federativo o la vuelta al sistema de estatutos personales; comportaría un problema de repartición territorial con los riesgos de una balkanización y grandes dificultades prácticas para identificar a los miembros de los grupos culturales debido al mestizaje y a las inmigraciones internas» (1995, 160). Mientras que otros, como Raúl Carnevali, siguen apelando al principio de igualdad para deslegitimar el pluralismo jurídico señalando que «[...] no se comprende que en sociedades construidas democráticamente se establezcan especies de guetos o espacios cerrados que impidan toda integración» (2007, 26).

<sup>180</sup> Se debe mencionar que aunque se reconozca la jurisdicción indígena en el art. 149, el art. 139 se presta para decir que habría una aparente contradicción respecto de la naturaleza y alcance de la potestad jurisdiccional de las comunidades campesinas y nativas, en virtud de que en el art.139 se señala el principio de la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional del Estado, siendo las únicas excepciones la jurisdicción arbitral y la militar.

penitenciaria [...] por la colocación en una colonia penal agrícola, por tiempo indeterminado que no excederá de veinte años». Por su parte el art. 45 decía que:

«[...] tratándose de delitos perpetrados por indígenas semicivilizados o degradados por la servidumbre y el alcoholismo, los jueces tendrán en cuenta su desarrollo mental, su grado de cultura y sus costumbres, y procederán a reprimirlos, prudencialmente. Podrán, asimismo, en estos casos, sustituir las penas de penitenciaría [...] por la colocación en una colonia penal agrícola por tiempo indeterminado no mayor que el correspondiente al delito» (BRANDT y VALDIVIA 2006, 54).

Con los nuevos derroteros que en el derecho internacional se comenzaban a atisbar, la legislación fue orientándose hacia el respeto de los valores culturales derivados de la pluralidad étnica existente, como en efecto se dejó notar en el art. 15 del Código penal de 1991 que contempla la figura del error de comprensión culturalmente condicionado.

Este tipo de error, según el artículo en mención, permite eximir o atenuar la pena en función de la comprensión que el sujeto tenga respecto del hecho punible, esto quiere decir que si un sujeto se encuentra en una imposibilidad absoluta de comprensión será eximido de pena, mientras que si se encuentra su capacidad de comprensión tan sólo disminuida, la pena le puede ser atenuada.

A partir de aquí surgen las objeciones a este tipo de interpretación. Se acusa el hecho de que interpretarse de esa manera se estaría aplicando el error culturalmente condicionado conforme el grado de aculturización de los indígenas lo que sería una vuelta a los modelos unilineales de desarrollo. Por ello es que se propone que la interpretación del art. 15 se la haga sin perspectivas asimilacionistas y esto sería entendiendo que el mencionado artículo contienen, por un lado, el error de comprensión culturalmente condicionado, y por el otro la conciencia disidente.

En el caso de error de comprensión culturalmente condicionado estaría excluida la culpabilidad, mientras que para el caso de conciencia disidente procedería una disminución de la culpabilidad y por ende de la sanción penal. La justificación para esta distinción entre error y conciencia disidente estaría dada por la presencia de los términos *cultura* y *costumbre* que contiene el

mencionado artículo. Así lo considera Luis Francia, pues para este autor ambos términos entrañan cuestiones diferentes que son precisamente las que configurarían una u otra figura respecto del hecho punible. Así el término cultura señalaría a la imposibilidad de comprensión de la norma penal, mientras que el término costumbre estaría vinculado a desobediencia de la norma penal, lo que le lleva a sostener que:

«Cuando el artículo 15 señala que quien por sus costumbres comete un hecho delictuoso, sin poder comprender totalmente que dicho acto es un delito, cuando su capacidad de comprensión se halla solamente disminuida, estaremos ante el supuesto de la conciencia disidente y de acuerdo al mismo artículo 15 solamente se atenuará la culpabilidad y la sanción penal [...] Cuando el mismo artículo señala que quien por su cultura no puede comprender el carácter delictuoso de su acto, estaremos ante el supuesto del error de comprensión culturalmente condicionado; en este caso se eliminará la culpabilidad y la sanción penal» (FRANCIA 1993, 512).

Finalmente, pasando de las interpretaciones que se dan al error culturalmente condicionado —como lo han hecho los proyectos de reforma del Código penal de los años 2004 y 2009 que no han modificado la mencionada figura (HURTADO 2012, 159)—, es preciso referir también el Código Procesal Penal peruano, en su art. 18.3, hace referencia a los límites de la jurisdicción penal ordinaria, señalando que esta no es competente para conocer los hechos punibles surgidos en los territorios donde tienen jurisdicción las comunidades campesinas y nativas.

### 5.3 **Bolivia**

De forma similar, a lo que habían establecido las Constituciones de Colombia y de Perú, Bolivia se embarcó en el horizonte del constitucionalismo pluralista. Es así que luego de tres años de que este país ratificara el Convenio 169 de la OIT, se produjeron reformas constitucionales que intentaron en alguna medida, incorporar la normativa internacional al plano nacional en lo que respecta a los derechos fundamentales de los pueblos indígenas.

Efectivamente con la Constitución Política del Estado de 1994, que vino a reformar a la Constitución de 1967 y que igual que sus predecesoras no reconocía el carácter heterogéneo de la estructura social boliviana, se da comienzo al reconocimiento de algunos derechos conforme al origen

multiétnico y pluricultural<sup>181</sup> que pasaba a tener el Estado boliviano y entre los cuales estaban: el carácter de sujetos políticos de las comunidades indígenas y campesinas; el derecho al control de sus instituciones sociales, políticas y culturales; el reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa, así como también el reconocimiento del ejercicio de funciones de administración y aplicación de normas propias a través de las autoridades naturales de las comunidades indígenas cuando estas no contradigan a la Constitución y las leyes<sup>182</sup>. Y fueron precisamente las leyes secundarias las que limitarían enormemente la aplicación de los mandatos constitucionales, puesto que la fijación de los lineamientos básicos de la política indígena lo hicieron las leyes secundarias —leyes de Participación Popular (1994), de Reforma Educativa (1994), del Servicio Nacional de Reforma Agraria (1996) y el Código de Procedimiento Penal— lo cual condujo a que pese al reconocimiento de la diversidad cultural exista una aplicación muy limitada.

Sin embargo, el 25 de enero de 2009, a través de referéndum se aprobó un nuevo texto constitucional que da un cambio paradigmático a la forma del Estado boliviano, pues desde su promulgación ocurrida el 7 de febrero de 2009, se sientan las bases jurídicas para la construcción de una sociedad más incluyente que permita, en un plano de igualdad, la integración material de los pueblos indígenas a la estructura social, económica, política y cultural del Estado, generando una ruptura con la exclusión y marginación que históricamente ha acompañado, en todos esos ámbitos, a los miembros de los pueblos indígenas originarios.

---

<sup>181</sup> El art. 1 de la Constitución de Bolivia de 1994 establecía que: «Bolivia, libre independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República Unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática, representativa y participativa, fundada en la unión y solidaridad de todos los bolivianos» (TAMBURINI 2012, 250).

<sup>182</sup> Así lo fijaba señalando el «art. 171.- I. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la Ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas que habitan en el territorio nacional, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias de origen, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de sus recursos naturales, a su identidad, valores, lenguas, costumbres e instituciones. II. El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. III. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus usos y costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. La Ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del Estado» (TAMBURINI 2012, 250-251).

Efectivamente, con la actual Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia se pasa de un Estado unitario, centralizado y monocultural a un «Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país». Con esta mención, que se hace desde el primer artículo, se da sentido a la proclama que se declara en el preámbulo de la Constitución en relación a la *refundación* de Bolivia como Estado *Plurinacional*.

Así mismo la Constitución de Bolivia de 2009, reconoce la persistencia del colonialismo, pero no del típico colonialismo constitucional que proclama la libre determinación de los pueblos de cara a la política exterior, sino de un colonialismo interno. Y es en este sentido que se plantea en términos frontales la descolonización del constitucionalismo (art.9) al establecer dentro de los fines y funciones esenciales que tiene el Estado el de «[c]onstituir una sociedad justa y armoniosa, cimentada en la descolonización, sin discriminación ni explotación, con plena justicia social, para consolidar las identidades plurinacionales». Es precisamente en la consolidación de las identidades donde la Constitución pone su interés, pues estas son las que en su conjunto constituyen el pueblo boliviano (art. 3), el cual tiene como idiomas oficiales, tanto el castellano como los 36 idiomas que hablan las naciones y pueblos indígena originario campesinos (art. 5) y que con coherencia, atendiendo esta diversidad de idiomas, se ha establecido como requisito para acceder al desempeño de funciones públicas el hablar al menos dos idiomas oficiales del país (art. 234.7).

Así mismo se reconoce los territorios de los pueblos indígena originario campesinos como parte de la organización territorial de Bolivia (art. 269), sobre los cuales se estructuraría la autonomía indígena (art. 289) con competencias en unos casos: *exclusivas*, como es el caso de la jurisdicción indígena; *compartidas*, como ocurre en el registro de los derechos intelectuales colectivos, y en otros casos *concurrentes* con el gobierno central del Estado (art. 304).



En el plano económico se proclama que en el país con el objeto de mejorar la calidad de vida y el vivir de todos los bolivianos, rige un modelo económico plural (art. 306) en el que tiene cabida la organización económica comunitaria (art. 307), la cual «comprende los sistemas de producción y reproducción de la vida social, fundados en los principios y visión propios de las naciones y pueblos indígena originario y campesinos».

En lo que respecta a la estructura del ordenamiento jurídico del Estado boliviano, desde el art. 1 se proclama el pluralismo jurídico como fundamento esencial del nuevo modelo de Estado. Esta proclama dentro de la Constitución supone el reconocimiento de la coexistencia de diferentes sistemas justicia en plano de igualdad, cuestión que le ha valido para que la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia sea considerada como la carta fundamental que mayor relevancia concede al derecho indígena, incluso por sobre los estándares internacionales, al reconocer a los pueblos indígenas el derecho a ejercer sus sistemas políticos, jurídicos y económicos conforme a su propia cosmovisión.

En este contexto la Constitución expresamente menciona la igualdad jerárquica que existe entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina (art. 179.I). Se especifica que la jurisdicción indígena deberá ser ejercida por las respectivas autoridades indígenas, aplicando los principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. Así mismo el texto constitucional fija restricciones al ejercicio de la jurisdicción indígena originario campesina. Se establecen limitaciones, no en forma de prohibiciones sino más bien como afirmaciones, que la justicia indígena en la aplicación de sus normas y procedimientos efectivamente cumple, ya que se menciona que la jurisdicción indígena respeta el derecho a la vida, a la defensa, y a los demás derechos y garantías establecidos constitucionalmente (art. 190).

En lo que refiere a la competencia de la jurisdicción indígena se puede decir que, como consecuencia de las negociaciones políticas llevadas en el Congreso Nacional, esta se encuentra condicionada. La Constitución estableció (art.191) que la jurisdicción indígena se ejercerá en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, con la característica de que la definición del ámbito material lo remite a una futura Ley de Deslinde Jurisdiccional, a la

misma que también se señala como la encargada de determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas (art. 192), cosa que efectivamente se dio a finales del año 2010 con la *Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia*.

En lo que respecta a la legislación penal hay que señalar que esta ha quedado rezagada frente a los avances que se plasmaron en la Constitución boliviana, pues el Código Penal boliviano únicamente hace alusión a la diversidad cultural como causa de exculpación o de atenuación de la responsabilidad penal. Respecto del primero de los mencionados, se puede decir que desde la derogación de la inimputabilidad del indígena, las sucesivas reformas que se han dado al Código Penal de 1972<sup>183</sup> no han tratado de incorporar a la cultura o la costumbre expresamente como causa eximente responsabilidad penal, pues se ha dejado la tarea adecuar el grado de reproche personal, a las normas que tratan sobre: el error de prohibición (art. 16 CP); la inimputabilidad (arts. 17); y la semi-imputabilidad (art. 18 CP).

Además el art. 40.4 del Código penal, respecto de las atenuantes generales de la responsabilidad penal, señala que está puede darse cuando el sujeto activo del delito pudiera ser un indígena «carente de instrucción y se pueda comprobar su ignorancia de la ley», con lo cual el límite de la culpabilidad se da valorando al sujeto concreto y a sus circunstancias, colocando a la «ignorancia» solamente como un aspecto reductor del grado de culpabilidad, que se traduce en una pena conforme a los mínimos de la escala legales, por cuanto se estaría considerando una especie de error de prohibición vencible y más no como un error de prohibición invencible (art.16 CP) que excluiría la responsabilidad penal.

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal<sup>184</sup> establece que el ejercicio de la acción penal se extinguirá y no podrá ser objeto de un nuevo

---

<sup>183</sup> Decreto ley nº 10426 de 23 de agosto de 1972 elevado a rango de ley y modificado por la ley nº 1768 de 10 de marzo de 1997.

<sup>184</sup> Ley N° 1970 de 25 de marzo de 1999, art. 28 «[Justicia Comunitaria] Se extinguirá la acción penal cuando el delito o la falta se cometa dentro de una comunidad indígena y campesina por uno de sus miembros en contra de otro, y sus autoridades naturales hayan resuelto el conflicto

proceso penal ante la justicia ordinaria cuando los conflictos ocurridos dentro de una comunidad indígena hayan sido resueltos por las autoridades naturales indígenas conforme la justicia comunitaria sin afectar los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Con lo cual se mantienen bajo esta plausible consideración el respeto al principio *nom bis in ídem*, así como también se deja en claro que las resoluciones hechas por la jurisdicción indígena solamente pueden ser revisadas cuando se verifique alguna violación a los derechos y garantías constitucionales del sancionado. Así mismo, dentro de las normas generales de la actividad procesal, se contempla la posibilidad de efectuar determinados actos procesales mediante el uso de otro idioma a través de intérpretes (arts. 10, 111-115 CPP); o atendiendo la diversidad cultural se prescribe que en la etapa preparatoria, durante el juicio y antes de dictar sentencia habrá la asistencia de un perito especializado en cuestiones indígenas (art. 391 CPP).

Mención especial merece en el ámbito penal el Anteproyecto de Código Penal boliviano<sup>185</sup> que intenta dar las pautas para un sistema normativo más descolonizado. Su técnica se centra en abordar a la diversidad cultural preponderando la cosmovisión y los valores culturales de los implicados (art. 13). Bajo esta perspectiva los dos juicios de desvalor que recaen tanto sobre el hecho y como sobre el autor de ese hecho, han de tener muy en cuenta los condicionamientos culturales del imputado principalmente cuando este pertenezca a una cultura originaria. En este contexto, el Anteproyecto de Código Penal boliviano incorpora el error de tipo y el error de comprensión culturalmente condicionado como causas que inciden en la responsabilidad penal del indígena.

En referencia al primero de los errores apuntados, error de tipo, el art. 19 señala que cuando el sujeto activo del delito es un indígena el tribunal estará muy atento a valorar si los aspectos culturales han interferido en el reconocimiento de los elementos que configuran el tipo penal; o de ser el caso

---

conforme a su derecho consuetudinario indígena, siempre que dicha resolución no sea contraria a los derechos fundamentales y garantías de las personas señalados en la Constitución Política del Estado».

<sup>185</sup> Parte General del Anteproyecto de Reforma al Código Penal de Bolivia. Conforme a la Resoluciones adoptadas en Santa Cruz de la Sierra (2008) y Buenos Aires (2008-2009). Disponible en <http://cuestionpenal.blogspot.com>

deberán considerar el error de prohibición o de comprensión culturalmente condicionado, estableciendo en cada caso su posibilidad de vencibilidad y con esta la correspondiente atenuación o exclusión de la responsabilidad penal.

Por otro lado, también, el Anteproyecto de Código penal boliviano diferencia la preponderancia que tienen los sistemas comunitario respecto del sistema oficial, señalando como de rigurosa observancia el principio de pluriculturalidad que establece que en caso «duda acerca de los límites de la competencia de la jurisdicción indígena [ésta] será decidida a favor de la jurisdicción que mejor resuelva el conflicto [...] y conserve o restablezca la paz social»<sup>186</sup>, con la salvedad de que ciertos hechos —contra la vida, la integridad física o la libertad sexual—, por la importancia de los bienes jurídicos en conflicto, no pueden quedar sin ser juzgados ya que de ser así la justicia oficial sería la competente para resolver esta clase de conflictos, que sin duda en uno u otros sistemas jurídicos son ampliamente reprochables por los derechos que involucra.

Respecto a la los límites de las sanciones indígenas, el Anteproyecto de Código Penal boliviano siguiendo las tradicionales referencias en las distintas constituciones de los países de su entorno cultural, prescribe que estas no deberán ser crueles, inhumanas o degradantes, quitando la consideración de tales a las sanciones que se cumplan en rituales de reincorporación del individuo a su comunidad (art.12).

#### 5.4 Ecuador

En esta misma línea cronológica, de conformación de nuevos paradigmas del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, se inscribe la Constitución ecuatoriana del año 2008, la cual frente al avance cada vez mayor del reconocimiento y protección de los derechos humanos en el derecho internacional, estableció en el art 424 que los tratados internacionales de derechos humanos al ser ratificados por el Estado prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público y pasaran a tener la misma una jerarquía constitucional cuando «reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución».

---

<sup>186</sup> Parte General del Anteproyecto de Código Penal para Bolivia, ob. cit., art. 1.11.

De esta manera el Convenio 169 de la OIT y los demás textos internacionales de derechos humanos que habían sido ratificados por el Ecuador, pasaron a integrar el bloque de constitucional<sup>187</sup>. Pero además acentuando el hecho de que estos, según el art. 11.7 «[...] no excluirá[n] los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento».

Bajo este nuevo horizonte, la Constitución ecuatoriana desarrolla las normas que guiarán la estructura del Estado que se declara como *constitucional de derechos y justicia*. Y que para el caso de los pueblos y nacionalidades indígenas, estas normas se hallan encaminadas a proteger y garantizar el respeto y pleno ejercicio de la diversidad cultural, ya que a la vez que reconocen a los miembros de los pueblos indígenas todos los derechos que tienen los demás ciudadanos, también se establece la prohibición de que estos sean sujetos de toda forma de discriminación (art. 11. 2). Además, con el objeto de materializar la diversidad cultural se reconoce al *kichwa* y el *shuar* como idiomas oficiales de relación intercultural (art. 2), pero a su vez también se reconoce a los pueblos y nacionalidades indígenas la calidad de sujetos colectivos de derechos (art. 10), con lo cual se deja por sentado que sobre los miembros de los pueblos indígenas recaen tanto los derechos individuales como los derechos que le son propios de un colectivo diferenciado.

Seguidamente la constitución ecuatoriana en el primer apartado de los *derechos del buen vivir*, se detiene a reconocer el derecho al agua como un derecho fundamental e irrenunciable (art.12), porque se entiende que de este depende la existencia y la continuidad de la vida humana. Sin embargo, la valoración de este derecho como tal, no se desprende del derecho internacional de los derechos humanos, sino de las luchas sociales y ambientales que han protagonizado los pueblos indígenas, cuya cosmovisión está entrelaza de forma más compleja con la naturaleza o Pachamama, como ellos la denominan, y a la cual dotan de una existencia vital merecedora de protección y respeto, dado que la Pachamama es la que provee alimentos y regula la vida de todos los que habitamos en ella.

---

<sup>187</sup> Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N° 004-14-SCN-CC, caso N° 0072-14-CN

Es así que filosofía indígena, pese a las injerencias externas, propugna que no hay que abusar de la Pachamama al punto de agotarla y destruirla, sino que hay que vivir en armonía con la naturaleza<sup>188</sup>, aprovechando los recursos que esta ofrece en la medida necesaria y suficiente (ZAFFARONI 2011, 118) para que así la reproducción de la vida se siga dando. Y es precisamente que acogiendo la sabiduría indígena que se aparta de la pretendida exclusividad del humano como titular de derechos, que los legisladores ecuatorianos dotaron a la naturaleza del derecho a la restauración ya que la Constitución, en el art. 71, establece que: «La naturaleza o Pacha Mama donde se reproduce y realiza la vida tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y al mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos [...]».

Así mismo reconociendo los derechos que tienen los pueblos indígenas como sujetos de derecho colectivo, se contempla el derecho que estos tienen, según lo señala el art. 57.9-10, de «conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral», y a «crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar los derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes».

Además, la actual Constitución de Ecuador, avanzando lo que la anterior constitución del 1998 había logrado, en el art.171 se reconoce la diversidad cultural y las jurisdicciones de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, fundadas en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial y con garantía de la participación de la mujer indígena. Señalándose, además, que las decisiones de la jurisdicción indígena deberán ser respetadas por las autoridades públicas, las mismas que están en la obligación de no interferir en las decisiones de las autoridades indígenas que actúen en el ejercicio de la función jurisdiccional conferida. De ahí que las

---

<sup>188</sup> Podría de cierta forma especularse que la cosmovisión indígena ha trascendido fronteras y se ha propagado incluso a instancias internacional que se han visto influidas por su sabiduría, debido a que la Asamblea General de las Naciones Unidas el 21 de diciembre de 2009 y el 28 de julio de 2010 respectivamente, llegó a adoptar un acuerdo que propugna la *Armonía con la Naturaleza* y a declarar el derecho al agua segura y al saneamiento como un derecho humano. Temas que quedan a criterio propio, el considerar si en algo han aportado los saberes indígena para el reconocimiento de estos aspectos olvidados en la esfera internacional.

resoluciones tomadas por las autoridades indígenas tienen el carácter de definitivas, siendo improcedente que otra autoridad pueda revisarlas o infringirlas, pues de hacerlo se estaría irrespetando el principio *nom bis in ídem* reconocido en el art. 76.7 letra “i”, de la Constitución ecuatoriana, el cual expresamente señala que: «Nadie puede ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto». Referencia que igualmente es recogida tanto en el art. 344, letra “c” del Código Orgánico de la Función Judicial, como en el art. 4.9 del nuevo Código Orgánico Integral Penal, el cual expresamente señala la *prohibición de doble juzgamiento* en los caso en que estos hayan sido resueltos por la jurisdicción indígena.

También es de apuntar que la Constitución ecuatoriana delegó al poder legislativo la tarea de crear una ley que establezca los mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones indígena y ordinaria, debiendo especialmente fijar los límites, las competencias y las formas de cómo estas han lograr una cooperación mutua. Sin embargo, hasta el día de hoy es una tarea pendiente de la Asamblea Nacional, la cual no ha logrado pasar del debate a la promulgación de una ley que trate adecuadamente esta problemática. Ante lo cual la Corte Constitucional, por las atribuciones que le confiere la Constitución (art. 436.7), ha sido el organismo que tímidamente ha dado respuesta a esta cuestión mediante un reducido número de sentencias que han sentado un precedente en el país, no por lo positivo de sus apreciaciones, sino por las limitaciones que se han impuesto al ejercicio de la jurisdicción indígena.

En efecto la Corte Constitucional de Ecuador poco ha contribuido en la construcción del pluralista jurídico igualitario que se pensaba que esta podía promover, toda vez de que la Corte estableció una serie de normas que en definitiva resaltan el rol secundario que tiene la justicia indígena frente a la justicia ordinaria al señalar que: «[l]a jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es

facultad exclusiva y excluyente del Sistema de Derecho Penal Ordinario [...]»<sup>189</sup>.

Hay que subrayar que en Ecuador se encuentra vigente un nuevo Código Penal que se ha unido a la lista de códigos que en esta materia ha tenido éste país desde que iniciara su vida republicana<sup>190</sup>. La nueva codificación, conocida como: *Código Orgánico Integral Penal*<sup>191</sup> (COIP), tiene el distintivo de que retoma una práctica antigua<sup>192</sup> y abandonada, como es el hecho de estructurar en un único cuerpo legal las regulaciones legislativas hechas en los ámbitos sustantivo, adjetivo y de ejecución penal. Práctica legislativa que a decir de Zaffaroni es acertada, toda vez de que los hechos presentados en otros países dan cuenta de que al tratar separadamente estas tres disciplinas su éxito se ha visto mermado porque un «[...] código penal no puede responder a una orientación diferente de la procesal ni de la ejecutiva, so pena de quedar reducido a un acto de buena voluntad.» (ZAFFARONI 2009, 18).

Por otro lado, cabe mencionarse que integración doctrinal presente en este nuevo código tiene muy poca relación con el reconocimiento a la especificidad indígena, a pesar de que la Corte Constitucional ecuatoriana haya considerado que el COIP incorpora elementos interculturales que obligarían a los operadores jurídicos a «[...] realizar verdaderos ejercicios hermenéuticos interculturales para no afectar los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos»<sup>193</sup>, lo cierto es que a más de integrar las resoluciones de la jurisdicción indígena a efectos de configurar el principio *nom bis in ídem* (art. 5.9), solamente se vuelve hacer referencia a ésta en la parte final del COIP en lo que son las *disposiciones generales*,

---

<sup>189</sup> Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP

<sup>190</sup> Estos códigos cronológicamente son: el primero, del 14 de abril de 1837 en el gobierno de Vicente Rocafuerte; el segundo, el 3 de noviembre de 1871 en el gobierno de Gabriel García Moreno; el tercero, el 4 de enero de 1889 en el gobierno de Antonio Flores Jijón; el cuarto, el 18 de abril de 1906 durante el golpe de Estado de Eloy Alfaro; y, el quinto, el 22 de marzo de 1938 en el gobierno de hecho de Alberto Enríquez Gallo.

<sup>191</sup> R.O. Suplemento N.- 108 del 10 de febrero del 2014.

<sup>192</sup> Ejemplos de este tipo de se puede encontrar en la *Constitutio Criminalis Carolina* para Alemania de 1532, el proyecto de Mello Freire para Portugal de 1786, el *Plan y distribución del Código Criminal* que Manuel de Lardizábal y otros prepararon para España en 1787, el *Code pénal* francés de la Revolución de 1795), el proyecto de Manuel de Vidaurre (1822) y el *Proyecto* de Eduard Livingston de 1825 (ARMAZA 2001, 53).

<sup>193</sup> Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N° 004-14-SCN-CC, caso N° 0072-14-CN.



mencionando ahí que las infracciones cometidas dentro de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, se estará a lo que establezca la Constitución, los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, así como también lo que establezca el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas.

Con esto se puede decir que es patente que en la elaboración del COIP se desaprovecho la gran oportunidad que se tuvo de integrar desde una visión multicultural algunos preceptos que habrían atendido a los requerimientos que demanda la diversidad cultural y que la dogmática penal había señalado como valederos.

Específicamente, se podría mencionar que el error de comprensión culturalmente condicionado fue el gran ausente de la codificación del COIP, así como la supresión del error de prohibición que a falta expresa del anterior podría haber sido interpretado para establecer la inculpabilidad de quienes no hayan podido comprender la ilicitud de su conducta por cuestiones culturales.

La no consideración del error de prohibición como causa de inculpabilidad se debe a la objeción parcial que el Presidente de la República presentara el 16 de enero del 2014. En su oficio de respuesta el mandatario objetó las causas de inculpabilidad del proyecto de Código Orgánico Integral Penal (art. 26) que le fuera enviado por la Asamblea. Específicamente se pedía a que se suprima el error de prohibición invencible de las causas de inculpabilidad, por considerar que esta era una figura peligrosa que dejaría en la impunidad a un sinnúmero de delitos, puesto que a entender del Presidente de la República del Ecuador: bastaría solamente con alegarla esta causa de inimputabilidad a «un administrador de justicia corrupto o ignorante para que cualquier persona que haya cometido un delito pueda quedar en la impunidad»<sup>194</sup>. No obstante, y pasando de lado su aberrante argumento, lo cierto es que a pesar de que el error de prohibición invencible fue suprimido como expresión literal de la redacción final del COIP (art.35), se dejó inalterado los arts. 34 y 36 del referido código, los mismos que por su contenido abren la posibilidad a que puedan ser interpretados —siguiendo los principios generales

---

<sup>194</sup> Presidencia de la República, Oficio N.- T.6136-SGJ-14-46, del 16 de enero de 2014.

del derecho, así como la doctrina y la jurisprudencia<sup>195</sup>— y se configure dentro de la fundamentación de las resoluciones judiciales la exclusión de responsabilidad por error de prohibición.

## **6 El proceso de coordinación entre la justicia indígena y la ordinaria**

El Convenio 169 de la OIT en su articulado<sup>196</sup> plasma los principios sobre los cuales la justicia ordinaria debiera ejercitarse en relación con la jurisdicción indígena. De estos artículos se desprenden las primeras pautas que los Estados deben propiciar para lograr una coordinación entre los sistemas de justicia que integran el pluralismo jurídico. Entre los aspectos a tenerse en cuenta, según lo contempla el referido convenio, habrían de ser las que atañen a los límites al ejercicio de la justicia indígena con base en los derechos humanos así como la necesidad de establecer un procedimiento para conciliar los posibles conflictos que pudieran generarse con el ordenamiento jurídico nacional en el cumplimiento del derecho indígena.

Conscientes de estas apreciaciones, los legisladores de cada uno de los países andinos, han reconocido la necesidad de articular una ley permita establecer las formas de coordinación entre la jurisdicción indígena y ordinaria, dado que los casos llevados a instancias de la jurisdicción estatal han mostrado la falta de una ley que permita entre otros aspectos: garantizar el debido proceso, la seguridad jurídica, la posibilidad de subrogar penas, fortalecer la cooperación mutua entre autoridades, definición de los conflictos negativos y positivos de competencias, así como de fuentes precisas y permanentes de financiación<sup>197</sup> entre otros (ROA 2014, 106).

---

<sup>195</sup> Conforme lo establece el Código Orgánico de la Función Judicial en su art. 28.

<sup>196</sup> Específicamente están los siguientes: «Artículo 8 [...] 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. [...] Artículo 9 [...] 1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros [...] 2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia».

<sup>197</sup> Una iniciativa a este respecto se dio en Colombia con la Ley 1394 de 2010, la cual en el art. 12 contempla que se destinará hasta el 10% del *Arancel judicial* para la jurisdicción indígena.

Sin embargo, la incapacidad de promover un proceso abierto de discusión y consenso entre autoridades indígenas y autoridades civiles ha truncado la expedición de un conjunto de normas lo suficientemente abstractas y generales, que bajo el paraguas de los derechos humanos, permitan una aplicación efectiva de los sistemas jurídicos indígenas, sin olvidar de que los parámetros normativos que puedan llegar a agruparse en una ley de coordinación deberán enfocarse en articular los dos sistemas de justicia, más no regular los sistemas internos de los pueblos indígenas, pues esto sería inmiscuirse en el ámbito de la autonomía interna de cada uno de estos pueblos (CABEDO 2004, 126).

No obstante, pese a lo complejo del tema, las visiones mantenidas por los poderes de los países andinos, respecto de la necesidad de establecer los mecanismos de coordinación entre sistemas de justicia, han girado alrededor de dos posiciones: una que pondera la necesidad de centrarse el debate en el desarrollo legislativo que de por zanjado el tema, como fue el caso de Bolivia con la ley de deslinde del 2010, y otra que producto de la falta de consenso en sede legislativa opta más bien por dejar el tema en manos de la jurisprudencia que emana de las resoluciones judiciales, como efectivamente ocurre en el resto de países andinos en los que sobretodo sobresale el caso colombiano.

Efectivamente, Colombia es el país que a pesar de contar con una ley que coordine específicamente la jurisdicción indígena y ordinaria, ha dado claras muestras de que por medio de las resoluciones de la Corte Constitucional, sustentadas en amplios peritajes culturales o antropológicos, es posible ir configurando un marco de coordinación acorde a la compleja realidad que se presenta entre las justicias.

La Corte Constitucional de Colombia es sin duda la pionera en emitir decisiones sumamente fundamentadas, que han permitido en reiteradas ocasiones salvaguardar la diversidad étnica y los derechos de los indígenas individualmente considerados o los derechos colectivos de los cuales son titulares las comunidades indígenas. Aspectos que le ha valido para que sus decisiones constituyan un claro referente para los países de su entorno cultural próximo.

Destacando la aplicación que este organismo tiene respecto de los principios *pro comunitas* y de maximización de la autonomía, que se derivan de la consagración del principio fundamental del respeto por la diversidad étnica y cultural del pueblo, aspectos que le han valido para que sus decisiones constituyan un claro referente para los países de su entorno cultural próximo.

Para la Corte Constitucional de Colombia la falta de una Ley de coordinación no representa ningún obstáculo, para que la jurisdicción indígena<sup>198</sup> se materialice, toda vez de que ésta no se halla condicionada a la expedición de una ley, porque al ser reconocida como un derecho en la propia Constitución ésta tiene efectos normativos directos<sup>199</sup>, a lo que hay que añadir también que mediante la inclusión del Convenio 169 al bloque de constitucionalidad<sup>200</sup>, tras su aprobación del 21 de enero de 1991, refuerzan el derecho que los pueblos indígenas tienen para ejercer su derecho propio. Y en tal sentido, cuando se presenten conflictos entre sistemas de justicia indígena y el sistema de justicia ordinario, la Corte Constitucional de Colombia en diversas sentencias ha planteado que la forma de solucionar estos conflictos es analizando las circunstancias particulares de cada caso y respetando mínimamente las siguientes reglas de interpretación: i) a mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía<sup>201</sup>; ii) los derechos fundamentales son los mínimos obligatorios de la convivencia entre los particulares; iii) los usos y costumbres prevalecen sobre las normas dispositivas; y iv) las normas legales imperativas (de orden público) priman sobre los usos y costumbres<sup>202</sup>. Siendo en este último punto donde la Corte Constitucional de Colombia ha destacado que las normas imperativas que vienen a imponer restricciones a *la autonomía de las comunidades indígenas* solamente podrán proponerse cuando del análisis efectuado se desprenda que estas restricciones son necesarias para proteger un interés de mayor jerarquía a la diversidad étnica y

---

<sup>198</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-552/03, MP. Rodrigo Escobar Gil.

<sup>199</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-606/01, MP. Marco Monroy Cabra.

<sup>200</sup> La figura del bloque de constitucionalidad, como lo señaló la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C-225/95, refiere a que las normas que se incluyen dentro de este bloque tienen la misma posición jerárquica que la Constitución y por ello son también parámetro de constitucionalidad de las otras normas del ordenamiento jurídico.

<sup>201</sup> Es de resaltar que este principio debe de entenderse conforme a las presiones que se establecen en la Sentencia T-903/09, MP, Luis Ernesto Vargas Silva, pues de no hacerlo se estaría yendo contra «los principios constitucionales de *no discriminación e igual respeto por la dignidad de todas las culturas*».

<sup>202</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-254/94, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

cultural, así como también que dichas medidas son las menos gravosas para la autonomía de las comunidades<sup>203</sup>.

Por otro lado, hay que señalar que junto a la ingente labor emprendida por la Corte Constitucional también se han volcado instituciones públicas que se han encargado de impulsar políticas y acciones dirigidas a coordinar la jurisdicción indígena y ordinaria. Dentro de estas iniciativas se encuentran las llevadas por el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, el cual mediante un Convenio con el Banco Interamericano de Desarrollo, ha emprendido proyectos importantes que han buscado de alguna manera coordinar los sistemas jurídicos existentes en el país. Uno de esos proyectos fue el conocido como: *Apoyo a la Coordinación entre la Jurisdicción Especial Indígena y el Sistema Judicial Nacional*, en el cual en el año 2003 se estableció la conformación de un Comité Asesor del Programa, así como también la suscripción de un convenio de cooperación entre el Consejo Superior de la Judicatura y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), encaminado a establecer los mecanismos de coordinación y cooperación que permitan poner en funcionamiento al proyecto y así conseguir «mejorar el acceso a los servicios de justicia en los territorios indígenas garantizando y fortaleciendo el reconocimiento a la diversidad étnica en la aplicación de los sistemas de justicia de cada pueblo» (R. ARIZA 2010, 20)

Otra iniciativa que debe mencionarse es el proyecto denominado: *Extensión a la coordinación entre el sistema judicial nacional y la jurisdicción especial indígena*. Este proyecto cuya ejecución se asignó a la Universidad del Rosario, implicó elaborar para 17 pueblos indígenas de nueve departamentos (Amazonas, Antioquia, Cesar, Chocó, La Guajira, Huila, Magdalena, Putumayo y Vaupés) los planes educativos y sus respectivos módulos de capacitación intercultural relacionados con el conocimiento y fortalecimiento de los sistemas jurídicos indígenas, así como también sobre temas que aborden la coordinación que debería existir entre ambos sistemas de justicia, lo cual significó la conformación de una red de formadores que trasladaran e intercambiaran experiencias entre estas dos jurisdicciones.

---

<sup>203</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-349/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.

La implementación de este proyecto, en definitiva, permitió que se diseñe un plan educativo en temas de coordinación para cada uno de estos pueblos y la que permitió la creación de una red de 450 formadores y facilitadores (300 de pueblos indígenas y 150 de operadores judiciales) capacitados en temas de coordinación entre la jurisdicción indígena y ordinaria.

No obstante, desde la legislatura y acorde a estas iniciativas también han surgido proyectos que han sido presentados al Parlamento como proyectos de ley<sup>204</sup>. Llama la atención que todos estos han sido promovidos por el ex-senador Jesús Enrique Piñacue, siendo el último de ellos el denominado proyecto de ley estatutaria N° 246, publicado el 21 de abril de 2010, el cual pretendía desarrollar el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia abordando diversos temas, más sin embargo esta propuesta no prosperó y fue archivada.

En Perú igualmente no han faltado los intentos por formular una ley que regule la coordinación entre los sistemas de justicia. Desde el año 2000 fueron presentándose diversas iniciativas de proyectos de ley vinculadas con el mandato constitucional del art. 149 de la Constitución. Inicialmente estas propuestas surgieron de los debates efectuados en los encuentros regionales o nacionales llevados por las Rondas Campesinas, así como también por la Comisión Especial de Estudio del Plan Nacional de Reforma Integral de la Administración de Justicia y aquellos que nacían de la propia iniciativa de los de los Congresistas de la República peruana.

Sin embargo, no todos los proyectos fueron elaborados con el propósito de generar una ruptura con el estado de subordinación en que se ubicaba la jurisdicción indígena. Las propuestas planteadas hasta el año 2006, salvo el Proyecto de Ley 1265/2006-CR denominado como Proyecto de ley de coordinación de la jurisdicción especial de las Rondas campesinas, Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas con la jurisdicción ordinaria, buscaban limitar el alcance de la jurisdicción indígena al no entrar a

---

<sup>204</sup> Al Congreso de la República de Colombia se han presentado cuatro proyectos de ley relacionados específicamente con el establecimiento de los mecanismos de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y el sistema judicial nacional: Proyecto 003 de 2000 Cámara, Proyecto 029 de 2001 Cámara, Proyecto 035 de 2003 Senado y Proyecto de Ley Estatutaria 246 de 2010 (ROMERO 2012, 16).

desarrollar todas las implicaciones que necesitaba el reconocimiento de la jurisdicción indígena, así como tampoco se planteaba procedimientos que tiendan a resolver probables conflictos entre la justicia indígena y los derechos humanos en clave intercultural.

Para Raquel Yrigoyen las carencias que presentaban estos proyectos denotaban una falta de superación de las concepciones monistas del derecho. Sostiene que tras los límites y controles que se pretendía imponer a la justicia indígena se encontraba presente tanto la preocupación por la supuesta afectación de la unidad nacional, como la inferioridad de los propios indígenas (2001).

En atención a esto se puede decir que en esos primeros proyectos no existió una coordinación sino una desvaloración de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas, cosa que coincidía con la línea jurisprudencial que aplicaba el Tribunal Constitucional de Perú cuando los indígenas acudían en busca de la protección de sus derechos. Las sentencias emitidas por este organismo son prueba de su pusilanimidad ante situaciones que comprometían los derechos de los pueblos indígenas, pues el Tribunal Constitucional de Perú, al contrario de los de su entorno jurídico, seguía una línea jurisprudencial que pasaba sobre los derechos indígenas.

El desconocimiento de los derechos que cobijaban a estos pueblos fue tan evidente que en la Sentencia N° 0033-2005-PI/TC el Tribunal Constitucional declaró la inaplicabilidad del Convenio 169 de la OIT en una demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la Región Pasco contra el artículo 3 de la Ley 26458, que crea la Provincia de Lauricocha en el Departamento de Huánuco. Los argumentos esgrimidos para justificar la inaplicación de este instrumento internacional, considerando de que se trataba de un asunto relacionado con la consulta previa de las comunidades indígenas, fueron que el Convenio 169 de la OIT al no haber sido ratificado siguiendo los procedimientos que permitían modificar provisiones constitucionales conforme a las normas que establecía la Constitución de 1993 que entró en vigencia con posterioridad a la ratificación del mencionado Convenio (YRIGOYEN 2013, 99-100).

Sin embargo, desde el año 2009 se ha podido apreciar un ligero cambio de dirección por parte del Tribunal Constitucional con respecto de los derechos de los pueblos indígenas<sup>205</sup>. Así en la Sentencia N° 03343-2007-PA/TC el Tribunal Constitucional, a decir de Raquel Yrigoyen, pasa a reconocer por primera vez la plena vigencia del Convenio 169 de la OIT y a ubicarlo dentro del bloque de constitucionalidad al señalar que:

«[H]abiéndose aprobado el Convenio 169 [...] su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional, tal como lo explicita el artículo 55 de la Constitución, siendo además obligatoria su aplicación por todas las entidades estatales. Por consiguiente, en virtud del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tratado internacional viene a complementar –normativa e interpretativamente– las cláusulas constitucionales sobre pueblos indígenas que, a su vez, concretizan los derechos fundamentales y las garantías institucionales de los pueblos indígenas y sus integrantes»

Este planteamiento de la Corte abrió un nuevo derrotero jurisprudencial incluso cambiando la consideración de *soft law*<sup>206</sup> que se tenía de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas, pues en la Sentencia N° 1126-2011-HC/TC, referente al caso de la Comunidad Nativa Tres Islas, se considera a la DNU DPI como referente para desarrollar de modo extensivo el derecho de autodeterminación que se encuentra fijado en la Constitución.

Raquel Yrigoyen señala que entre los temas más destacados que de la referida sentencia se pueden mencionar son: a) la integración de la dispersión de los artículos que tratan sobre las comunidades campesinas, comunidades nativas, rondas campesinas establecidos en la Constitución; b) el establecimiento de una hermenéutica pluralista y pro-indígena; c) la aplicación de la jurisprudencia de la Corte IDH para interpretar la Constitución; d) el

---

<sup>205</sup> Antes de esta fecha, son destacables las 14 sentencias expedidas por diferentes salas de la Corte Suprema de Justicia, las cuales aunque no eran vinculantes sí tenían una fuerza normativa argumentativa sobre el reconocimiento de la jurisdicción indígena, la cual estaba viéndose comprometida por los diferentes procesos judiciales abiertos contra las autoridades de las comunidades campesinas y nativas.

<sup>206</sup> Así lo reconocía el Tribunal Constitucional del Perú en la Sentencia N° 0022-2009-PI/TC al señalar que: «El contenido de la declaración no es de vinculación obligatoria [...] Las declaraciones representan aquellas metas y objetivos a los que la comunidad internacional se impone. Son lo que en el derecho internacional se conoce como *soft law*, esto es, una guía que sin dejar de tener un efecto jurídico, no termina por vincular obligatoriamente a los Estados [...] En tal sentido, la DNU DPI, será considerada por este Tribunal en su calidad de norma de carácter de *soft law*, sin que se genere una obligación convencional por parte del Estado peruano».



abandono de la DNUDPI como *soft law*; e) la interpretación de las normas acorde a la realidad indígena; f) optimización de la interpretación constitucional; y g) la resolución de las tensiones con base en el diálogo institucional (YRIGOYEN 2013, 101-103).

Hay que destacar que pese al pesimismo que generaron los iniciales proyectos de coordinación jurisdiccional, en la actualidad existe la acumulación de dos proyectos de Ley que buscan una coordinación intercultural de la justicia: el uno presentado por el presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República (Proyecto de Ley 313/2011-PJ) y el otro presentado por un grupo parlamentario (Proyecto de Ley 2751/2013-CR).

Cabe mencionarse que ambos proyectos han sido analizados por: la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuanos, Ambiente y Ecología, recomendando su aprobación bajo un texto sustitutorio denominado Ley de Coordinación intercultural de la justicia, la misma que entre otros aspectos contiene temas referentes: a la cooperación, complementariedad entre las jurisdicciones indígena y ordinaria; procesos constitucionales ante vulneración o amenaza de derechos; prácticas de acercamiento y consulta permanente; competencia territorial y personal de la jurisdicción indígena; competencia exclusiva de la justicia ordinaria en delitos de narcotráfico, de terrorismo, contra el Estado y la defensa nacional, contra los poderes del Estado y el orden constitucional, de genocidio, de lesa humanidad, contra el derecho internacional humanitario y de agresión contra otro Estado; resolución dialogada de los conflictos de competencia y cooperación recíproca entre la jurisdicción indígena y ordinaria.

En lo que a Ecuador respecta, y siguiendo la tónica de la mayoría de los países andinos, solamente ha habido esporádicos intentos por de articular el derecho indígena con el derecho positivo. La novedad que el reconocimiento de la jurisdicción indígena concitó en sus principales beneficiarios hizo que desde sus bases surgiera la primera tentativa de proyecto de coordinación entre los sistemas de justicia.

Efectivamente, en el año de 1998 y a pocos meses de reconocerse la jurisdicción indígena, la CONAIE inicio la discusión de un proyecto de ley titulado Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas.

De esta manera en el año 2001 luego de haberse socializado y debatido su propuesta entre las comunidades el proyecto fue llevado ante el Congreso Nacional donde conforme a las disposiciones procedimentales fue derivado a la *Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias*.

Una vez ahí, la referida Comisión presentó el respectivo informe para su discusión en el pleno del Congreso, lugar en donde el 18 de diciembre de 2002 luego del segundo y definitivo debate se consiguió la correspondiente aprobación que sería inmediatamente remitida al presidente de la República de aquel entonces, Dr. Gustavo Noboa Bejarano, para su veto parcial o total.

La respuesta no se hizo esperar, el 8 de enero de 2003, el ex presidente remitió un oficio al, anteriormente llamado, Congreso Nacional comunicando el veto total de la Ley de Ejercicio de los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas, aduciendo, entre otras cosas, que esta ley afectaba gravemente a la unidad e indivisibilidad del Estado puesto que a su entender se pretendía establecer *Estados* al interior del propio Estado, lo cual en definitiva conllevó al enterramiento del primer intento de proyecto de Ley.

Así mismo, y casi de manera paralela con el proyecto elaborado por la CONAIE, se presentó en 1999 otra iniciativa promovida por la Universidad Andina Simón Bolívar fruto de la financiación de un proyecto de investigación. Dicho proyecto luego de que fuera discutido entre el conjunto de actores involucrados en el tema, fue presentado el 27 de noviembre de 2002 ante el Congreso Nacional para que fuera enviado a la *Comisión de Asuntos Indígenas y Otras Etnias* para su estudio y posterior informe como ocurrió con el proyecto de ley presentado por la CONAIE. Más ocurrió que la falta de entendimiento en la propia sede legislativa hizo que el referido proyecto siguiese otro derrotero y fuera enviado a la *Comisión Especializada Permanente de lo Civil y Penal*, donde el proyecto naufragó debido a que allí consideraron que su contenido era ilegal e inconstitucional. Cosa que no resultó ser del todo inesperada en virtud de que criterio dominante era el que había impuesto el mandatario para negar la primera iniciativa de proyecto de Ley presentado por la CONANIE (F. GARCÍA 2005, 159-160), y del que ya se habían hecho eco varios detractores que apelando a la unidad y la igualdad lo deslegitimaban, como fue el caso del

ex diputado Enrique Ayala<sup>207</sup> para quien el referido proyecto de ley no sólo era un peligro por la posible parcelación del Ecuador sino porque alentaba el fundamentalismo indígena (2002, 123).

Es así que luego de las dos iniciativas truncadas, hubo un largo olvido por parte de los legisladores sobre este asunto hasta que en el año 2008 comienzan a moverse nuevamente el tema pero esta vez de la mano de Agencia Española de Cooperación y Desarrollo que financia el *proyecto Desarrollo y Diversidad Cultural* llevado de forma conjunta por el sistema de Naciones Unidas, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y el Ministerio Coordinador de Patrimonio Cultural y Natural (F. GARCÍA 2012, 67)

Así mismo, a tan sólo dos años de publicarse la nueva Constitución del Ecuador, esto es en el año 2010, se presentó un renovado proyecto de coordinación por parte de la Asambleísta Lourdes Tibán, bajo la denominación de: *Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria*, la misma que entre sus aspectos más interesantes trata sobre el establecimiento de igualdad entre los sistemas jurídicos; una serie de garantías jurisdiccionales que deben darse en la justicia ordinaria a favor de integrantes de pueblos indígenas; un conjunto de reglas destinadas a promover la coordinación y la cooperación en la ejecución de penas y medidas cautelares, entre otros.

No obstante, hay que señalar que después de más de cinco años de la presentación del proyecto, y luego de que la Comisión Especializada de Justicia y Estructura del Estado a finales del año 2011, presentara un informe en el que resolvía aprobar dicha propuesta, todavía hoy se está a la espera de que esta propuesta sea tratada en un segundo debate por el Pleno del Organismos, sin que se atisbe que esto sea una de sus prioridades, por lo problemático de las posiciones que se mantienen desde las instancias oficiales y judiciales respecto de este tema, pues la normatividad que se ha ido dando como preámbulo a la creación de una ley concreta que viabilice la coordinación y cooperación entre los dos sistemas de justicia, ha estado marcada por

---

<sup>207</sup> Se toma como referencia la opinión de este historiador ecuatoriano no sólo por el protagonismo político y académico que ha tenido, sino por ser un posible candidato a la presidencia del Ecuador para las elecciones del año 2017.

intenciones malévolas que tratan de establecer el predominio de la ley del Estado sobre la justicia indígena, toda vez de que el hecho de que no se haya elaborado una ley de coordinación no ha impedido que tras la Constitución de 2008 surjan un par de leyes que en vez de coadyuvar al establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación entre los sistemas de justicia, se han empeñado minar el sendero por donde debiera transitar el mandato establecido en la constitución.

En efecto, la formulación de la *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, pero sobre todo el *Código Orgánico de la Función Judicial* (COFJ) son ejemplo de como se ha abundado en el establecimiento de limitaciones de la justicia indígena. Es llamativo el caso del COFJ el cual en sus 346 artículos se dedica a regular no sólo los temas que atañen al sistema de justicia ordinario —principios, requisitos de postulación, órganos jurisdiccionales, etc.—, sino también aquellos vinculados a la relacionan entre la jurisdicción indígena con la jurisdicción ordinaria. De entrada su articulado comienza por deslegitimar la facultad jurisdiccional que tienen los pueblos indígenas ya que advierte que quienes ejercen esta potestad son únicamente los órganos de la Función Judicial, para contradictoriamente después señalar que las autoridades indígenas también ejercerán funciones jurisdiccionales reconocidas por la Constitución y la ley<sup>208</sup>.

Resalta el hecho de que a la función jurisdiccional indígena se la ubica junto con las formas voluntarias de jurisdicción, pues tras referirse a la jurisdicción indígena pasa a tratar a la justicia de paz y al arbitraje, de una manera que la justicia indígena junto con las dos instancias señaladas son casi equiparables, o cómo diría alguno tiempo a tras: «no son contrapuestas sino más bien son instituciones que se complementan y deben de desarrollarse juntas» (ANDRADE 2002, 155). Evidentemente esta consideración coloca en una desigualdad jerárquica a la jurisdicción indígena con respecto a la jurisdicción ordinaria. Desigualdad que se vuelve hacer patente cuando en el

---

<sup>208</sup> El art. 7 del COFJ señala que: «Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos [...] Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley. [...] Las juezas y jueces de paz resolverán [los conflictos] de conformidad con la ley. [...] Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley [...]».

art. 17 se establece que: «El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades».

A sido tal la postura de infravaloración de la justicia indígena que este mismo cuerpo legal a tenido que reiterar (art. 253) que «[l]a justicia de paz no prevalecerá sobre la justicia indígena», cuando clara y expresamente la Constitución ya anticipa (art. 189) que la justicia de paz no prevalece sobre la justicia indígena. En definitiva se puede decir que este texto legal en nada intenta favorecer la coordinación que debe de existir entre las jurisdicciones indígenas y la ordinaria, y más bien sus planteamientos han incidido en formalizar la subordinación de la jurisdicción indígena a las leyes del Estado lo que a todas luces es un quebrantamiento del mandato constitucional.

Un planteamiento no muy alejado de lo anteriormente anotado se ha dado por parte de la Corte Constitucional de Ecuador, pues como bien lo señala Fernando García, este organismo ha preferido «hacer un análisis de legalidad antes que un análisis de interpretación constitucional, es decir, no privilegiaron una interpretación intercultural del derecho que hubiera marcado un nuevo derrotero en este campo» (F. GARCÍA 2012, 63). En recientes sentencias ha limitado el ejercicio de la jurisdicción indígena, sin considerar que la Constitución del 2008 otorga el derecho de que sean las propias autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas las encargadas de definir cuáles son los conflictos internos que son de su competencia, puesto que por largo tiempo se había entendido que la definición de qué es un conflicto interno, no era una atribución que correspondiera ser señalada por el Estado sino más bien por el propio derecho indígena.

Por otro lado, y marcando la diferencia con el resto de países andinos, se encuentra Bolivia, país que tras la aprobación de su última Constitución formuló algunas leyes que integraban el marco pluralista en el cual se inscribía el Estado Boliviano. Entre las leyes que vale la pena señalar se encuentran principalmente: la Ley del Órgano Judicial (Ley N° 025/10), que reconoce la igualdad jerarquía que tienen la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena (art. 4.III), la competencia que tienen las autoridades indígenas de ejercer la

jurisdicción en determinados asuntos (art. 12) y lo que se refiere a los alcances de la justicia indígena en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial (art.160) como también el acatamiento de sus decisiones por las personas y autoridades públicas (art. 162)

Así mismo merece mencionarse la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (Ley N° 027/10), la misma que señala como atribución propia del tribunal —conformado por 7 magistrados de los cuales al menos dos deben ser del sistema de justicia indígena<sup>209</sup> (art.13.2)— conocer y resolver los asuntos que versen sobre conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena y las jurisdicciones ordinaria y agroambiental (art. 12.11; art.28.10; y art. 124), así como de consultas formuladas por las autoridades indígenas respecto de la aplicación de sus normas jurídicas a un caso concreto (art.12.12; art. 32; y art. 139).

Más sin embargo, el avance más significativo de articulación de los sistemas jurídicos se dio el 29 de Diciembre de 2010, precisamente porque en esta fecha se aprobó la Ley de Deslinde Jurisdiccional, cuyo objetivo sería el regular las relaciones entre la jurisdicción indígena y las demás jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, así como también el determinar los mecanismos de coordinación y cooperación entre las jurisdicciones dentro del marco del pluralismo jurídico.

De esta manera la nueva ley conforme al marco del pluralismo jurídico que propugna la Constitución política del Estado, y siguiendo lo que ya se había avanzado tanto en los acuerdos de diálogo<sup>210</sup> como lo establecido en las

---

<sup>209</sup> En Bolivia en el año 2012, se vivió una polémica política y judicial respecto a las declaraciones que hiciera para un canal de televisión el magistrado del Tribunal Constitucional boliviano Gualberto Cusi. En este medio de comunicación el magistrado, de origen aimara, luego de hablar sobre la justicia indígena mostró cómo el siendo magistrado del Tribunal Constitucional recurría aplicar un método que consistía en dejar caer hojas de coca en una manta para así dictar una sentencia en sentido positivo o negativo sobre un recurso de amparo. Sus expresiones fueron duramente reprochadas y consideradas como un disparate similar a dictar sentencia al car o cruz. Las críticas hicieron que el magistrado tenga que en días posteriores matizar lo que afirmó y demostró en televisión, esta vez diciendo que las hojas de coca no las usa para dictar sentencia, sino solamente para que lo guíen ya que señalaría que sus sentencias son apegadas a la ley y la Constitución. Disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1456770-polemica-en-bolivia-por-un-juez-que-dicta-sentencias-con-hojas-de-coca>.

<sup>210</sup> Dentro de estos se puede mencionar el realizado en el Departamento de Oruro dentro del marco del Programa *CONSTRUIR-participación Ciudadana y Justicia Plural*, efectuado entre junio de 2008 y mayo de 2009, y del cual surgiría la suscripción del Acuerdo de Diálogo y

dos leyes anteriormente comentadas, colocó a la jurisdicción indígena al mismo nivel jerárquico que la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción agroambiental y otras jurisdicciones legalmente reconocidas. Además, dentro del texto normativo se estableció varios principios que rigen esta Ley, entre los que se encuentran: el respeto a la unidad e integridad del Estado pluricultural; la relación espiritual entre las naciones y pueblos indígenas originario campesino y la Madre tierra; la diversidad cultural; la interpretación intercultural, el pluralismo jurídico con igualdad jerárquica, la complementariedad, la independencia, la equidad e igualdad de género y la igualdad de oportunidades.

Así mismo, y atendiendo los Derechos fundamentales y garantías constitucionales, se establece el respeto que debe existir en todas las jurisdicciones respecto del derecho a la vida y demás derechos y garantías reconocidas en la Constitución, señalándose la expresamente la prohibición de la pena de muerte y las formas de ajusticiamiento, esto es de los linchamientos. En lo que atañe a los ámbitos de vigencia de la jurisdicción indígena, se precisa que ésta se ejerce atendiendo los ámbitos personal, material y territorial.

La ley reconoce que las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio, deben ser acatadas por todas las personas y autoridades y son irrevisables por las otras jurisdicciones legalmente reconocidas. Se considera, así mismo que los mecanismos de coordinación y cooperación deben de materializarse entre las jurisdicciones especialmente cuando las autoridades respectivas lo soliciten, apuntándose que debe existir un fomento de la pertinencia de medios y esfuerzos que permitan el establecimiento tanto de sistemas de acceso a la información, como de espacios de dialogo sobre formas de aplicación de los derechos humanos entre otros.

No obstante, existen opiniones que señalan que desde un punto de vista procesal, con la formulación de la referida ley, se habría reducido la aplicación de la justicia indígena a casos que no son de mucha gravedad. El sustento de dicha referencia se dirige sobre todo a destacar que la función jurisdiccional

---

Cooperación Interinstitucional entre Sistemas, entre la Corte Superior de Oruro y los Mallkus del mismo departamento (CÓNDOR, ARANDA y WIENER 2010, 12 y ss.).

que otorgaba la Constitución a las autoridades indígenas era más amplia, en comparación con la Ley de Deslinde Jurisdiccional, que según Leonardo Tamburini, plantea más «limitaciones materiales de alcance material, personal y territorial, aún más restrictivas que las prospectadas en los “neoliberales” años noventa y bajo una Constitución absolutamente limitada» (2012, 252).

En este contexto es pertinente apuntar que los arts. 5 y 10 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional serían los promotores de los recortes a los alcances que Constitucionalmente fueron reconocidos a la jurisdicción indígena. Así el art. 5 en el párrafo III establece limitaciones de carácter personal al prohibir la aplicación de sanciones que tienen que ver con «la pérdida de tierras o la expulsión a las y los adultos mayores o personas en situación de discapacidad, por causa de incumplimiento de deberes comunales, cargos, aportes y trabajos comunales». De igual forma en el párrafo IV concibe como ilegal cualquier conciliación en asuntos «de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres» pese a que en las comunidades indígenas la conciliación es un mecanismo de solución de conflictos.

Por su parte el art. 9 circunscribe el alcance de la jurisdicción indígena a los miembros del respectivo un pueblo indígena originario campesino, con lo cual se impide que se generen relaciones interculturales con quienes están dentro de la misma jurisdicción territorial. En cambio el art. 10 detalla los hechos que no podrán ser conocidos por la justicia indígena en los ámbitos penal, civil, comercial y laboral<sup>211</sup>. Siendo algunos de ellos, por obvias razones, pertinente su prohibición, más no así otros que de una u otra manera han sido

---

<sup>211</sup> Dentro de los asuntos que la justicia indígena está impedida de conocer, según lo establece el art. 10 de la referida ley, son los siguientes: «a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio; b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autónoma y lo relacionado al derecho propietario; c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas; d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente».



tratados por la justicia indígena. Con lo cual aparte de desconocer que ésta histórica y tradicionalmente ha intervenido en la solución de diverso conflictos, se termina restando credibilidad a la pretendida igualdad jerárquica existente entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina señalada en el art. 179 de la Constitución.

Cabe señalarse que las consecuencias de las limitaciones impuestas a la justicia indígena no solamente se impide promover mecanismos de solución conjunta entre las jurisdicciones con las que tiene relación, es decir la ordinaria y la agroambiental, sino que se evita que desde los pueblos indígenas surjan o se creen nuevas formas de gestionar los conflictos, lo cual causa no solamente una merma en los alcances en cuanto a su ámbito de vigencia sino que la subordina al derecho del Estado puesto que, como bien lo señalan, Boaventura de Sousa Santos, la Ley de Deslinde representa un atentado contra el Proyecto de Estado Plurinacional ya que ésta no es verdaderamente una ley de coordinación sino más bien es una ley de destrucción de la Justicia Indígena (2012, 38) porque mediante prohibiciones generales se trata de «volver a la jurisdicción indígena una especie de folklore normativo sin materia de qué ocuparse» (TAMBURINI 2012, 273).

#### **6.1 Las divergencias en los enunciados generales de competencia**

El reconocimiento de la jurisdicción a las autoridades indígenas no sería problemática si los casos surgieran sólo dentro de los territorios de la propia comunidad, involucraran únicamente a sus propios miembros y los asuntos tratados no fueran graves según los tipos prescritos en la legislación penal ordinaria.

Sin embargo, la movilidad y la interacción de sus miembros con otras culturas, ha generado situaciones que dificultan y vuelven problemático el ejercicio de su jurisdicción, al punto que varios han sido los criterios que buscan demarcar los límites del sistema de justicia indígena, exigiendo de que a más del elemento territorial, establecido en las constituciones de Colombia, Perú y Ecuador, debe de tomarse en cuenta los elementos materiales y personales, como lo hace la Constitución boliviana al señalar en su art. 8 que

«[l]a jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente».

En efecto, el criterio dominante refiere que serían tres los elementos que determinarían la competencia de las autoridades indígenas: 1) el elemento de carácter personal, que señala que el indígena debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades propias de su comunidad (fuero personal); 2) el elemento territorial o geográfico, que establece que cada comunidad pueda juzgar las conductas que ocurren dentro o al interior de su territorio (fuero territorial); y, 3) el elemento material, referido a los asuntos o hechos sobre los cuales las autoridades están facultadas para juzgar (ARIZA y ZAMBRANO 2012, 177).

#### 6.1.1 Competencia territorial

El elemento geográfico es un elemento que se fija expresamente en todas las constituciones de los países andinos, al señalar que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales *dentro de su ámbito territorial*.

«Artículo 11. (ÁMBITO DE VIGENCIA TERRITORIAL). El ámbito de vigencia territorial se aplica a las relaciones y hechos jurídicos que se realizan o cuyos efectos se producen dentro de la jurisdicción de un pueblo indígena originario campesino, siempre y cuando concurren los otros ámbitos de vigencia establecidos en la Constitución Política del Estado y en la presente Ley».

Con frecuencia el territorio de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ha sido entendido como el lugar donde estos desarrollan sus actividades económicas, culturales y sociales. Más sin embargo dentro de los Estados no existe una definición completa que establezca cuales son exactamente esos territorios, debido a la complejidad que representa contener las distintas situaciones que tendrían que considerarse en virtud de que muchos integrantes de los pueblos indígenas al salir de los márgenes han hecho de la ciudad el lugar donde desarrollan sus actividades económicas y sociales; mientras que otros pueblos todavía se encuentran en aislamiento “*voluntario*”, en territorios que no cubren la verdadera dimensión de su habidad ya que este cambia conforme a la escaseces de alimentos debido a la destrucción sistemática promovida por las empresas extractivista.

### 6.1.2 Competencia personal

Aparentemente superada Resulta imprescindible que junto al elemento territorial se tenga en cuenta el elemento personal que implica que los miembros de las comunidades indígenas tienen el derecho de ser juzgados por sus propias autoridades (juez natural), esto es quedar sometidos conforme a sus costumbres, normas y procedimientos propios.

Para la Corte Constitucional colombiana, el fuero personal «concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo»<sup>212</sup>. Es común que bajo esta premisa al presentarse un conflicto dentro del ámbito territorial indígena en el que se involucren miembros pertenecientes de la comunidad, las autoridades competentes para solventar el conflicto sean las de la comunidad en donde acaeció el conflicto ya que «en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional»<sup>213</sup>.

Más sin embargo, los conflictos no solamente suelen involucrar a miembros de la misma comunidad, debido a que la interacción que existe en sociedades multiculturales hace que existan situaciones en que se vean involucrados indígenas con otros sujetos que pertenecen a comunidades distintas (un blanco y un indígena, un negro y un indígena, o indígenas de comunidades diferentes) e incluso con indígenas que han renunciado<sup>214</sup> a serlo.

Esto ha dado origen a que algunos planteen que el derecho indígena se debería aplicar en exclusiva a los miembros de la comunidad más no a quienes

---

<sup>212</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-496/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>213</sup> *Ibidem*.

<sup>214</sup> A este respecto cabe indicarse que hay quienes consideran que no existen reglas claras sobre la renuncia del fuero indígena (ROA 2014, 112), a pesar de que la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia T-001/12, haya señalado que para efectos de ser procesados, juzgados y condenados por la justicia ordinaria los indígenas pueden renunciar a su fuero e identidad indígena. Para la validez de esta renuncia la Corte señala que deben concurrir tres aspectos: «i) que la renuncia se haga de manera definitiva; ii) que sea en desarrollo del principio de autonomía y iii) que no sea utilizada por el renunciante, *como una estrategia para recibir un mejor trato de parte de la jurisdicción ordinaria, sino como una convicción íntima de no querer seguir siendo miembro o parte de la comunidad a la que se pertenece*» (ARIZA y ZAMBRANO 2012, 179).

son ajenos a la misma. Para ello se plantean algunos escenarios que de forma general confluyen en señalar que las autoridades indígenas solamente podrán actuar exclusivamente frente a los miembros de su comunidad ya que los *estraneus* a la comunidad «[...] deben ser remitidos a las autoridades oficiales o a las de la comunidad a la que pertenecen, salvo que, en este último caso, existan prácticas intercomunales que resuelven esta situación» (HURTADO 2012, 125).

En este aspecto hay que señalar que de ocuparse la jurisdicción indígena de forma exclusiva de las situaciones típicamente internas<sup>215</sup> crearía un ambiente de inseguridad jurídica, en razón de que muchos alegarían el fuero de su juez natural y evadirían la responsabilidad que tienen ante la comunidad. Es de claridad meridiana, y la multiplicidad de casos lo atestiguan, que al someterse las controversias a la justicia penal ordinaria esta se deslinda de atender las verdaderas demandas y necesidades tanto de la víctima<sup>216</sup>, como de la comunidad que busca la vuelta del equilibrio y armonía afectados infracción cometida. La intervención de los aparatos estatales dentro de comunidades o pueblos indígenas no hace más que deslegitimar y poner en cuestión la función de los sistemas jurídicos indígenas, afectando de manera relevante las formas de control social que ordenan la vida comunitaria.

Por ello es que la actuación de las autoridades indígenas no se encuentra mermada cuando dentro de su territorio intervienen sujetos que no son indígenas pero que realizan actos que son desvalorados dentro de la comunidad. La competencia personal que se desprende de la interpretación de las Constituciones andinas —con excepción de la de Bolivia que no necesita interpretación porque lo señala expresamente— comprendería a todas las personas que están dentro del ámbito territorial indígena, lo cual conjugado con el elemento territorial legitimaría el conocimiento del conflicto por parte de las autoridades indígenas. De ahí que los sujetos que sin ser indígenas que

---

<sup>215</sup> Se entiende que concurre una situación típicamente interna cuando el hecho ha ocurrido en el territorio de una comunidad, del cual tanto el infractor como el sujeto (u objeto) pasivo de la infracción pertenecen.

<sup>216</sup> Las necesidades de la víctima no se reducen a que el infractor sea condenado sino que este asuma todas las responsabilidades que acarrea el daño producido. Dentro de las comunidades andinas existen casos documentados, principalmente en Perú y Bolivia, que muestran que con el ánimo de satisfacer las necesidades de las víctimas a los homicidas incluso se les ha puesto las responsabilidades del difunto hasta que los hijos de éste lleguen a la mayoría de edad.

cometan actos desvalorados socialmente dentro de los territorios indígenas, tengan la obligación de responder por ellos ante las autoridades indígenas que actuaran acorde a la costumbres propias de cada comunidad.

Distinto es el caso cuando a pesar de involucrar a miembros de las comunidades indígenas, el hecho geográficamente sucede fuera del territorio indígena. En este caso el ámbito de vigencia personal de la competencia es insuficiente ya que, conforme lo ha señalado la jurisprudencia y la doctrina constitucional, no se cumplirían la concurrencia de los dos presupuestos elementales que son: la condición étnica del infractor de la ley y que el delito se haya cometido dentro del territorio del pueblo indígena.

La ausencia de estos dos presupuestos de procedibilidad habilitan a los operadores de justicia oficial a intervenir en la incoación del proceso judicial. Las autoridades indígenas al faltar estos presupuestos son incompetentes para intervenir en la solución del conflicto en que se ven involucrados sus miembros. Más no debe de dejar de observarse que la pérdida del fuero indígena no significa que se pierdan o se desconozcan las cualidades étnicas que subyacen en el individuo, dado que el cometimiento de delitos fuera del ámbito territorial de las zonas de resguardo si bien inhabilita a las autoridades las potestades jurisdiccionales, hay que decir que la etnicidad del sujeto se mantiene incólume, por lo cual las autoridades judiciales deberán abstenerse de imponer a los miembros de estas comunidades tanto las medidas cautelares como las sanciones que impliquen privación de libertad en los centros carcelarios<sup>217</sup>.

En este contexto incluso podría pensarse como un mecanismo de cooperación entre la justicia indígena y la ordinaria, que los indígenas que estuvieran siendo procesados, de permitirlo el caso, puedan pedir que se pondere su fuero personal y pasen a ser enjuiciados por su propio sistema con base en el derecho a la propia cultura (art. 27 PIDCP).

---

<sup>217</sup> En este contexto la prisión para los miembros de los pueblos indígenas, a la luz del art. 10 del Convenio 169 de la OIT, debería ser excepcional. Los operadores de justicia en cumplimiento de este instrumento internacional, de rango constitucional, deberían recurrir a otros tipos de sanción que estén más en sintonía con las circunstancias sociales, económicas y culturales de los miembros de los pueblos indígenas. Pero como advierte Zaffaroni la «ley es un deber ser y una práctica es un ser. El deber ser es un ser que no es (o que por lo menos aún no es), y la práctica es un ser que es» (2009, 18).

En todo caso, lo que sí debería observarse es que cuando se juzgen a los indígenas fuera de su territorio, los operadores jurídicos consideren adecuadamente la conciencia étnica del autor del hecho y el grado de aislamiento o integración del indígena sometido a proceso, con relación a la cultura dominante, conforme lo deja establecido el art. 9 del Convenio 169 de la OIT, en razón de que esto puede servir al intérprete «para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus miembros y procedimientos»<sup>218</sup>.

### 6.1.3 Competencia material

En los casos de Colombia y Perú la jurisdicción indígena es competente para conocer todo tipo de conflicto dentro de sus territorios.

Las constituciones de estos países no establecen ningún límite respecto de la gravedad o cuantía de los casos, porque reconocen a la jurisdicción indígena la potestad de tratar todos los asuntos que se presenten dentro de su territorio sin imponer restricciones a los temas que estas puedan conocer, pues el único límite que recurrentemente se señala refiere a que las sanciones aplicadas por las autoridades indígenas no vulneren los derechos humanos<sup>219</sup>.

Dado que en todos los países andinos el ejercicio de la jurisdicción indígena es facultativo, está en cualquier momento puede abstenerse o renunciar a su derecho de administrar justicia según su derecho propio. Más cuando la comunidad decide tratar un conflicto, la autoridad judicial estatal tiene el deber de respetar las actuaciones de la jurisdicción indígena, siempre y cuando en el proceso se presenten los elementos anteriormente señalados, como son: el elemento y el territorial.

Sin embargo, los proyectos de ley de coordinación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena se han pretendido poner límites a la competencia

---

<sup>218</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-496/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>219</sup> En Perú se mantiene hasta el día de hoy la Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, Ley N° 22175, que contiene disposiciones (art. 19) que vendrían a limitar la competencia de la jurisdicción especial indígena a algunas controversias civiles (de menor cuantía) y penales (faltas). No obstante, estas disposiciones podría considerarse sin efecto en virtud de que contraviene normas constitucionales por cuanto fue una norma que se promulgo con anterioridad a la Constitución vigente (BRANDT y VALDIVIA 2006, 71).

material de la jurisdicción indígena, circunscribiéndola solamente a asuntos que la justicia ordinaria considera que no desborda la órbita cultural indígena.

Parte de este encasillamiento se debe a la intromisión que la justicia ordinaria ha tenido sobre la justicia indígena. Palmario ejemplo de esto ocurre con el Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, donde se sostiene una tesis consolidada sobre la incompetencia de la jurisdicción indígena en asuntos de: terrorismo, rebelión, narcotráfico, contrabando, lavado de activos, porte ilegal de armas, contra menores de edad, o aquellos que tengan que ver con suspensiones, revocatorias o anulaciones de actos administrativos de autoridades públicas, porque todos se dice que todos estos exceden el ámbito cultural y afectan a la sociedad en general (BURGOS 2008, 105-107).

Es claro en todo caso que los proyectos de ley que buscan restar competencia a la jurisdicción indígena no han prosperado, en virtud de que muchas comunidades indígenas han demostrado que tienen las capacidades suficientes para solucionar conflictos graves mediante respuestas que no recurren a la imposición de penas privativas de libertad.

En el otro extremo se encuentran Bolivia y Ecuador, que aunque no hayan establecido en sus constituciones límites al ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena, tanto la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia como las sentencias de la Corte Constitucional de Ecuador, han producido recortes o límites al ámbito de acción de la jurisdicción indígena en cuanto al conocimiento de casos, ya que los límites en lo que atañe a la entidad de las sanciones todavía se remiten a los lineamientos que se desprenden de los instrumentos internacionales y de las propias constituciones.

## **7 Los límites de la jurisdicción indígena**

Todas las Constituciones de los países andinos, sin excepción, siguiendo lo previsto en el Convenio 169 de la OIT, señalan como límites al ejercicio de la jurisdicción indígena: la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico nacional ni de los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Efectivamente los países andinos al ratificar el Convenio se encuentran obligados a dar cumplimiento a los preceptos contenidos en el mismo por ser

este un instrumento vinculante. Tal obligación ha generado que los países andinos, en procura de acatar el cabal cumplimiento de este instrumento, utilicen diversos términos que tienen como principal objetivo limitar o restringir el marco de acción del poder sancionatorio, anteriormente manejado única y exclusivamente por los jueces ordinarios, que hoy se encuentra reconocido a las autoridades de los pueblos indígenas.

Pero al permitir que el *ius puniendi* sea delegado a autoridades indígenas, que desde la colonización no gozaron del respeto ni mucho menos del reconocimiento que se merecen, abrió un amplio debate entre quienes se ubicaban tanto a favor como en contra de este reconocimiento. Pese a esta disyuntiva la presión mediante grandes movilizaciones y protestas de los movimientos sociales y políticos organizados, logro que se reconozca formalmente la facultad jurisdiccional de los pueblos indígenas.

El art. 8.2 del Convenio 169 de la OIT establece dos consideraciones de trascendental importancia que se encuentran formuladas para asegurar que el ejercicio de la jurisdicción de los pueblos indígenas, sustentadas en las costumbres y tradiciones propias, sea absolutamente procedente. Es así que las consideraciones preceptuadas en el Convenio mencionado se basan en *incompatibilidades* legales que imposibilitan su ejercicio.

En este sentido, se menciona que las costumbres e instituciones propias de los pueblos indígenas no pueden estar en contra de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos en el ordenamiento jurídico interno de los países ni pueden ser desfavorables o contradictorias con los derechos humanos que gozan de un reconocimiento internacional.

Todo el conjunto de principios que intenta desarrollar el Convenio 169 en materia de jurisdicción, se establece con miras a posibilitar el ejercicio de la justicia indígena bajo los mismos lineamientos que debería realizarlos la justicia ordinaria ya que esto permite la compatibilidad entre estas dos formas de justicia en condiciones de igualdad. Por tal motivo, agregar discrecionalmente más limitaciones que las estrictamente necesarias ocasionaría un estancamiento en el desarrollo de los legítimos derechos de los pueblos indígenas.



En este contexto se puede decir que la implementación de la legislación dirigida a dar cumplimiento a los derechos de los pueblos indígenas ha sido insuficiente, puesto que en este tema no se ha logrado que del debate se pase al consenso y de éste a la implementación<sup>220</sup>. De ahí que sean las Constituciones de los países andinos las que fijan los límites a los cuales se debían de regirse el ejercicio de la justicia indígena; pero a pesar de la claridad que encierra el marco de limitaciones establecido por el Convenio 169 de la OIT, las formulas plasmadas en la normativa constitucionalmente para limitar la administración de justicia de los pueblos indígenas han sido diferentes, ya que si bien en unos países la administración de justicia de los pueblos indígenas únicamente no debe ser contraria a la Constitución y derechos fundamentales de las personas, en otro esta limitación se extiende a que la justicia indígena no sea contraria a las leyes infra constitucionales.

Siguiendo la dirección apuntada, se aprecia que existen Constituciones que acatan estrictamente los principios del Convenio, mientras que otras incorporan otros ámbitos de restricción mucho más estrechos. En este sentido, se puede mencionar que entre las constituciones andinas que acatan lo estrictamente establecido en el mencionado instrumento internacional son: la Constitución de Ecuador que, en su art. 173, establece como límite la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales; la del Perú que de igual forma, en el art. 149, fija como límite la inviolabilidad de los derechos fundamentales de la persona; y la de Bolivia que pone énfasis en señalar, en su art. 190, que a más del respeto a los Derechos y garantías constitucionales, el límite se encuentra en el respeto del derecho a la vida y a la defensa.

Así mismo es de señalar que el contraste lo pone la Constitución de Colombia la cual, en su art. 246, hace una formulación más restrictiva de la aplicación de la jurisdicción especial indígena al establecer que ésta no debe vulnerar la Constitución ni las leyes. Esta formulación no ha quedado exenta de debates en cuanto a los alcances que esta tendría, siendo la Corte

---

<sup>220</sup> Así lo menciona el informe principal presentado en el 2006 por el Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las libertades Fundamentales de los Indígenas, Rodolfo Stavenhagen, quien menciona que pese a los avances normativos en los países existe una «brecha de implementación» entre la legislación y la práctica administrativa, jurídica y política cotidiana (YRIGOYEN 2013, 11).

Constitucional Colombiana la que tenga que intervenir de manera frecuente con criterio amplio en resguardo del principio de la diversidad cultural, pues como lo sostiene André Hoekema, la «Corte de Colombia es el único lugar jurídico en el mundo donde se delibera y decide tan intensa y frecuentemente sobre casos de conflictos multiculturales muy concretos» (citado en E. SÁNCHEZ 2005, 225).

Las limitaciones, ya sean generales o más restrictivas, que fijan todas las Constituciones andinas llevadas a la práctica han demostrado que la interpretación que se da respecto de la no afectación de los derechos humanos no es la misma que rige para la aplicación de la justicia ordinaria, produciendo un acotamiento excesivo de la administración de la justicia indígena al punto que termina por tornarse como inviable para tratar y solucionar asuntos que son de significativa gravedad dentro de sus comunidades mediante sus propios mecanismos de control social, reduciéndole a una justicia de carácter doméstico por el alcance que tiene, más no por el ámbito en el que se desarrolla.

### **7.1 Derivados de los instrumentos internacionales**

A pesar de que en el planeta existan culturas con cosmovisiones diferenciadas unas de las otras, se hace imprescindible consensuar cuales derechos humanos representan los mínimos exigibles para toda cultura y tradición, ya que los derechos humanos «[...] también se desarrollan a partir de la cultura, y esto también quiere decir que son diferentes a nivel nacional, regional, universal, según el nivel de desarrollo, costumbres, usos, tradiciones» (HÄBERLE 2012, 32).

Es así que planteada esta problemática respecto de las comunidades indígenas, se advierte que los valores manejados por las comunidades indígenas no son uniformes entre ellas. Cada una tiene sus especificidades en la valoración de la realidad y en la forma de entender los derechos de las personas, dado que durante siglos el grado de aislamiento o la integración que tuvieron influyó en la forma en que estos interpretan los derechos humanos a la hora de resolver sus controversias.

De esta situación se desprende que para establecer un dialogo con las culturas indígenas, respecto de cuáles derechos humanos son de obligatorio cumplimiento cuando media el ejercicio de la administración de justicia, se lo debe realizar tomando en cuenta las representaciones valorativas que se desprenden de la cosmovisión que tienen las culturas debido a que «[l]a organización de un sistema jurídico se fundamenta en la concepción básica que tal sistema tiene del ser humano. La correspondiente imagen del ser humano es el secreto regulador de cada sistema de derecho» (KUPPE y POTZ 1995, 9).

Un fructífero dialogo debe ser transversal, alejado de la imposición de referentes jerárquicos de la cultura dominante, pues solamente actuando en igualdad se podrá entender cómo se conciben los derechos fundamentales desde la cosmovisión indígena la cual tiene «un enfoque más colectivo y social, con una dimensión supraindividual distinta de la operada en la cultura occidental» (BORJA 2011, 44).

El camino para lograr una enriquecedora interpretación intercultural debe ser a través de un diálogo intercultural lo suficientemente abierto como para que las concepciones valorativas emanadas de las distintas culturas sean realmente tomadas en cuenta. Evidentemente esto llevará a un entendimiento mutuo que permita aproximarnos al menos a « [...] unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores [...] sin que ello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una»<sup>221</sup>.

Ahora bien, la búsqueda propuesta se ha encaminado a determinar cuáles son las garantías y libertades esenciales que todo ser humano no puede perder, por ello es que en la esfera del Derecho Internacional surgió la tesis de que efectivamente existe un *núcleo de derechos intangibles* que deben de protegerse y no pueden ser susceptibles de derogarse o suspenderse ni siquiera bajo las condiciones más adversas de guerra o conflicto armado.

La culminación de la II Guerra Mundial y las graves repercusiones que esta provocó, produjo un giro sin precedentes en la concepción clásica de la

---

<sup>221</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-523/97, MP. Carlos Gaviria Díaz.

responsabilidad internacional. Ello es así porque, a decir de Victoria Abellán (2001, 9), el Derecho internacional hasta antes de la guerra estaba dirigido a regular las relaciones entre Estados con normas que si bien planteaban responsabilidad de los Estados, estas no llegaban a establecer algún tipo de responsabilidad penal y consecuentemente se excluía la concepción de lo que hoy se conoce como crímenes de Derecho internacional que no necesariamente.

En este contexto, para entender el surgimiento de los derechos intangibles del hombre es necesario conocer cuales tratados contienen estas referencias. Así tomando como punto de partida los años posteriores a la culminación de la II Guerra Mundial se tiene:

a) El artículo 3, común a los 4 Convenios de Ginebra de 1949, destinados a limitar la barbarie de la guerra, establece que en todo tiempo y lugar está prohibido que sobre civiles y militares heridos o que hayan depuesto las armas, se produzcan:

«[...] a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;  
[...] c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes; [...] »

b) Así mismo la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, en el art 15 prevé que:

«1. En caso de guerra o de otro peligro que amenace la vida de la nación, cualquier Alta Parte Contratante podrá tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el presente Convenio [...]  
2. La disposición precedente no autoriza ninguna derogación al artículo 2 [derecho a la vida], salvo para el caso de muertes resultantes de actos lícitos de guerra, y a los artículos 3 [prohibición de la tortura], 4 (párrafo 1) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre] [...]».

c) De la misma manera el art. 4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, establece que:

«1. En situaciones excepcionales [...] los Estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto [...]

2. La situación precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6 [derecho a la vida], 7 [prohibición de la tortura], 8 (párrafos 1 y 2) [prohibición de la esclavitud y de la servidumbre], [...]»

d) En la misma línea la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, establece que el derecho a la vida, la prohibición de la tortura y de la esclavitud no pueden ser suspendidos en ningún caso. En este sentido el art.27 señala:

«1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, [...] suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención [...] 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos [...] 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y la Servidumbre)»

e) Por su parte la Convención contra la Tortura y otros Tratos o penas crueles Inhumanas o degradantes de 1984, en su art. 2, párrafo 2, dispone:

«En ningún caso podrá invocarse circunstancias excepcionales tales como estados de guerra, inestabilidad política interna o cualquier otra emergencia pública como justificación de la tortura».

Todas las referencias contenidas en los artículos de los distintos instrumentos internacionales anotados, establecen que tanto el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura, son derechos inderogables y prevalentes sobre cualquier otro. Por tanto los Estados partes están en la obligación de respetar y garantizar los derechos y libertades dispuestos en las normativas, mediante la adopción de disposiciones de carácter internos que haga efectivos tales derechos y libertades.

En tal sentido la autonomía de los pueblos indígenas debe de moderarse y encontrar su límite en el respeto de los derechos que gozan de un amplio consenso. Cosa que no es ajena ni desconocida para los pueblos indígenas, pero que sin embargo, desde posiciones ajenas a su cultura se continúa manteniendo la consideración de que las sanciones existentes en el sistema de justicia indígena son mayoritariamente contrarias a los Derechos Humanos<sup>222</sup>,

---

<sup>222</sup> De Sousa Santos considera que «[e]l concepto de derechos humanos se basa en un conjunto bien conocido de presupuestos, todos los cuales son claramente occidentales. [...] Pero la impronta occidental y en realidad liberal occidental del discurso dominante sobre los derechos humanos se puede rastrear en muchos otros ejemplos: en la Declaración Universal

por no ajustarse a los procedimientos y sanciones que existen dentro de la jurisdicción ordinario.

Se debe de resaltar que la referencia precedente es amplificada, negativamente, por los medios de comunicación que asiduamente intentan transmitir a la sociedad la idea de que la justicia indígena es una especie de ajusticiamiento debido a la forma pública y violenta que se ejecuta la sanción. No se considera el hecho de que la justicia, sea ordinaria o indígena, entraña altas dosis de violencia, con la diferencia de que en la justicia ordinaria el sufrimiento sostenido y prolongado que se da tras los muros de las prisiones nunca llegan a ser conocidos en su totalidad y por tanto no afectan los umbrales de su sensibilidad de la sociedad ni de la opinión pública, cosa que no ocurre con la justicia indígena que no se sustrae a la clandestinidad la ejecución de sus sanciones y de ahí la cantidad de detractores.

Por otro lado la aplicación y vigencia de los Derechos humanos entendidos estos como «valores consensuados que se derivan en instrumentos jurídicos, sociales y políticos para la satisfacción de las necesidades humanas» (STAVENHAGEN 2008, 23), al ser interpretados de manera individualista se deja de lado la cosmovisión comunitaria que tienen los pueblos indígenas, que tiende a privilegiar la protección de lo comunitario antes que lo individual, aspecto que pone en cuestión la comprensión, valoración y consecuentemente la vigencia de la universalización de los derechos humanos.

## **7.2 El consenso intercultural de la tutela de los derechos humanos**

Los pueblos indígenas, excluidos del contrato social<sup>223</sup>, al mantener una vida comunitaria diferente al común de la sociedad tienen una visión distinta del

---

de 1948, cuyo borrador fue elaborado sin la participación de la mayoría de los pueblos del mundo; en el reconocimiento exclusivo de los derechos individuales, con la única excepción del derecho colectivo a la autodeterminación (que, sin embargo, se restringió a los pueblos sometidos al colonialismo europeo); en la prioridad otorgada a los derechos civiles y políticos sobre los económicos, sociales y culturales; y en el reconocimiento del derecho a la propiedad como el primero y, durante muchos años, el único derecho económico»(2010, 89-900).

<sup>223</sup> De Sousa Santos, sostiene que «[l]as teorías del contrato social de los siglos XVII y XVIII son tan importantes por lo que sostienen como por lo que silencian. Lo que dicen es que los individuos modernos, los hombres metropolitanos, entran en el contrato social para abandonar el estado de naturaleza y formar la sociedad civil. [...], el abandono del estado de naturaleza y el paso a la sociedad civil, significa la coexistencia de ambos, sociedad civil y estado de naturaleza, separados por una línea abismal donde el ojo hegemónico, localizado en la

contenido y fundamento de los Derechos Humanos, que los ha ubicado en una condición que muchas veces es incomprendida por la cultura hegemónica que siempre ha pretendido imponer un criterio dominante.

Ante estos planteamientos los pueblos indígenas no se han quedado indiferentes, pues las reacciones reivindicativas de sus formas de vida y su derecho a mantener sus tradiciones y su forma particular de imponer el orden y el control sobre sus miembros, no se basan en poner en cuestión la aplicación y vigencia plena de los derechos humanos constitucional e internacionalmente reconocidos, puesto que son conscientes que el reconocimiento de la jurisdicción indígena descansa precisamente sobre estos, por lo cual han adecuado sus sanciones entorno a los mismos, puesto que como ha señalado Cançado Trindade:

«[L]as culturas no son estáticas, se manifiestan dinámicamente en el tiempo, y se han mostrado abiertas a los avances en el dominio de los derechos humanos en las últimas décadas [...] la diversidad cultural jamás obstaculizó la formación de un núcleo universal de derechos fundamentales inderogables, consagrado en muchos tratados de derechos humanos»<sup>224</sup>.

Efectivamente en todos los Estados andinos las autoridades indígenas en la administración de justicia indígena se encuentra actuando dentro de los límites que marcan los textos constitucionales respectivos. De ahí que las Cortes Constitucionales sean las máximas instancias de interpretación y control de los límites abstractos que se establecen en las Constituciones respecto del ejercicio de la jurisdicción indígena.

No obstante, se va convirtiendo en un criterio mayoritario el hecho de que si bien es cierto que la justicia especial indígena debe estar apegada a la Constitución, resulta evidente que ésta no podrá ceñirse a todo el cumulo de normas constitucionales y legales establecidas por cuanto exigirse una aplicación de esta naturaleza, rígida e inflexible, llevaría al plano puramente teórico los avances logrados en materia de reconocimiento de la diversidad cultural y con ello manteniendo inalteradas las relaciones inequitativas

---

sociedad civil, cesa de mirar y de hecho, declara como no-existente el estado de naturaleza» (2009, 36).

<sup>224</sup> Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Fondo, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, voto razonado del juez Cançado Trindade.

existentes al interior de los Estados, dado que entender la universalidad de los Derechos Humanos sin tomar en consideración una perspectiva intercultural, nos puede hacer caer en percepciones erróneas de vulneración de los Derechos Humanos, puesto que, por decirlo de alguna manera, no se puede considerar de una forma general y absoluta el cumplimiento de todos los Derechos Humanos cuando media el cumplimiento de una sanción indígena, puesto que de ser así se estaría mermando la capacidad de ejercer la justicia indígena.

Así lo ha interpretado el organismo que más avances ha hecho en la búsqueda de determinar cuáles son los derechos fundamentales mínimos que tienen que respetarse cuando se aplica la justicia indígena, pues la Corte Constitucional colombiana, con meridiana claridad, dentro de su repertorio jurisprudencial ha marcado las pautas de interpretación del Convenio 169 de la OIT, intentando con ello reducir o mejor dicho, especificar qué derechos fundamentales son de obligatorio y estricto cumplimiento en el ejercicio de la jurisdicción indígena.

Para esto la Corte ha sostenido que el mantenimiento de singularidad de las comunidades indígenas es un derecho colectivo fundamental que debe desarrollarse y promoverse con amplitud, sin embargo, éste derecho a pesar de su importancia puede ser limitado exclusivamente cuando tenga afectación sobre otros principios constitucionales que tienen un valor superior al principio de diversidad étnica y cultural. Situación que lleva a entender que ante todo debe primar el principio de «maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía»<sup>225</sup> pues solamente así no se verá afectado el reconocimiento constitucional del pluralismo que se erige como pilar axiológico del Estado Social de Derecho.

Pero la referencia que hace la Corte respecto de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas, hace indispensable que se describa bajo qué circunstancias o condiciones la diversidad étnica, reconocida tanto por

---

<sup>225</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-349/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.



los instrumentos jurídicos internacionales<sup>226</sup> como por la Constitución misma, es susceptible de un mayor grado de importancia frente a otros intereses.

En ese contexto se plantea que las restricciones o limitaciones a la autonomía de las comunidades indígenas sólo serán admisibles bajo dos condiciones: la primera que se «trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía» y la segunda «que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas»<sup>227</sup>.

Se ve, pues, que la propuesta sostenida por la Corte si bien considera importante la vigencia de la diversidad cultural y el ejercicio de la autonomía que esta encierra, no menos importantes resultan otros bienes jurídicos que el Estado debe de defender a costa de afectar la autonomía de los pueblos indígenas.

Efectivamente, ante la imposibilidad de que cualquier precepto constitucional o legal se ubique por encima del principio de diversidad étnica y cultural y se tienda a maximizar las restricciones de la autonomía indígena, la Corte se ha encargado de analizar y seleccionar, de todo ese conjunto de preceptos constitucionales y legales, aquellos que son sumamente esenciales y que representarían un límite materia al principio de diversidad étnica y cultural. Es así que la Corte ha señalado que el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura representan el *núcleo de derechos intangibles*<sup>228</sup> que marcan los límites a la jurisdicción indígena, por cuanto representan aquellos mínimos cuya vulneración resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del ser humano.

a) *Derecho a la vida.*- Sin duda, este es el derecho más importante del hombre. Una sanción indígena que este dirigida a vulnerar este derecho es imposible de considerar como una forma de administración de justicia. Es más, la pena capital no encuentra espacio en la filosofía de vida de la mayoría de pueblos indígenas donde el hombre y la naturaleza están en estrecha y

---

<sup>226</sup> La libre determinación como derecho humano colectivo se encuentra preceptuada en el art.1 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en los arts. 3° y 4° de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

<sup>227</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 349/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>228</sup> Ibídem.

armónica interrelación, razón por la cual una transgresión tan grave de este derecho vulneraría cualquier consideración jurídica, volviéndose una justicia vindicativa<sup>229</sup> ajena a los avances y desarrollos que las comunidades indígenas han hecho. Por lo cual el derecho a la vida en el caso de administración de justicia indígena no admite ningún tipo de interpretación que disminuya su alcance. Bajo ningún supuesto por grave que este sea para las comunidades indígenas andinas, puede ser sancionado mediante la pena capital.

*b) Prohibición de la esclavitud.*- El sometimiento de una persona a la propiedad de otra, sin reconocerle propiamente la calidad de persona, es un hecho que todavía se encuentra presente, sin embargo esta consideración no se relaciona en absoluto con las culturas indígenas puesto que en estas comunidades todos son considerados como iguales.

Dentro de la realidad indígena no se atenta contra la libertad personal que es un derecho negado cuando existe esclavitud, pues existe un rechazo generalizado a la privación de libertad como forma de sanción indígena ya que eso no concuerda con su idiosincrasia ni con su modo de conciencia, pues «el arraigo del ser a la tierra y al entorno ancestral de su comunidad prohíbe la posibilidad de encerrar a una persona» (BORJA 2011, 51).

Efectivamente las sanciones indígenas obvian la privación de la libertad como forma de castigo, más sin embargo esta existe pero concebida en el mismo sentido que antiguamente esta tenía, esto es como un medio de custodia, durante el cual quien es acusado de una conducta desvalorada en la comunidad no pierde contacto con sus familiares o amistades que mediante consejos y testimonios tratan de abogar en su favor. Hay que tener presente de que la custodia no se la realiza en celdas o calabozos construidos para esa finalidad, sino que son conminados a permanecer en las casas comunales, oficinas o domicilios que presten las seguridades necesarias para que el acusado no evada su responsabilidad hacia la víctima y la comunidad, en unos caso incluso se suele fijar una garantía económica para que evite estar retenido y se proceda a tratar el problema (F. GARCÍA 2012, 102).

---

<sup>229</sup> En las comunidades de Bolivia, específicamente del norte de Potosí, todavía contemplarían la pena de muerte dentro de las sanciones aplicables a los comportamientos más reprochables puesto que como lo sostienen Sánchez y Choque, en estas comunidades se da «el destierro o la pena de muerte en casos extremos» (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 116).

Es así que la privación de la libertad «no tiene una naturaleza de exclusión y de aislamiento, sino que tiene por finalidad que el sujeto encuentre un espacio comunal de soledad para que pueda meditar sobre su reprochable proceder» (BORJA 2008, 194).

Hay que destacar que dentro de las formas de sanción que utilizan las autoridades de los pueblos indígenas es la imposición de trabajos a favor de la comunidad. Los días que se establezcan para este trabajo obligatorio dependen de la gravedad de la infracción, más sin embargo este tipo de sanción no debe de ser equiparado a un régimen de esclavitud en el sentido que le atribuye tanto los instrumentos internacionales como la constitución de cada país andino. Ya que que el sentido o el significado que tiene el trabajo en favor de la comunidad no es más que resarcir los daños o perjuicios ocasionados. El principio de no ser ocioso se materializa realizando labores comunitarias que benefician a todos, en donde se pondera el trabajo sobre del dinero<sup>230</sup>, pues el trabajo permite reintegrar el sujeto a la comunidad sin estigmatizar ni denigrar su dignidad (O. RUIZ 2005, 83).

c) *Prohibición de la tortura.*- Atendiendo el art. 5 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, las Constituciones de los países democráticos contemplan la prohibición de que nadie puede ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes<sup>231</sup>. Sin embargo, si bien se establece las mencionadas prohibiciones, ni la Constitución ni la legislación secundaria contempla una definición que establezca lo que deba de entenderse con dichas prohibiciones. De ahí que el contenido haya que buscarse principalmente en dos instrumentos internacionales aprobados en el seno de la Asamblea General de Naciones Unidas: 1) la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (CONTOR), aprobada en diciembre de 1984; y 2) la Convención Interamericana para

---

<sup>230</sup> No es menos cierto mencionar que en muchos casos al valorarse las condiciones económicas de quien fuera sancionado, se ha optado por la imposición de una sanción económica que pudiese ser equiparables a los días que le hubiera tocado realizar trabajo comunitario. Los montos económicos recaudados frecuentemente son destinados para llevar adelante diversas actividades que buscan el mejoramiento de la comunidad ante el abandono en que muchas de ellas se hallan sumidas.

<sup>231</sup> Así, por ejemplo, la Constitución ecuatoriana en el art. 66: «Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 3.- El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual [...] c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes».

Prevenir y Sancionar la Tortura (CONVIN), aprobada en diciembre de 1985 (PÁSARA 2008, 74).

De acuerdo art. 1.1 de la CONTOR, tortura es:

«[T]odo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia».

Por su parte la CONVIN, al excluir de su definición el dolor físico y la angustia amplía los casos que pueden considerarse como tortura. Así el en el art. 2 señala:

«[T]odo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia síquica».

Al carecer la tortura cualquier tipo de justificación, ha ocasionado que las sanciones aplicadas por las autoridades indígenas, sean seriamente cuestionadas por advertirse que estas al ser corporales podrían vulnerar determinados derechos humanos.

Las posturas dirigidas en contra de este tipo de sanciones, plantean lo inapropiado que resulta relativizar el carácter universal que tienen los derechos humanos, debido a que al favorecer la vigencia de la diversidad cultural, la esencia protectora de los derechos sería transgredida. Se aduce que sancionar a una persona bajo las formas de castigo indígena se estaría incurriendo en una forma de tortura o de suplicio, en razón de que la sociedad erróneamente confunde o rememora lo que las sociedades occidentales anteriormente practicaban como forma de castigo, cuestión que llega a ser por demás inverosímil ya que las comunidades indígenas al aplicar sus formas de sanción no buscan castigar al «cuerpo más allá de todo sufrimiento posible»

(FOUCAULT 2009, 44), sino lo que se pretende es sanar o purificar al individuo, porque dentro de su cosmovisión las sanciones si bien resultan ser afflictivas y violentas, tienen más bien una connotación simbólica o ritual en razón de que estas son la permite reincorporar al individuo con la comunidad y devolver la armonía.

Para los pueblos indígenas la aplicación o cumplimiento de una sanción que entrañe una forma cruel de infringir un dolor premeditadamente calculado carece de sentido, pues para la comunidad el suplicio como parte de un ritual no reconcilia y más bien impide que vuelva la tranquilidad y el equilibrio a la comunidad. En atención a esta apreciación, y profundizando en las circunstancias que deben de concurrir para catalogar a una sanción como una forma de tortura, la Corte Constitucional Colombiana tomando los criterios propuestos en la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos ha señalado que no todas las penas corporales constituyen tortura<sup>232</sup>, pues considera que las penas para que sean catalogadas como torturas, tendrán que alcanzar un cierto umbral de gravedad y crueldad, para ello recurriendo a un criterio de apreciación relativa se tendrá que analizar, entre otros aspectos, «[...] la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y la moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica»<sup>233</sup>.

Todos esos aspectos encuadran en lo que Emiliano Borja denomina principio de elasticidad, según el cual el cual las sanciones corporales dentro de cosmovisiones ajenas a la occidental pueden ser admitidas, sin ser catalogadas como crueles inhumanas o degradantes o como expresiones de tortura, cuando estas a pesar de afectar en algunos aspectos esenciales que estructuran la idea de ser humano, no llegan a ser lo suficiente coactiva y afflictivas como para que el individuo no pueda recuperarse cuando estas dejan de incidir en su humanidad ya que, como manifiesta este autor, «[...] el sujeto

---

<sup>232</sup> En el año 2005 la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso 12.147 de *Winston Caesar vs Trinidad Tobago*, respecto de la denuncia de Winston Caesar, condenado por la Alta Corte por el delito de tentativa de violación a la pena de 20 años de prisión, trabajos forzados y 15 azotes, ha señalado que las penas corporales, independientemente de cualquier codificación o declaración, son violatorias de los derechos humanos debido a su naturaleza intrínsecamente cruel, inhumana y degradante. Especificando que en el caso denunciado se habrían violado los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención.

<sup>233</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 523/97, MP. Carlos Gaviria Díaz.

debe de estar en condiciones, aun siendo hipotéticas o potenciales, de volver a recuperar su imagen humana en esos ámbitos fundamentales que lo definen como persona» (2011, 61).



## **CAPÍTULO V**

### **Aproximación teórica al funcionamiento del sistema de justicia indígena**

#### **1 Introducción**

El pensamiento occidental ha sido el que ha marcado el sentido de lo que debe entenderse por justicia, por cuanto, las civilizaciones occidentales pudieron registrar de forma documentada su pensamiento, algo que no sucedió con las civilizaciones prehispánicas andinas, que si bien tuvieron una concepción propia de lo que era la justicia su falta de escritura mermo la posibilidad de que su pensamiento pudiese trascender de sus fronteras y ser conocido por el resto del mundo.

Durante la construcción del Estado-nación, y dando continuidad al inacabado proceso de colonización, se buscó eliminar la diversidad cultural mediante la implementación de políticas asimilacionistas propugnadas por un poder político que se encontraba dominado por élites económicas de talante oligárquico dentro de una sociedad que alimentaba sus referentes culturales sobre una falsa creencia de superioridad racial.

La entereza que los pueblos y nacionalidades indígenas pusieron a la hora de conservar su herencia cultural, permitió que consiguieran mantener sus tradiciones ancestrales, sus normas, sus procedimientos así como también su filosofía de vida que confrontaba con la inequitativa justicia oficial que desde siempre les fue inaccesible y cuando era conseguida generalmente les resultaba desfavorable, por la discriminación social a la que siempre han estado expuestos.

Esta situación determino que los procesos políticos de reconocimiento de derechos a favor de los pueblos indígenas tuvieran un ritmo muy aletargado hasta que en el decurso de las últimas décadas del siglo pasado las movilizaciones indígenas y el paulatino viraje de las normas jurídicas internacionales abrió la puerta a un proceso de reconocimiento de derechos en favor de los pueblos indígenas.

El reciente reconocimiento constitucional del derecho indígena ha sido un buen intento por cambiar esta situación, pues así retoma el valor que las



formas propias de control social tienen para estas comunidades en la resolución de conflictos. Y aunque debido a esto la justicia indígena pudiera parecer que tiene una corta historia, lo cierto es que tienen un largo pasado incluso remontándose a tiempos anteriores a la expansión incaica.

No obstante, cuando se habla de derecho indígena no simplemente se está haciendo referencia al reconocimiento de un derecho legítimo que permite ejercer un sistema de justicia paralelo e independiente al ordinario, sino que se está ante una institución tan importante que inclusive llega a ser considerada como una parte fundamental de la identidad étnica de un pueblo.

En este sentido hay que entender que el derecho indígena es un ámbito bastante complejo de la realidad social de estos pueblos. Tan complejo que la permanencia de un conjunto de valores, instituciones, autoridades, normas y procedimientos propios, forman un complejo dinámico acorde a los cambios de valoración que se producen en la dinámica social de estos pueblos. De ahí que el derecho indígena sea un sistema complejo, abierto y cambiante, que discurre a pesar de sus influencias, fuera de las diversas instancias oficiales y que responde a las necesidades colectivas reales de cada comunidad o pueblo indígena.

Resulta evidente que la administración de justicia dentro de los pueblos originarios no ha necesitado de leyes estatales que autoricen su vigencia. Así lo testimonian el ejercicio de sus costumbres a la hora de repartir la tierra, aprovechar los recursos, organizar los labores comunales, aplicar justicia, etc., es decir la presencia permanente de sus formas propias de control social ha estado al margen de cualquier cuerpo normativo, porque los pueblos indígenas no han necesitado de legislación para poder ejercer su sistema social de convivencia que es anterior a la existencia misma de los Estados.

Sin embargo, el rol desempeñado por los organismos internacionales en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas ha influido enormemente para que los Estados, conforme a las exigencias y obligaciones adquiridas en distintos instrumentos internacionales, reconozcan la vigencia de autoridades, derecho, instituciones, prácticas y sistema de justicia indígenas.

La administración de justicia indígena, generalmente es imaginada como si fuese una de las formas más crueles de sanción, por las consideraciones confusas que tienden a asociar el ejercicio de esta, con actos que escapan de la racionalidad natural de las personas, confundiéndola con linchamientos y demás formas de tomar la justicia por mano propia. Aspectos que muchas de las veces, todavía son asimiladas y mantenidas como verídicas por las autoridades que administran justicia, emitiendo criterios que evocan una realidad totalmente errónea, descontextualizada y al margen de las evidencias existentes que no hacen más que sembrar prejuicios que crean una falsa conciencia sobre la realidad.

De modo que han sido los pueblos y nacionalidades indígenas, a quienes les ha tocado la ingrata tarea de hacer comprender a la sociedad, autoridades y personalidades de todo nivel, que dentro de su cosmovisión no existe esa irracionalidad o ese supuesto salvajismo ya que para los indígenas no es ajeno a su realidad que juzgar, mediante los parámetros de un marco normativo consuetudinario fuertemente arraigado, a quienes con su conducta han transgredido las normas fundamentales de la convivencia comunitaria, resulta un mecanismo efectivo para restaurar la armonía y la paz alterada, puesto que la comunidad se involucra tanto física como espiritualmente en la resolución del conflicto surgido.

Resulta importante precisar que el sistema de justicia indígena no es un método alternativo de conflictos (SANTOS 2012, 24), pues a pesar de que la jurisdicción indígena podría contener elementos de esta forma de administrar justicia, en la práctica cumple un procedimiento totalmente diferente a la mediación, conciliación o arbitraje, en virtud de que en esta se mezclan normas y procedimientos culturales propios, que no están dispuestos o acondicionados para responder a una demanda de mecanismos alternativos a la aplicación de la justicia ordinaria.

## **2 Justicia indígena: concepto**

Con harta frecuencia la justicia indígena es entendida como una forma de justicia que borde el límite del respeto de los derechos humanos, no siendo extraño que en muchos de los casos incluso se la equipare con linchamientos o formas vindicativas de resolver los conflictos. Por tal motivo previo a establecer

un concepto de justicia es pertinente señalar de modo sucinto las concepciones que a través del tiempo se han dado respecto de la justicia desde la cosmovisión occidental.

Para ello hay que iniciar señalando que el ser humano es en esencia un ser comunitario y como tal ha buscado desde siempre agruparse con sus semejantes en base a innumerables intereses y objetivos. Pero ese «[...] *querer-vivir* de los seres humanos en comunidad» (DUSSEL 2006, 23) nunca ha estado exento de fricciones o conflictos, ya que hay quienes apartándose de las normas básicas de convivencia social buscan satisfacer sus necesidades aun a costa del perjuicio de los intereses de los demás, causando así una fractura en la armonía del grupo que se ve afectado por dicha conducta.

Ante los conflictos presentados surgen la necesidad de implementar normas y mecanismos que permitan encauzar el orden social alterado, mediante la aplicación de algunas formas de control social que no serán las mismas en todas las sociedades, puesto que estas variarán en función de cada época y conforme a las características y las percepciones que cada cultura tengan sobre el inconcluso significado de *justicia*.

Partiendo de esto se debe decir que el tratamiento y estudio respecto de los cuestionamientos relacionados con el problema de la justicia, así como las intenciones de dotarla de un satisfactorio contenido, han llevado a que la definición de justicia, al igual que la de Derecho, no sea uniforme. Y es que los esfuerzos por definir conceptualmente la justicia han sido varios. Se menciona que los primeros intentos por definir a la justicia fueron hechos por los pitagóricos, quienes redujeron a la justicia a una relación de igualdad pues ellos hablaban de la armonía cósmica, basándose en la relación entre los números y las cosas, el propio Pitágoras que fue una mezcla de científico y místico, habría de señalar que: «La justicia es un número cuadrado, el cual es un compuesto de dos factores iguales» (BUSTAMANTE 1981, 13). Por su parte, Sócrates entendería que la idea de justicia era la expresión del interés del más fuerte, en tanto que para Platón la justicia sería más bien como una virtud especial que equilibra las otras virtudes, mientras que para Aristóteles esta se encontraría en el punto medio (*mesotes*) entre el exceso, el defecto y la virtud (BERNAL 2005, 158) con lo cual elaboró una teoría de la justicia cuyas variedades tenían reflejo

en las distintas relaciones de los miembros de la polis. Según refiere Jorge Bustamante (1981, 14), en la obra de Aristóteles titulada: *Ética a Nicómaco* se distinguen varias clases de justicia: a) *Justicia distributiva*, referida al reparto de honores, riquezas y otros servicios y bienes sociales en porción adecuada a su mérito, con lo cual se afirma el principio de igualdad; b) *Justicia emparejadora, correctiva o sinalgamática*, reguladora del intercambio de bienes entre los miembros y regida por la igualdad de valor, subdividiéndose a su vez en dos subespecies: por un lado la *Justicia conmutativa*, aplicable a las relaciones voluntarias de cambio; y por otro lado la *Justicia judicial*, que guarda más relación con el mundo de lo real y que está referida al equilibrio o proporción entre el daño y la reparación, entre el delito y su correspondiente castigo.

Por su parte los juristas romanos entendieron la justicia de manera más subjetiva y partiendo de que la voluntad de acatar el derecho era lo justo (*iustum*) pasaron a construir en base a esto su concepto de justicia. Así, pues, se menciona que Ulpiano en uno de sus textos, plantea tres preceptos jurídicos que son: vivir honradamente, no perjudicar a otro y dar a cada cual lo suyo (MIQUEL 1987, 23). Siendo el último de estos tres preceptos el que tendrá hasta nuestros días una significación jurídica bastante evidente, pues marca la definición de lo que habrá de ser conocido como justicia ya que el propio Ulpiano al definir la *iustitia* diría que esta es *Constans et perpetua voluntas jus suutn caique tribuendi*, es decir *la voluntad constante y perpetua de dar a cada cual lo suyo* (CABANELLAS 2006, 266)

Pero determinar *qué es lo suyo* representa una tarea que entre hombres imperfectos, llenos de prejuicios e intereses, resulta prácticamente imposible de efectuar, a tal punto que podría decirse que el cumplimiento de esta máxima *de dar a cada cual lo suyo* en la práctica resultaría ser una cuestión que escapa de lo terrenal para convertirse en una misión más divina que humana (MARTÍN 2010, 12). Y es que la variedad de discursos elaborados sobre el concepto de justicia más la difícil cuestión de definir que es lo suyo, han impedido que se pueda tener una definición de justicia unánimemente aceptada por todos, al punto que Kelsen ante la dificultad de conseguir una definición definitiva y realista, sostendría que «[...] la sabiduría se ha resignado a no poder contestar de modo definitivo» (1991, 35). Más sin embargo, el hecho de que no se haya

podido contestar satisfactoriamente a la cuestión de la justicia, no resta mérito a las discusiones, reflexiones y opiniones originadas sobre la justicia, ya que estas han sido útiles para tener una idea de lo que es la justicia y a partir de ahí contrastar con otros planteamientos que se han dado sobre la misma desde distintos sectores que tradicionalmente han estado al margen, como es el caso de los pueblos indígenas latinoamericanos.

Se puede decir que la concepción que tiene los pueblos indígenas respecto de la justicia difiere del sentido que tradicionalmente se ha tenido de esta en occidente. Para Josef Estermann la justicia según la concepción filosófica de los pueblos indígenas significa un *relacionamiento*, un estado de *conjunto* (BRANDT y VALDIVIA 2007, 99). Por su parte Carlos Pérez sostiene que la justicia es también entendida como una forma de reciprocidad y un medio para alcanzar el equilibrio con la Pachamama (C. PÉREZ 2010, 218).

No obstante, el equilibrio que busca esta sociedad puede verse alterado por diversos motivos, ya sea derivados de sus propios mitos y creencias<sup>234</sup> o, la más de las veces, debido al cometimiento de determinadas conductas que son desvaloradas pluralmente por la comunidad dado que estas aparejan consecuencias dañinas para la convivencia comunitaria.

Por ello es que cuando se habla de justicia en las comunidades indígenas, generalmente su término lleva a asociarlo con las formas de control social que se efectúan sobre quienes han infringido las normas comunitarias. Dicho en otras palabras la justicia para los pueblos indígenas «es el restablecimiento de relaciones sociales equilibradas entre los comuneros, vulnerados por la infracción de la norma» (BRANDT y VALDIVIA 2007, 99).

---

<sup>234</sup> En Bolivia, por ejemplo, la comunidad Pomamaya Baja tiene la creencia de que cuando hay lluvias con granizo es debido a que ha existido un aborto. Frente a esta presunción las mujeres que tienen autoridad en la mencionada comunidad suelen convocar a las mujeres que están en edad reproductiva para revisarles los pechos para verificar si están produciendo leche sin tener hijos lactantes. En caso de comprobarse esta situación la mujer no solo debe de confesar donde se encuentra el feto sino que debe de afrontar una sanción la cual será seguida de una curación que le quite el «*limpu*» que es el mal que trae los trastornos ambientales. (BAZURCO y EXENI 2012, 89).

### 3 Componentes de la jurisdicción indígena

En varias sentencias<sup>235</sup> la Corte Constitucional de Colombia ha sostenido que la jurisdicción especial indígena se encuentra compuesta por algunos elementos que son centrales en su configuración, entre estos cabe distinguirse el elemento humano, el orgánico, el geográfico y el normativo.

#### 3.1 El elemento humano: definición y cifras

Este elemento señala la existencia de «un grupo diferenciable por su origen étnico o cultural y por la persistencia diferenciada de su identidad cultural»<sup>236</sup>. Buena parte de los reclamos de las organizaciones indígenas, formuladas en las últimas décadas del siglo pasado, fue debido por el reconocimiento de su identidad como pueblos diferenciados. Cosa que no resultó tarea fácil por la sencilla razón de que los nuevos Estados constituidos sobre los territorios que alguna vez fueron de estos pueblos, se resistían a reconocerlos formalmente como pueblos o nacionalidades a las sociedades originarias que habitaron en esos territorios, pues los países preferían catalogarlos como poblaciones.

Se puede decir que si bien en un inicio la falta de reconocimiento se debió a la escasa consideración que se les tenía, con posterioridad sería debido al temor al separatismo que esto podría representar. Sobre esto hay que señalar que población y pueblo no son sinónimos, y aunque puedan parecer términos inocuos, su alcance jurídico es determinante en el contexto internacional. Allí solamente los pueblos y más no las poblaciones son sujetos de un derecho político trascendental, como es el derecho a la libre determinación declarada en el art. 1 de los dos pactos (PIDCP y PIDESC) del año 1966 de la ONU.

Los intentos que han tratado de definir qué es pueblo indígena, han carecido de una universalidad en cuanto a su contenido. Las referencias ampliamente difundidas se han referido principalmente en descripciones o

---

<sup>235</sup> Entre estas sentencias se encuentran: C-139/96, T-349/96; T-030/2000; T-728/2002; T-552/2003; T-811/2004; T-945/2007; T-364/2011, T-001/12 y T-921/2013 (ROA 2014, 106). Hay que señalarse, que los criterios vertidos en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia, sirvieron para que en Perú la Corte Suprema de Justicia mediante Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, reconozca las funciones jurisdiccionales de las rondas campesinas.

<sup>236</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 552/03, MP. Rodrigo Escobar Gil.

características que no abarcan su verdadera esencia, a pesar de ser conocido que los pueblos Indígenas al formarse históricamente sobre determinados territorios, poseen atributos característicos que los diferencian de los grupos con los cuales muchas veces les toca obligadamente convivir, debido a la expansión del espacio urbano y de las empresas transnacionales que inescrupulosamente invaden, contaminan y depredan los exiguos recursos que aún quedan, en los territorios que de generación en generación han sido el hábitat de los pueblos indígenas.

Ahora bien, el término *pueblo* no tiene un concepto unívoco, pues a través del tiempo éste ha servido para designar muchas cosas<sup>237</sup>, pero una de ellas hará alusión al conjunto de personas relacionadas por una misma lengua o procedencia cultural, que comparten historia, tradiciones, costumbres que les permiten mantener una orientación y unas ideas comunes que sostienen su sentido de identidad (HILLMANN 2005, 748).

Sin embargo, en el ámbito internacional la falta de voluntad política impidió que las sociedades originarias ocupen la categoría de pueblos. En 1953 en un estudio monográfico titulado *Poblaciones indígenas. Condiciones de vida y de trabajo de las poblaciones indígenas*, se hace a título de guía una descripción de las sociedades indígenas catalogándolas como descendientes de las poblaciones autóctonas que habitaron «un determinado país en la época de la colonización (o de varias olas sucesivas de conquista), llevadas a cabo por algunos de los antepasados de los grupos no autóctonos que, en la actualidad, detentan el poder político y económico [...]» (citado en SOBERO 1997, 15).

Acogiendo este criterio, en 1957, el Convenio 107 de la OIT adoptaría la terminología de poblaciones indígenas y tribales convirtiéndose en el propulsor de esta consideración que no habría de convencer en nada a las sociedades indígenas que elevaron sus demandas no sólo por la orientación hacia la

---

<sup>237</sup> Entre estas están: «a) la población de un ámbito cultural determinado; b) una unidad étnica específica de personas; c) una personalidad política colectiva, que se manifiesta como unidad ideal; d) en las constituciones democráticas, el conjunto de todos los ciudadanos; e) diferenciándolo de las élites y de las clases más altas, la gran masa de *simples* ciudadanos de la sociedad; f) en sentido histórico, una forma de comunidad prenatal, y g) según la interpretación marxista, las clases de una sociedad interesadas en, y objetivamente capaces de, llevar a cabo el progreso social (en oposición a la masa)» (HILLMANN 2005, 747).

asimilación que este convenio pretendía, sino también por la falta de reconocimiento como pueblos indígenas que este Convenio negaba, ya que señalaba explícitamente que las sociedades indígenas que habitaban los países que fueron conquistados, no eran más que poblaciones tribales o semitribales:

«a.- A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, cuyas condiciones sociales y económicas corresponden a una etapa menos avanzada que la alcanzada por otros sectores de la colectividad nacional y que están regidos total o parcialmente por sus propios costumbres o tradiciones o por una legislación especial. b.- A los miembros de las poblaciones tribales o semitribales en los países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitan en el país, o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, viven más de acuerdo con las instituciones sociales, económicas y culturales de dicha época que con las instituciones de la nación a la que pertenecen. c.- A los efectos del presente Convenio, el término *semitribal* comprende los grupos y personas que, aunque próximos a perder sus características tribales, no están aún integrados en la colectividad nacional» (citado en SOBERO 1997, 16).

En 1970 frente al etnocentrismo y la perspectiva integracionista que promovía el Convenio 107 como única vía para mejorar las condiciones de vida de los indígenas, éstos procedieron a dirigir sus demandas, apoyados por gente preocupada por este tema, a la ONU ante el Comité Especial sobre la concesión de la independencia a países y pueblos coloniales. Entidad que procedería a canalizar su requerimiento hacia la Subcomisión de prevención de discriminaciones y protección a las minorías, la misma que delegaría al relator José Martínez Cobo, un estudio que aclare si los indígenas constituyen una minoría o un pueblo.

Es así la Subcomisión quedó encargada de dilucidar si los indígenas eran pueblo o poblaciones. Pero mientras el trabajo de la Subcomisión prosperaba, en la zona andina se llevaba a efecto el I Congreso de Movimientos Indios de Sudamérica (Cuzco 1980) desde el cual, las propias organizaciones indígenas emitieron una definición que contenía lo que ellos representaban señalando que:

«Los pueblos indios somos descendientes de los primeros pobladores de este continente; tenemos una historia común, una personalidad étnica



propia, una concepción cósmica de la vida y del universo y, como herederos de una cultura milenaria, al cabo de cinco siglos de separación, estamos nuevamente unidos para propiciar nuestra liberación del sistema colonialista occidental» (citado en HURTADO 2001, 39).

Con esta definición, los movimientos indígenas reunidos en el Cuzco dejaban por sentado que no estaban conformes con ser considerados solamente como poblaciones que habitan en espacios determinados. Apelaban al reconocimiento de la denominación de pueblos indígenas, por cuanto esta asienta la idea de que son sociedades organizadas con identidad y cultura propias destinadas a perdurar.

Transcurrido el tiempo y finalizado el informe de la Subcomisión, en el año de 1983, se formula la primera definición de un organismo internacional sobre la nueva categoría que pasaban a tener las sociedades indígenas, esto es de poblaciones indígenas pasaron a ser vistos como pueblos indígenas e incluso como naciones indígenas:

«379. Son comunidades, pueblos y naciones indígenas los que, teniendo una continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y pre-coloniales que se desarrollaron en sus territorios, se consideran distintos de otros sectores de las sociedades, que ahora prevalecen en esos territorios o en partes de ellos. Constituyen ahora sectores no dominantes de la sociedad y tienen la determinación de preservar, desarrollar y transmitir a futuras generaciones sus territorios ancestrales y su identidad étnica como base de su existencia continuada como pueblo, de acuerdo con sus propios patrones culturales, sus instituciones sociales y sus sistemas legales» (MARTÍNEZ COBO 1983, 54).

El informe del relator José Martínez Cobo, al presentar conceptos y criterios tentativos plausibles fue aceptado por las organizaciones indígenas, las cuales insistirían en que esta nueva consideración sea tenida como válida tanto a nivel internacional como a nivel estatal. En atención a esta persistencia unos años más tarde surgió el debate en los organismos internacionales sobre la consideración como pueblos indígenas. Efectivamente en 1988, mientras en Colombia se da una definición legal de comunidad indígena<sup>238</sup>, en el plano

---

<sup>238</sup> Según el decreto 2001 de 1988, en su art. 2 señala que por comunidad indígena se entiende que es «el conjunto de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional como formas de gobierno y control social internos que las distinguen de otras comunidades rurales».

internacional se daba una discusión que entre otros aspectos se centraba en analizar la pertinencia de la sustitución de la expresión *población* por *pueblos* del Convenio 107 de la OIT. Para ello se convoca a una conferencia cuyos resultados en su mayoría resultaron ser favorables al cambio de expresión. Así pues, de las 32 respuestas que se obtienen de los países participantes: 26 son afirmativas, 4 incluyen precisiones y 2 se opone al cambio —Ecuador y Canadá—, por considerar que esta modificación podría generar posibles reivindicaciones de los grupos indígenas para ejercer el derecho de autodeterminación (SOBERO 1997, 21).

Al ser la opinión dominante la viabilidad del cambio de la expresión poblaciones por la de pueblos, en 1989 al elaborar el Convenio 169 se utilizó el término de pueblos indígenas, por reflejar «mejor la identidad característica a la que deberían aspirar un convenio revisado con el fin de reconocer a estos grupos de población» (ORDÓÑEZ 1995, 68).

Cabe decirse que durante la adopción del Convenio 169, y pese a valorarse positivamente el informe presentado por la Subcomisión en 1983 de que los indígenas podían conformar pueblos, se miró con temor o recelo la posibilidad de que estos pudieran ejercer el derecho de autodeterminación. Por lo cual la OIT dejó en claro que escapaba de su competencia interpretar el concepto político de libre determinación, tal como lo muestra el art. 1.3 del Convenio 169 que señala que no se deberá interpretar el término *pueblos* contemplado en el Convenio de manera «[...] que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional» (OIT 2009, 187).

Hay que señalar que en Latinoamérica, salvo algunas iniciativas minoritarias, ninguna organización indígena ha planteado sus requerimientos con miras separatistas o de secesión política (HURTADO 2012, 30). Las reivindicaciones esgrimidas alrededor del reconocimiento del derecho a la libre determinación (también referido como el derecho a la autodeterminación) han sido proyectadas a ser realizadas no a nivel externo sino solamente a nivel interno.

La autodeterminación interna remite a la facultad que tiene la colectividad de fijar su régimen y organización política encaminada a preservar

su identidad. La autodeterminación externa, en cambio, consiste en la facultad de los pueblos de determinar por sí mismo su status político y su futuro en relación los demás pueblos y estados, teniendo en consideración que esta situación, de acuerdo con el derecho internacional, puede presentarse de tres formas: la primera cuando un pueblo se une a un Estado existente; la segunda cuando se unen entre pueblos y deciden formar todos juntos un nuevo Estado; y finalmente la tercera forma que es la constitución de un Estado independiente (ORDÓÑEZ 2010, 58). Frente a estas posibilidades las organizaciones indígenas, a través de sus líderes, han tratado de transmitir a todos los actores políticos que las miras secesionistas que causan gran temor en estos, son infundadas porque los pueblos indígenas no pretenden formar varios Estados indígenas, así como también porque constitucionalmente tampoco tienen fundamento ya que la libre determinación se debe dar en el marco de la unidad estatal (F. GARCÍA 2005, 165).

Por otro lado, más allá de las reservas puestas por los gobiernos de los distintos países a la latente autodeterminación externa de los pueblos indígenas, el reconocimiento como pueblos permitió que otros organismos comiencen a aplicar con amplitud la descripción que plasmó el Convenio 169. Así, en el plano internacional el término fue utilizado y adecuado conforme a los requerimientos que los organismos internacionales consideraban<sup>239</sup>; mientras que en el plano nacional el mismo término<sup>240</sup> sirvió para para identificarlos

---

<sup>239</sup> Como fue el caso del programa de Naciones Unidas para el Desarrollo, el Instituto Indigenista Interamericano y el Banco Mundial (ORDÓÑEZ 1995, 69). Para este último el término de *pueblos indígenas* fue utilizado para referirse a grupos diferenciados que tenían en mayor o menor medida las siguientes características: «(a) Autoidentificación como miembros de un grupo determinado de cultura indígena y el reconocimiento de su identidad por otros; (b) un apego colectivo a hábitats geográficamente definidos o territorios ancestrales en la zona del proyecto y a los recursos naturales de esos hábitats o territorios; (c) instituciones consuetudinarias culturales, económicas, sociales o políticas; y (d) una lengua indígena, con frecuencia distinta de la lengua oficial del país o región» (OIT 2009, 16).

<sup>240</sup> Particular es el caso del Perú, la Constitución y la legislación no reconocen a los pueblos indígenas en cuanto tales, sino a los asentamientos o poblados en los cuales residen, bajo la figura de comunidades. De esta manera se denominan comunidades campesinas a las que existen en la sierra y la costa, mientras que comunidades nativas a las que existen en la selva. Esta distinción a efectos del reconocimiento de la jurisdicción especial indígena represento un serio problema para los grupos que no encajaban dentro de esa distinción, como fue el caso de las Rondas Campesinas que jurídicamente no son comunidades campesinas ni comunidades nativas y por tanto no tenían capacidad jurisdiccional. Sin embargo, con la sentencia N° 945/04 de la Corte Suprema de Justicia, así como también con el Acuerdo Plenario 1-2009/CJ-116, se terminaría reconociendo las funciones jurisdiccionales de las Rondas Campesinas que surgieron como grupos de vigilancia y autodefensa ante el incremento de la delincuencia, principalmente en lo que respecta a los delitos de abigeato (BRANDT y VALDIVIA 2006, 65).

dentro de los procesos políticos de reforma constitucional que siguieron a la ratificación del Convenio.

Así mismo, el Convenio al no definir y solamente describir a los pueblos indígenas, da lugar a que los propios indígenas sean los encargados de estructurar su propia definición, para lo cual habrán de recurrir a su cosmovisión y demás caracteres que ellos crean que proclaman un testimonio valido de sí mismos sin que medie ninguna clase de injerencias extrañas, tal como lo se dejó por sentado en el Consejo Mundial de Pueblos Indígenas al sostenerse que: «[b]ajo ninguna circunstancia debemos permitir que unas definiciones artificiales [...] nos digan quienes somos» (ORDÓÑEZ 1995, 56).

Esta expresión deja en claro que los pueblos indígenas son los únicos legitimados para autodefinirse, como en efecto ocurrió en el mencionado Consejo Mundial donde se propuso que por pueblos indígenas habría que entenderse que son:

«Pueblos indígenas son los grupos de poblaciones como los nuestros que, desde tiempo inmemorial, habitamos las tierras que vivimos, conscientes de poseer una personalidad propia, con tradiciones sociales y medios d expresión vinculados al país heredado de nuestros antepasados, con un idioma propio y con características esenciales y únicas que nos dotan de la firme convicción de pertenecer a un pueblo, con nuestra propia identidad, y que así nos deben considerar los demás» (ORDÓÑEZ 1995, 56).

Es así que las organizaciones indígenas serían las encargadas de difundir el contenido de lo que ellos consideran que encerraban las palabras pueblos indígenas. Para ello ya no solamente utilizarían el medio oral como fue otrora, sino que esta vez lo harían a través de la escritura que hoy les permite transmitir su sabiduría y amoldar sus saberes a la forma de comunicación que la cultura hegemónica está acostumbrada a interiorizar.

### **3.1.1 Definición como pueblos**

Al no haber una definición de pueblos indígenas internacionalmente convenida, son varias las definiciones que se han dado desde distintos sectores de lo que representan los pueblos indígenas, tanto desde las instancias estatales como de las propias organizaciones indígenas que lograron cierta representación en la arena política. Por citar un ejemplo, la

Confederación de nacionalidades indígenas del Ecuador CONAIE señala que los pueblos indígenas «son colectividades originarias conformadas por comunidades con identidades culturales e historia propias, que les hacen diferentes de otros sectores de la sociedad; tienen sus sistemas propios de organización social, económica, política y sistemas jurídicos particulares» (ILAQUICHE y TIBÁN 2004, 16).

Por su parte, desde la academia se han formulado algunas deficiencias que abarcan tanto lo que se ha mencionado en los instrumentos internacionales así como también los aspectos que las organizaciones indígenas desde su cosmovisión han planteado sobre el tema.

Es por ello que las definiciones de pueblos indígenas integran a su contenido criterios de desendencia, convivencia social, practica tradicionales y culturales propias. Así, por ejemplo para James Anaya, los pueblos, naciones o comunidades indígenas son:

«[G]rupos culturalmente diferenciados, enclavados dentro de sociedades producto del imperialismo, la conquista y la colonización. El gran número de comunidades indígenas que todavía sobreviven en el continente americano..., son pueblos que generalmente se caracterizan, y así se consideran ellos mismos, como indígenas. Son indígenas porque tienen vínculos ancestrales con las tierras en las que viven, o en las que desearían vivir, de manera mucho más profunda que otros sectores de población que viven en esas mismas tierras, o junto a éstas. Además, son pueblos en la medida de que constituyen comunidades diferenciadas con una continuidad de existencia e identidad que los vincula con las comunidades, tribus o naciones de su pasado ancestral» (ANAYA 2005, 24).

Por su parte Rodolfo Stavenhagen, plantea que pueblos indígenas son:

«[A]quellos grupos humanos que pueden considerarse como descendientes de los pobladores originales de América, antes de la invasión europea, que en la actualidad manifiestan características culturales que los distinguen del resto de la sociedad nacional, y que por lo general, ocupan una posición de inferioridad y de marginación económica y social frente al resto de la población» (citado en REY 2014, 47).

Por otro lado, a las distintas definiciones existentes hay que añadir que el art. 1 de la Declaración de las Naciones Unidas de 2007, desvaneció cualquier incertidumbres que podría rondar sobre la categoría internacional que debía darse a estas colectividades, en virtud de que este instrumento

internacional señala que los indígenas tienen derecho como pueblos o como personas a disfrutar de los derechos humanos y libertades reconocidas en los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

Sin embargo, para disfrutar de esos derechos es necesario identificar quienes son titulares de ese reconocimiento. Para Luis Villoro identificar equivale a singularizar, por tanto cuando se pretende identificar a etnias o nacionalidades lo que se busca es establecer ciertas notas duraderas que lo hacen reconocible ante los demás (VILLORO 1998, 64). Y es aquí donde el asunto se ha vuelto complejo, puesto que a los integrantes de los pueblos y comunidades indígenas tradicionalmente se los ha identificado en base a criterios relacionados a su vinculación con la tierra<sup>241</sup>, sus características externas o por el habla de alguna lengua vernácula cada vez más difícil de verificar debido a que en los distintos países andinos se han desarrollado demoledoras políticas castellanizadoras que han procurado «borrar las identidades indígenas y construir una nueva identidad nacional mestiza [...]» (STAVENHAGEN 2010, 183).

### 3.1.2 Las cifras

La cuantificación demográfica en los censos de población no resultaba ser muy distintas en cada país, prácticamente en todos se llegaba a tomar en cuenta las estimaciones sociales tradicionales a la hora de identificar a los miembros de las poblaciones indígenas, cosa que llevo a que la persona que registraba la información del censo fuera la encargada de determinar en base a su propia percepción, o sus prejuicios, la pertenecía o no de un sujeto a la categoría de indígena, produciéndose así un *etnocidio estadístico* como lo habría de llamar Bonfil Batalla (ALBÓ 2011, 133).

En la actualidad, conforme a lo que contempla el art.1 del Convenio 169 de la OIT, los aspectos que conducen a la determinación de la identificación de un sujeto como indígena no se restringen solamente a un punto de vista objetivo, encasillándolo alrededor de sus expresiones culturales o criterios

---

<sup>241</sup> En Colombia el Decreto 2117 de 1969, reglamentario de la ley 135 de 1961, describía a los indígenas de este país como «las personas de ambos sexos que se encuentren inscritas en el último censo, que tengan sentido de pertenencia a su comunidad, compartan íntegramente su cultura, que al momento de entrar en vigencia este decreto (diciembre 6 de 1969) se encuentren establecidas dentro del resguardo como consecuencia de una adjudicación hecha a su favor por el cabildo y exploten directamente la tierra» (BLANCO 2006, 62).

etnolingüísticos que lo singularizan como una población originaria dentro de un determinado territorio; sino también desde un punto de vista subjetivo el cual tiene que ver con la *autoidentificación* como indígena. Criterio fundamental en el cual se conjugan la noción que el sujeto tiene de su pertenencia a una población indígenas y la aceptación y reconocimiento de esa población como uno más de sus miembros<sup>242</sup>. Este reconocimiento a su vez da forma constitutiva a la identidad colectiva, pues la «representación intersubjetiva, compartida por una mayoría de los miembros de un pueblo, que constituiría un *sí mismo* colectivo» (VILLORO 1998, 65).

Es así que tras la vigencia del Convenio 169 de la OIT, que expresamente señala como un criterio fundamental para determinar sobre quienes se aplican las disposiciones del Convenio, es que exista una conciencia de la identidad indígena o tribal. De esta manera se abrió paso a un nuevo paradigma de la identidad indígena, donde el sujeto es considerado como indígena cuando éste así lo afirma<sup>243</sup> y cuando exista una «pertenencia a la comunidad indígena, que es y ha sido tradicionalmente el *habitus*, el espacio social de los pueblos indígenas en el Continente (STAVENHAGEN 2010, 173). Podría así entenderse que la conformación de la identidad indígena se la realiza como ejercicio de la noción de *libertad cultural*, la cual no es otra cosa la facultad que tienen los individuos de vivir y de ser lo que ellos escojan, de elegir la identidad propia —lo que uno es— sin tener que desprenderse de los vínculos culturales que ha escogido (ONU 2004, 1)

Por otro lado las cifras poblacionales de los pueblos indígenas han permitido conocer no sólo la disimilitud demográfica que existe en algunos

---

<sup>242</sup> En el informe del estudio de la Subcomisión de las Naciones Unidas, sobre el problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, ya se señala que la pertenencia a un grupo étnico depende de dos factores: «la autoidentificación como miembro del grupo (conciencia de grupo) y el reconocimiento por el grupo de que esos individuos concretos pertenecen a él (aceptación por el grupo)» (MARTÍNEZ COBO 1983, 53).

<sup>243</sup> La negación o renuncia de la identidad indígena tiene implicancias en el fuero indígena. La Sentencia T-001/2012 de la Corte Constitucional de Colombia, plantea la posibilidad de que al renunciar el indígena a su identidad éste quede sometido a las consecuencias jurídicas del derecho penal ordinario sin restricción alguna. Esta situación, fuera de legitimar el ejercicio de la jurisdicción ordinaria en el enjuiciamiento de indígenas, muestra de forma meridiana «la idea de que la identidad indígena es una mera construcción formal, un arquetipo propio del derecho y la adjudicación. Este es, posiblemente, uno de los legados más fuertes de la perspectiva colonial sobre la alteridad» (ARIZA y ZAMBRANO 2012, 179).

pueblos<sup>244</sup>, sino también datos sobre la difícil situación en que se encuentran sus miembros y consecuentemente demandar la obligación que tienen los Estados de responder a las recurrentes necesidades que hasta la actualidad siguen siendo insatisfechas para estas comunidades originarias que históricamente han sido discriminadas<sup>245</sup>. Así lo ha reconocido la Corte Interamericana de derechos Humanos<sup>246</sup> en la primera sentencia que expresaba su visión sobre los derechos de los pueblos indígenas, pero además lo volvió a poner de manifiesto las Naciones Unidas en el año 2010 en su primer informe sobre el estado de los Pueblos Indígenas del Mundo, en donde advierte de las alarmantes estadísticas que muestran el racismo, la discriminación, la mala salud y la pobreza que siguen aquejando a la gente de estos pueblos que es tratada como si fueran ciudadanos de segunda categoría.

De acuerdo a las cifras aportadas por el Foro Permanente sobre Asuntos Indígenas de Naciones Unidas se estima que alrededor del mundo los sujetos que conforman los distintos pueblos indígenas ascenderían a 370 millones de personas (D. GÓMEZ 2013, 146), de los cuales según la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) al menos 45 millones se encuentran asentados en Latinoamérica, distribuidos en 826 pueblos indígenas en los distintos países de la región. A este respecto, es preciso señalar que dentro de los países que conforman la Comunidad Andina de Naciones —Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú—, y de acuerdo a los datos oficiales y estimaciones

---

<sup>244</sup> En Colombia en el Censo General del 2005, se pudo constatar la diferencia poblacional que existe entre pueblos indígenas es a veces abismal, así por ejemplo, mientras que pueblos como los Wayúu, los Nasa o los Embera cuentan con más de 200.000 personas cada uno, otros pueblos, como los Yamaleros, Makaguán o Tsiripu, no llegan a las 100 personas cada uno. Disponible en: [http://www.dane.gov.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=307&Itemid=124](http://www.dane.gov.co/index.php?option=com_content&view=article&id=307&Itemid=124).

<sup>245</sup> En 1971 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, realizó una proclama formal ante las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas, considerando que «la protección especial de los pueblos indígenas constituye un compromiso sagrado de los Estados» (ORDÓÑEZ 2010, 72). Compromiso que hasta ahora es absolutamente insatisfecho por los gobiernos que siguen viendo a los indígenas como indefensos objetos de todo tipo de discriminación.

<sup>246</sup> Según la Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, señala que: «[Los pueblos indígenas] han estado subordinados y marginados tradicionalmente por estructuras económicas, políticas y sociales discriminatorias, que prácticamente los han mantenidos en condición de ciudadanía de segunda clase, a pesar de que en las legislaciones formalmente los indígenas tienen los mismos derechos que tienen los no indígenas. Pero, en la realidad, esta ciudadanía es como imaginaria porque siguen sufriendo de formas estructurales de discriminación, de exclusión social, de marginación».



poblacionales, para el año 2010 en la región andina habrían existido alrededor de 16 millones de indígenas (CEPAL 2014, 43).

Conforme a los resultados obtenidos y comparando con los datos estadísticos, sobre todo en el siglo XX, se puede advertir que en números absolutos existiría un aumento de la población indígena en prácticamente todos los países de la región. La CEPAL sobre este asunto señala que si en el año 2000 existían alrededor de 30 millones de personas que se identificaban como indígenas, una década más tarde esa misma identificación ha experimentado un incremento del 49,3% lo que equivaldría a una tasa de crecimiento medio anual del 4,1% (2014, 44).

Un aspecto determinante para el establecimiento de la población indígena dentro de la dinámica demográfica, ha sido la formulación de encuestas ya que son estas un medio estadístico útil para establecer quien es indígena y quien decide no serlo. Por ello es que puede decirse que la identidad es algo que en la persona se va construyendo, que no es algo preestablecido por cuanto cada persona se va definiendo en función de las relaciones sociales que llegue a establecer; y en tal sentido la identidad vendría a ser un concepto que se encuentra construido socio-culturalmente.

En efecto la génesis de la identidad indígena sobrepasa los rasgos distintivos propios de cada persona, dirigiéndose más sobre el campo de la interacción social en la se desenvuelve el sujeto. Así de acuerdo a las posibilidades que vaya encontrando tenderá a identificarse como indígena o tratará de evitar ser reconocido como tal, pudiendo ser esto último el aspecto que determine la aceptación o rechazo del *otro* de acuerdo al modo que lo catalogue el grupo social del cual él no forma parte pero tiene la intención de serlo, por las condiciones negativas que resulta el no pertenecer a éste.

Así la autoidentificación que cada persona decide hacer y construir de sí misma cuando es influenciada por prejuicios sociales, la colocan en el dilema de elegir entre el ser incluido dentro del grupo de los iguales o de los diferentes, de lo común y lo que termina por diferenciarlo y caracterizarlo dentro de la sociedad. En definitiva la interacción o dinámica que se da «con la cultura de la sociedad mayoritaria y con pensamientos y conductas que tienen su base en el desarrollo económico/capitalista y las nuevas tecnologías» (BRANDT y

VALDIVIA 2007, 45) producen una ruptura volitiva que le hace elegir entre ser indígena o mimetizarse como mestizo<sup>247</sup>.

### 3.2 El elemento orgánico: las autoridades indígenas

Resulta evidente que las estructuras políticas propias de los pueblos indígenas, a pesar de las imposiciones y fragmentaciones sufridas en el inacabado proceso de colonización, hoy se encuentran atravesando un proceso de reconstrucción o reconstitución de sus formas organizativas así como de sus formas tradicionales de solución de conflictos<sup>248</sup>. Es así que dentro de esta dinámica de recuperación o fortalecimiento de lo autóctono, está el redescubrimiento del protagonismo que tienen las autoridades indígenas por ser estas las encargadas de dar vitalidad al denominado derecho indígena.

La designación y denominación que hoy en día se da a las autoridades indígenas depende de las tradiciones y de la organización que tenga cada pueblo<sup>249</sup>. Sin embargo, ha dejado de existir la tradición de que quien dirigía y ejercitaba la función de autoridad máxima en una comunidad indígena fuera el hombre con mayor reconocimiento por su bravura, elocuencia y cualidades de líder (BRANDT y VALDIVIA 2006, 68) o también el mejor cazador que se ayudaba por la sabiduría de los *ancianos*, a quienes se les tenía con un mayor grado de respeto y consideración por ser personas con una mayor cantidad de conocimientos.

Hoy en día se deja notar que la organización social impuesta por los colonizadores españoles, no sólo influenció sino que penetró en la organización social propia de los pueblos indígenas. Sus signos son evidenciables a la hora

---

<sup>247</sup> Aníbal Quijano menciona que a mediados del pasado siglo en el Perú empieza a aparecer lo que él denomina el fenómeno de la *cholificación*, hecho social que no es más que «un proceso en el cual determinadas capas de la población indígena campesina, van abandonando algunos de los elementos de la cultura indígena, y adoptan algunos de los que tipifican a la cultura occidental criolla, y van elaborando con ellos un estilo de vida que se diferencia al mismo tiempo de las dos culturas fundamentales de nuestra sociedad, sin perder por eso su vinculación original con ellas» (1974, 19).

<sup>248</sup> Un claro ejemplo de esta cuestión se produce en Ecuador respecto de los Pueblos Saraguros, en razón de que estos recién en el año 2001, y luego de que la Constitución reconociera el derecho que les asiste a administrar justicia, comenzaron a reconstruir sus normas y su justicia comunitaria por lo cual se puede decir que «la norma constitucional no ratificó una práctica cultural preexistente, sino que promovió una rememoración a normas y procedimientos de justicia vigentes en décadas» (BRANDT y VALDIVIA 2006, 47).

<sup>249</sup> Raquel Yrigoyen refiere que sería un completo irrespeto a la autonomía organizativa de las culturas indígenas, el hecho de que el Estado interviniera y no el propio pueblo o comunidades indígenas en la designación de sus propias autoridades (YRIGOYEN 2000).

de representar a la autoridad indígena, pues esta no es solamente personal sino pluripersonal, ya que se ha generalizado la conformación del *Cabildo* como institución de máxima representación de la autoridad comunitaria, ya que desde la mitad del siglo XVI la introducción de esta institución de factura europea comenzó a integrarse como parte importante de la vida política de los pueblos indígenas, no sólo porque los indígenas se adaptaron a esta forma de organización agregando especificidades y particularidades propias, sino porque la legislación posteriormente promulgadas encasillarían y reglamentarían, bajo la institución del cabildo la estructura de sus autoridades<sup>250</sup>.

Por ello no es extraño que en las comunidades indígenas, inclusive en las que se encuentran ubicadas en zonas selváticas y que han sido contactadas, cuenten con una directiva organizada de forma similar a la que tienen la cultura hegemónica o dominante, es decir conformada por una Asamblea general, una directiva y la autoridad principal que es el presidente<sup>251</sup>, se trataría, pues, de una estructura que se deriva de las normas sobre asociaciones civiles.

Ésta forma de organización evidencia que ha dejado de existir esa forma tradicional de organización, en donde el mejor de los cazadores era quien se convertía en el caudillo a quien el pueblo o la comunidad, por su bien ganado reconocimiento seguían y obedecía. Hoy esa realidad simplemente se ha reducido a una imitación que es ajena a sus tradicionales y formas originarias de organización. La selección de sus autoridades tiene un cierto paralelismo con las formas democráticas traídas desde occidente, pero añadidos cierto matices y caracterizas propias, ya que el voto individual, secreto, universal y directo en los pueblos indígenas se modifica y se lo adapta a su contexto social

---

<sup>250</sup> En Colombia con la Ley 89 de 1890 se reglamentó a los Cabildos, mientras que con el Decreto 2164 de 1995, el cabildo adquirió una definición legal pues el art. 2 de dicho decreto dice: «Cabildo Indígena. Es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer autoridad y realizar las actividades que les atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad».

<sup>251</sup> En Perú la Ley N° 24656 de 1987, en el art. 16 define a cada uno de estos órganos. Sin embargo Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y Desarrollo Agrario de las Regiones de Selva y Ceja de Selva y su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-79/AA, ha implantado unas autoridades que han sido ajenas a las comunidades nativas. En este sentido los arts. 21 y 22 del Reglamento señalan que la estructura de todas las comunidades nativas será: asamblea general, junta directiva comunal, jefe de la comunidad, secretario, tesorero y secretario de producción y comercialización (BRANDT y VALDIVIA 2006, 68-69).

mediante un sistema de elecciones públicas, abiertas y colectivas<sup>252</sup> que se adaptan a sus propios principios, valores, normas y procedimientos, constituyéndose así en una expresión legítima de selección de sus autoridades que serán las encargadas de afrontar y resolver los problemas más graves surgidos dentro de la comunidad.

Por otro lado, no es desconocido que en algunos pueblos indígenas han retomado los nombres que se daban a sus autoridades ancestralmente<sup>253</sup> pero que en definitiva, por encima del nombre lo que brilla es la destacada función que las autoridades cumplen como cohesionadoras y orientadoras de la comunidad. La labor que las autoridades indígenas realizan al servicio de la comunidad en el común de los casos son cargos honoríficos, por decirlo de alguna manera, ya que no reciben ninguna retribución o estipendio de orden económico, a pesar de la injerencia que han tenido varias ONGs dentro de algunas comunidades indígenas. Sobre todo en las décadas de los años setenta en que se buscaba asimilarlos a la cultura dominante. Es de señalar que estas organizaciones se dieron la tarea de promover una lógica remunerativa por la labor que desempeñan ciertas autoridades indígenas. Así se alteraron sus costumbres y generando disputas por el poder, que en unos casos llevó a que se susciten actos de corrupción (LLÁSAG 2012, 121), sea por la codicia o quizás por la inexperiencia en la administración de recursos de sus dirigentes<sup>254</sup>.

---

<sup>252</sup> Es de señalar que en Perú, en las comunidades de Cusco y Puno existe una diferenciación entre los comuneros (*comuneros en calificación*, *comuneros calificados*, *comuneros no residentes* y *comuneros descalificados*) lo cual incide en que estos tengan voz y voto dentro de la comunidad (BRANDT y VALDIVIA 2007, 50-53)

<sup>253</sup> En Bolivia a las autoridades indígenas según la cultura y la región pueden se denominan como: «Mallkus, Kurax Mallkus, Segunda Mayor, Kurakas, Sullka Mallkus, Jilaqatas, Caciques, Jilanqus, Justicia Comunal, Tamanis, Qamanis y Secretarios Generales, entre otros. A su vez, en la Amazonia, Chiquitanía y el Chaco las autoridades son el Cacique, Capitán (*mburuvicha*), Secretarios Generales, corregidores y otros.» (BAZURCO y EXENI 2012, 57). En Colombia, así mismo, las denominaciones que se dan a las autoridades indígenas son: Mamo (en las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta), Werjayá (en el pueblo Uwa), Nele (en el pueblo Tuie), Tewala (en el pueblo Nasa); en la zona de Orinoquía y Amazonía a las autoridades son llamadas: caciques, curacas y capitanes, mientras que en la zona andina lo que predomina es la figura del Cabildo.

<sup>254</sup> Este tipo de problemas también se puede apreciar en Colombia, donde a partir de la Ley 715 del año 2001, los resguardos legalmente constituidos son beneficiarios de recursos por parte del Estado (art. 83). Hecho que ha dado lugar a que se presenten conflictos relacionados con irregularidades en la justificación y distribución de los mencionados recursos entre la población (ROMERO 2012, 28).

Pese a lo anteriormente señalado hay que destacar que a pesar de las injerencias acaecidas, estas no han llegado mayormente a desvirtuar la esencia que encierra el cumplimiento de las funciones de una autoridad indígena, la cual no solamente asume su cargo como un compromiso moral, sino también como el cumplimiento de una función social<sup>255</sup> ante la comunidad, la misma que confiando en las capacidades de liderazgo del elegido, le confieren varias atribuciones acordes con su dignidad. En estas se consideran principalmente aquellas que giran en torno al manejo administrativo del territorio, el ejercicio del control social de la propia comunidad según sus tradiciones ancestrales y sus derecho propio, así como también las labores de adecentamiento, productivas, festivas, rituales y demás actividades que lo necesiten para conseguir el funcionamiento de la comunidad durante el tiempo que duren sus funciones ya que generalmente en la gran mayoría de comunidades indígenas existe una práctica de rotación en los cargos pues «[l]uego de terminar el mandato, los dirigentes dejan sus cargos para que otros comuneros puedan ocuparlos y ellos postulan a otras funciones de la comunidad» (BRANDT y VALDIVIA 2007, 63).

No obstante, al término del gobierno de las autoridades indígenas suelen organizarse festejos de reconocimiento a la labor desempeñada. La gratitud expresada es debida a que la autoridad al desempeñar adecuadamente sus funciones, contribuye a satisfacer las necesidades más elementales que requiere la comunidad, aminorando así los efectos perniciosos del aislamiento y marginalidad que ocupan. Por ello es común que se entreguen presentes a la autoridad saliente como símbolo de la aprobación de su labor en beneficio de la comunidad, pero hay también ocasiones en que las autoridades descuidan sus funciones e incluso dejan en impunidad ciertas infracciones por causas derivadas de afectos familiares y fraternales (ROMERO 2012, 21), lo que provoca que sean removidas de sus cargos con el respectivo reproche que incluso en algunas comunidades puede extenderse hasta los miembros de su núcleo familiar, como es el caso de la Nación Originaria Aymara *Jach'a*

---

<sup>255</sup> Para los pueblos aymara, que manejan la tierra y otros recursos de forma comunitaria, el cumplimiento un cargo encarna una función social de obligatorio cumplimiento derivada del derecho de acceso y la posesión de la tenencia de la tierra (BAZURCO y EXENI 2012), pues en las comunidades indígenas rige el principio de complementariedad vincula el ejercicio de derechos con el cumplimiento de obligaciones (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 112).

*Karangas* ubicada en el departamento de Oruro en Bolivia (MENDOZA 2010, 25).

El tiempo que duración de las autoridades difiere según las costumbres de cada comunidad. El influjo del nuevo orden social, instaurado con la colonización y consolidado con los Estados democráticos, determino que las autoridades fueran ocupando sus dignidades por un tiempo determinado según el nivel de cada autoridad y las costumbres de cada región o cultura, máxime si se tiene en cuenta que la intromisión del Estado<sup>256</sup> paulatinamente fue obligando a que los pueblos indígenas positivasen sus formas de organización, tal como ocurrido con las políticas de distribución de sus territorios.

En efecto, las políticas de Reforma Agraria<sup>257</sup> obligaron a que las comunidades indígenas diseñen y registren por medio de Estatutos su forma de organización interna. Esta labor al ser ajena para las comunidades indígenas determino que recurran masivamente ante profesionales del derecho que eran completamente ajenos a su realidad.

Los abogados se convirtieron en profesionales muy solicitados por los dirigentes indígenas, pues estos utilizando modelos prefijados redactaron los estatutos de las comunidades en función de los requerimientos legales y una que otra particularidad que los dirigentes, desconocedores del derecho ordinario, solicitaban que se hiciera constar. De esta manera algunos de los estatutos que se elaboraron para las comunidades indígenas contenían no solamente la forma de elección de sus autoridades, sino que en ciertos artículos de forma muy general se hacía mención a las faltas y la gradualidad de ciertas sanciones que podían imponerse a quienes infringían determinadas normas sociales (E. RIVERA 2010, 100).

---

<sup>256</sup> En la Ley 89 de 1890, en el art. 3, ya se establecía que: «En todos los lugares en que se encuentre establecida una parcialidad de indígenas habrá un pequeño Cabildo nombrado por éstos conforme a sus costumbres. El periodo de duración de dicho Cabildo será de un año, de 1 de enero a 31 de diciembre. Para tomar posesión de sus puestos no necesitan los miembros del Cabildo de otra formalidad que la de ser reconocidos por la parcialidad ante el Cabildo cesante a presencia del Alcalde del Distrito».

<sup>257</sup> En Bolivia, como en el resto de los países andinos, la reforma agraria significo la asimilación de los pueblos indígenas a un estatus de campesinos; lo que implícitamente significa una negación de los elementos culturales, sistemas de gobierno y las formas de justicia propia que estos pueblos mantenían.

Y aunque en muchos lugares las normas estatutarias no fueron más que letra muerta, no hay que desconocer que ciertas prescripciones de estas llegaron a asentarse dentro de las organizaciones indígenas como fue el caso de la elección de sus autoridades. No es extraño que en la actualidad la designación de estas dignidades comunales se las haga mediante elecciones democráticas y deliberativas en las cuales los comuneros mostraran su apoyo o su desacuerdo con los aspirantes, para luego seguir con la posesión de la autoridad elegida mediante una ceremonia que legitimará su dignidad frente a toda la comunidad.

Las ceremonias se encuentran compuestas por una fuerte carga simbólica, en la cual especial relevancia tiene la entrega del bastón de mando como identificativo externo del reconocimiento de la autoridad por parte de la comunidad. Junto con el bastón de mando en algunas comunidades suelen según sus usos y costumbres, acompañar otras prendas que no solamente destacan y dan mayor notoriedad a la autoridad indígena, que pasa a ser portadora de la potestad jurídica dentro de su sociedad, sino que su indumentaria guarda una connotación incluso sobrenatural, como ocurre en algunas comunidades de Bolivia donde, por ejemplo: el poncho, el bastón de mando o el chicote se considera que otorgan a las autoridades una protección simbólica contra la maldad o conjuros. Apuntándose que este tipo de consideraciones en cierto modo guardan alguna similitud con las creencias que se tenía en tiempos del Imperio incaico, donde las insignias de mando se consideraban que eran objetos que guardaban una enorme fuerza mágica y divina (ESPINOZA 1995).

Aunque pueda parecer que cualquier comunero está facultado para ejercer el cargo de autoridad, lo cierto es que su selección sobrepasa la valoración momentánea o coyuntural de los tiempos. Quienes pueden llegar a ser autoridades administradoras de justicia tiene que someterse a la validación no solamente de requisitos formales, como la edad, el género, el estado civil, liderazgo, experiencia (F. GARCÍA 2002, 49) sino también que habrán de pasar por un filtro moral en el cual se valora todo el comportamiento que el comunero ha tenido frente a la comunidad durante su vida.

El escrutinio público al que es sometido quien puede llegar a ser una autoridad indígena, es el que devela si éste ha actuado con respeto, responsabilidad, honradez, solidaridad, confianza y más cualidades reconocidas en la interrelación de sus miembros en la cotidianidad de la comunidad. Aquí no hay engaños dado que la comunidad sabe y conoce a los miembros más valorados, así como también identifica a los que son tenidos como flojos, mentirosos, irresponsables, problemáticos, etc., no como forma de estigmatizarlos sino como mecanismo de exclusión que permite visibilizar a los comuneros más idóneos para delegar las correspondientes responsabilidades en las cuales el interés de la comunidad se encuentra de por medio.

Dentro de la administración de justicia, la autoridad indígena aparte de conocer y respetar las normas de la comunidad éste debe de «cumplir una serie de características: honestidad, imparcialidad, sabiduría legitimidad y reconocimiento moral, habilidades sociales y comunicativas, y el manejo de técnicas de persuasión y conciliación» (BARIÉ 2008, 113), para lograr con ecuanimidad restablecer la armonía en la comunidad afectada por el conflicto, cuyo origen puede ser de cualquiera naturaleza ya que las autoridades indígenas no están obligadas a reconocer las categorías y clasificaciones vigentes en el derecho oficial.

En efecto, las autoridades indígenas al ser representantes de la estructura propia de sus comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas están facultadas para atender todos los conflictos que se les presente, cualquiera que sea su materia o importancia. Para ello las autoridades se valdrán de todos los medios que estén a su alcance, incluso recurriendo a la opinión de ex autoridades, pues estas por su experiencia se convierten en portadoras de una memoria de procedimientos y sanciones (BAZURCO y EXENI 2012, 66). Así la autoridad de la comunidad podrá resolver de mejor manera el problema o de darse el caso, ante la ajenidad o gravedad del problema, optará por declinar su competencia y remitir el caso a la justicia ordinaria para su solución.

En este contexto se debe mencionar que el derivar o recurrir a la justicia ordinaria casos que no pueden ser resueltos por las autoridades indígenas, se debe a cuestiones de integración y de asimilación que las culturas indígenas



han pasado. La pérdida de la capacidad que otrora tuvieron de dar respuesta a todos los conflictos que se presentaban en su comunidad, ha hecho que ante la gravedad de ciertos hechos —homicidios, violaciones, etc.—, las sanciones tradicionales que disponen resulten ser insuficientes ante las exigencias del Estado de responder con mayor severidad frente a determinados casos, por lo cual ante dicha incapacidad se suele recurrir a la justicia ordinaria<sup>258</sup> para que ésta, siguiendo el debido proceso, imponga la consecuencia jurídica que por antonomasia caracteriza desde el siglo XIX al sistema penal ordinario<sup>259</sup>.

En el caso del Perú, por ejemplo, las Comunidades campesinas y nativas, que se encuentran regidas por la Ley N° 24656 de 1987, si bien tienen dentro de su organización la Asamblea general que representa el máximo órgano para conocer cualquier clase de conflictos, las comunidades campesinas no han dejado de acudir asiduamente a las autoridades oficiales en cuyos cargos muchas veces figuran indígenas<sup>260</sup> de la propia comunidad.

Sin embargo esto no significa que dentro del contexto de la jurisdicción indígena dichos funcionarios sean reconocidos como autoridades indígenas, puesto que dentro de la consideración de autoridad indígena no se contemplan aquellos miembros que perteneciendo a una etnia indígena llegan a desempeñar algún cargo público, cuya actividad se desarrolla o se vincula de alguna manera con los pueblos indígenas como es el caso de: fiscales, comisarios, alcaldes, jueces de paz etc.

Es claro en todo caso que estos funcionarios están incapacitados para atribuirse cualquier potestad jurisdiccional amparándose en el ejercicio del derecho indígena, como ocurriría con los modelos integracionistas en los cuales las autoridades reconocidas por los pueblos o comunidades indígenas debían

---

<sup>258</sup> Las autoridades de las comunidades indígenas que habitan en Perú, a diferencia de las que se encuentran en los demás países andinos, son más recurrentes a delegar su función jurisdiccional en los Jueces de Paz que son la única forma de presencia del Poder Judicial en sus sectores.

<sup>259</sup> La pena impuesta para los casos graves derivados a la justicia ordinaria es generalmente la cárcel. En Colombia, por ejemplo, el «Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad de Popayán [...] se ha convertido en la cárcel indígena para el sistema penal colombiano» (ARIZA y ZAMBRANO 2012, 63).

<sup>260</sup> Un caso paradigmático es el que se presenta en Bolivia, donde el Tribunal Constitucional plurinacional, la jurisdicción agroambiental y la Corte Suprema; por mandato constitucional, deben incorporar en la composición de sus integrantes a indígenas, logrando conjugar la visión ordinaria con la indígena (YRIGOYEN 2011, 152).

aplicar el derecho estatal y por el contrario las autoridades estatales debían de aplicar normas del derecho indígena (YRIGROYEN 2000).

Por otro lado, la autoridad indígena a más de ser responsable de velar por la integridad tanto física como psicológica de la persona que está siendo sancionada, tiene la obligación de que la sanción propinada no llegue a ser igual o superior al daño causado a la víctima, puesto que de incurrir en esto la pena sería meramente retributiva y consecuentemente atentatoria a los derechos humanos del infractor, que son los límites contenedores del derecho consuetudinario indígena y que expresamente se encuentran fijados en las distintas constituciones andinas, como en los respectivos instrumentos internacionales.

Así la autoridad indígena es la responsable no sólo representar a los miembros de su colectivo, sino también de garantizar que todos los derechos del justiciable sean respetados en el proceso de administración de justicia. Hecho que de ser el caso deberá ser debatido ante la Corte Constitucional de cada país, cuando a juicio de cualquiera de las partes la autoridad indígena no ha garantizado el cumplimiento de los derechos reconocidos en la Constitución. Cosa que de comprobarse dejaría sin ningún valor jurídico la decisión de la autoridad indígena, pero además la sujeción de esta a las mismas responsabilidades que son aplicables a cualquier funcionario o empleado judicial porque al estar sometidos a la Constitución y a las leyes, las autoridades indígenas «adquieren por igual la responsabilidad de respetar, garantizar y velar por la salvaguarda de los derechos de las personas que intervienen en el proceso, sin importar el sexo, la raza, el origen la lengua y la religión» (R. ARIZA 2010, 110), con lo cual queda descartado que pueda, ante comprobadas violaciones de los derechos humanos en clave intercultural, justificar actuaciones de autoridades indígenas amparándose en el ejercicio del derecho propio pues es claro los Derechos Humanos deben de ser plenamente respetados en una relación intercultural.

### **3.2.1 Atribuciones jurisdiccionales**

En el lenguaje jurídico la palabra jurisdicción suele tener diversos significados, sin embargo desde un punto de vista técnico el término jurisdicción se lo relaciona con la facultad de administrar justicia. Por tanto las

autoridades indígenas, desde el reconocimiento constitucional del derecho indígena, formalmente se encuentran revestidas de la potestad de dirimir controversias, mediante la administrar justicia conforme a los principios, valores, normas y procedimientos existentes dentro de la estructura propia sus comunidades<sup>261</sup>.

En todas las Constituciones andinas —Colombia (art. 246), Ecuador (art.171), Perú (art. 149), Bolivia (art. 190) — se establece que las autoridades son las encargadas de resolver los conflictos dentro de sus comunidades con arreglo a los principios, valores, normas y procedimientos vigentes en sus sociedades, con lo cual se devuelve a la costumbre el valor que otrora tuvo como primer referente de la organización política previo a la formación de los Estado.

Es por ello que cuando se habla de jurisdicción indígena, se está haciendo referencia al poder de los pueblos indígenas de acudir ante sus autoridades para la solución de sus conflictos dentro de sus territorios y de acuerdo a los mecanismo que se desprendan de sus costumbres, las cuales a pesar de no encontrarse escritas son consideradas y aceptadas como fuente de derecho de un pueblo.

Y es que el derecho indígena predomina el derecho de la costumbre, dado que para su vigencia no requiere de la sanción o promulgación de ningún referente normativo escrito proveniente de algún ente estatal, pues lo que verdaderamente concede validez y determina la aceptación de las normas consuetudinarias es la repetición continuada de determinadas prácticas que se dan en la contigüidad del tiempo y del espacio (espacio-temporal), y sobre las cuales se crea la convicción de que se está actuando bajo el cumplimiento de una obligación legal y por tanto puede ser coercitivamente exigido a sus miembros. De esto se desprende que aunque la costumbre puede partir de los usos y convenciones sociales, al volverse un derecho puede superar las sanciones sociales e incorporar sanciones de carácter jurídico exigibles a

---

<sup>261</sup> En el art. 7 de la Ley de Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia, la jurisdicción indígena se define como «la potestad que tienen las naciones y pueblos indígena originario campesinos de administrar justicia de acuerdo a su sistema de justicia propio y se ejerce por medio de sus autoridades, en el marco de lo establecido en la Constitución Política del Estado y la presente Ley»

todos los miembros grupo social, dado que el derecho indígena no está compuesto por prácticas asiladas y repetidas inmemorablemente, sino por prácticas que «tienen un eje cultural que las articula a modo de sistema [de] normas, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno» (YRIGOYEN 1999, 17).

Desde el punto de vista de la jurisprudencia y la doctrina, para que se configure una costumbre deben existir dos elementos concurrentes: uno objetivo, integrado por la repetición de una misma conducta que sea: a) practicada y compartida por los integrantes del grupo; b) que tenga una repetición constante y uniforme de los actos y reacciones ante circunstancias semejantes; c) que su tiempo de duración sea medido en años, sin que esto se traduzca en estatismo de las costumbres, pues estas dentro de los pueblos indígenas son dinámicas y en continua adecuación, y otro s subjetivo, la conciencia reflexiva que deben de tener los integrantes de los pueblos indígenas de que determinados comportamientos, que cubren necesidades jurídicas, se deben de cumplir por ser jurídicamente obligatorios (ROHRMOSER 2006, 785).

En este contexto, las autoridades indígenas a la hora de administrar justicia deberán saber que están actuando conforme lo señalan las normas consuetudinarias de su pueblo. Resalta el hecho de que las costumbres que sólo adquirirán la categoría de jurídicas cuando estas contemplen los diversos elementos mencionados, pues de lo contrario carecerán de fuerza obligatoria haciendo ilegal la aplicación de la administración de la justicia indígena.

Sin embargo, en algunos casos a pesar de que las costumbres cumplan con los elementos señalados, estas pueden resultar ilegales, por la sencilla razón de que ciertas costumbres al ser interpretadas desde una óptica distinta a los pueblos indígenas, se las considera contrarias a los derechos fundamentales que la Constitución ampara. Aspecto que a decir de Fernando García, sería incorrecto si se tienen en cuenta los aportes de la Antropología jurídica debido a que estos manifiestan que la interpretación de la Constitución es conforme a la cultura de cada pueblo, por ello es que no toda «interpretación debe ser igual, la interpretación debe ser de acuerdo con la cultura en donde se aplique la norma» (F. GARCÍA 2005, 165).

Por otro lado, el alcance de la jurisdicción de las autoridades indígenas se encuentra limitada a los conflictos interno de la comunidad, entendiéndose esto como el hecho de que el conflicto deberá tener repercusión en sus propios territorio incluso en los casos en que los involucrados no pertenezcan al grupo social indígena, debido a que muchos se valen de la situación rural en la que se encuentra estos pueblos para efectuar actos prohibidos por sus costumbres que lesionan o ponen en peligro la vida comunitaria. Por lo cual el hecho de no pertenecer y no aceptar las costumbres indígenas, como jurídicamente obligatorias, no obsta a que cualquier persona ajena a la comunidad deba someterse al sistema de justicia indígena respectivo, dentro del cual la autoridad indígena valorara el nivel de desconocimiento que el acusado tenía al momento de haber roto la paz y el equilibrio comunitario.

### 3.3 El elemento geográfico o territorial

Según menciona Gilberto Giménez, el territorio es básicamente «el *espacio apropiado* por un grupo social para asegurar su reproducción y la satisfacción de sus necesidades vitales, que pueden ser materiales o simbólicas» (2001, 6). Enfatiza que cuando se considera al territorio como mercancía generadora de utilidades, ámbito de jurisdicción del poder, zona de refugio, etc., se está dando el polo utilitario o funcional de la apropiación del espacio. En cambio, cuando al territorio se lo tiene como lugar en donde se enraízan las tradiciones, la historia de los antepasados, los recintos sagrados o la propia identidad de un grupo, se está enfatizando el polo simbólico-cultural de la apropiación del espacio (2001, 7).

En este contexto cabe decirse que el dominio ancestral que tienen los pueblos indígenas sobre sus territorios, y que es un presupuesto para su autodeterminación<sup>262</sup>, se encuentra impregnado por una gran significación simbólico-cultural. Así, pues, la madre tierra o Pachamama tiene un significado sagrado pues todo lo que en ella existe se encuentra en armonía y equilibrio formando un universo social y espiritual (BAZURCO y EXENI 2012, 115).

---

<sup>262</sup> Así lo reconoce la Constitución Boliviana en el art 2 al señalar que «Dada la existencia precolonial de las naciones y pueblos indígena originario campesinos y su dominio ancestral sobre sus territorios, se garantiza su libre determinación en el marco de la unidad del Estado [...]»

En 1992 al recibir el premio nobel de la paz, la líder indígena guatemalteca Rigoberta Menchú enfatizó que la concepción que tienen los pueblos indígenas de la tierra no se reduce a una cuestión de posesión y producción, como la tienen las personas que son ajenas a estas colectividades, sino que para ellos, además, existe un nexo material y espiritual puesto que:

«[L]a madre tierra no es solo una fuente de riqueza económica que nos da el maíz, que a su vez es nuestra vida. Ella también nos provee de tantas otras cosas que los privilegiados de hoy se esfuerzan después. La tierra es la raíz y fuente de nuestras culturas. Guarda nuestras memorias, recibe a nuestros ancestros y nos exige que la honremos y le devolvamos, con ternura y respeto, los bienes que nos ha entregado» (citado en M. BERRAONDO 2000, 48).

Al ser la tierra base fundamental de sus culturas, las demandas de los pueblos indígenas desde sus comienzos han estado dirigidas a la reivindicación de aquellos territorios donde han desarrollado sus actividades tradicionales de tipo social, político, económico y cultural, pues ellos saben que la pérdida o desplazamiento de sus tierras ancestrales ha sido motivo para que sucumban sus tradiciones y su identidad cultural.

En la esfera internacional estas demandas tuvieron eco desde que se reconoció a los indígenas como pueblos, es decir, desde que se suscribe el Convenio 169 de la OIT por cuanto en éste instrumentos internacional contempla el derecho a la propiedad colectiva que tienen los pueblos indígenas sobre sus tierras<sup>263</sup> no sólo por ser la base de su subsistencia, sino porque estas son parte fundamental de su cosmovisión, cultura y religiosidad.

Según el Convenio 169 de la OIT, por territorio se entiende «la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos [...] ocupan o utilizan de alguna otra manera» (art. 13, 2) e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive «las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia» (art. 14. 1). Con esta consideración el Convenio dejó en claro

---

<sup>263</sup> Así se establece en los arts. 13, 14 y 17 del Convenio 169 de la OIT, pero además hay que señalar que tras este Convenio en el marco internacional se han dado una algunas iniciativas que definen y defiende las tierras y territorios indígenas como es el caso de la Agenda de 1998, el Convenio de la Biodiversidad Biológica de 1992 y sobre todo la DNUDPI en sus arts. 25, 26 y 27, que aunque no tiene un carácter vinculante es un gran avance respecto del reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, dado que en algunos países no tiene vigencia el Convenio 169 o la jurisprudencia de la Corte IDH (FIGUERA 2011, 124).

que el ámbito territorial no remite a tierras que tengan un título de propiedad legalmente reconocido, sino al espacio geofísico que al presentar las condiciones apropiadas ha servido a los pueblos indígenas para desarrollar su existencia, no sólo como una cuestión de posesión y producción sino también como un espacio a través del cual han podido preservar su legado cultural y transmitirlo a sus generaciones.

Así lo ha dejado también presente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual en reiteradas decisiones, ha expresado que el territorio para los pueblos indígenas no abarca solamente un elemento material, entendido como un espacio físico donde ellos habitan y desarrollan cuestiones de posesión y producción, sino que los territorios indígenas también son los que desarrollan su dimensión espiritual que es la base esencial de sus culturas<sup>264</sup> y por tanto amerita una interpretación distinta a la concepción que tradicionalmente los Estados han dado a la propiedad, ya que de lo contrario «[...] equivaldría a sostener que sólo existe una forma de usar y disponer de los bienes, lo que a su vez significaría hacer ilusoria la protección de tal disposición para millones de personas»<sup>265</sup>.

Por otro lado, es pertinente señalar que paralelamente con el reconocimiento de los territorios indígenas, los instrumentos internacionales fijaron sobre estos los límites geográficos sobre los cuales habría de desarrollarse otro de los derechos que les fue reconocido como es el derecho al ejercicio de la administración justicia indígena. Es así que atendiendo esta consideración, hoy todas las Constituciones andinas señalan la conexión que existe entre el ejercicio de la jurisdicción indígena y el espacio geográfico que ocupan sus territorios, es decir, que las formas de control social que las autoridades indígenas aplican sobre sus miembros no son concebibles sin referencia a un determinado territorio, puesto que éste constituye la base irrenunciable para el ejercicio de la jurisdicción indígena (SEMPER 2006, 772).

---

<sup>264</sup> Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 31 de agosto de 2001; *Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007 (GALVIS y RAMÍREZ 2013, 222).

<sup>265</sup> Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 27 de junio de 2012.

No obstante, a sabiendas de que existen muchas comunidades que no tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas, se ha emitido normas que tienden a restringir el horizonte espacial donde las comunidades indígenas han desplegado su existencia. Un claro ejemplo de esto se da en el Código civil peruano, pues este en su art. 136 establece que «son de propiedad comunal las tierras poseídas de acuerdo al reconocimiento e inscripción de la comunidad». Prescripción que desconoce que la propiedad comunal indígena se asienta en un derecho originario dado que estos fueron los habitantes primigenios anteriores a la fundación de los Estados. En tal virtud, el contenido de esta norma es perverso puesto que el reconocimiento de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas se basa en la inscripción y la expedición de un título de propiedad que otorga el Estado, lo cual demuestra la continuación encubierta del control político y social de las poblaciones.

Y es que el principal problema que tiene los territorios indígenas es que son tierras fértiles y ricas en distintos tipos de recursos, lo cual lleva disputas permanentes dentro de las coordenadas del poder de los Estados ya que estos emprenden incursiones violentas sobre sus territorios a fin de ejecutar megaproyectos, irrespetando completamente los derechos que los pueblos indígenas tienen sobre estas tierras. Dentro de los Estados andinos se aprecia que en gran medida, y pese al reconocimiento que existe en las Constituciones, todavía predominan los criterios económicos sobre los derechos de los pueblos indígenas, tema que conlleva no solamente a la disminución de sus territorios sino que con el paso del tiempo desemboca en la extinción de culturas completas, configurándose esta situación dentro de lo que Zaffaroni llama *masacres por goteo* (2011, 432) o quizá para el caso del pueblo Awa en Colombia o los pueblos Taromenani y Waorani en Ecuador (CABODEVILLA y AGUIRRE 2013, 27), haya que hablarse de *exterminios o genocidios por goteo*, toda vez de que su caso podría subsumirse dentro de lo que en el derecho penal internacional se encuentra tipificado como un crimen de genocidio<sup>266</sup>, el

---

<sup>266</sup> En este sentido podría hacerse referencia a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio (art. 2) así como el Estatuto Penal Internacional (art. 6) que señala que: «se entenderá por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que



mismo que no necesariamente se debe encontrar relacionado con un conflicto armado, sino que pueden ser también causa de determinadas políticas gubernamentales (ABELLÁN 2001, 10).

### 3.4 El elemento normativo: el sistema jurídico propio

Para Francisco Muñoz Conde los elementos comunes que conforman todas las formas de control social son: «la infracción o quebrantamiento de la norma, la reacción a ese quebrantamiento en forma de sanción y la forma o procedimiento a través del cual se constata el quebrantamiento y se impone la sanción» (MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN 2010, 31).

En este contexto, el sistema jurídico<sup>267</sup> de los pueblos indígenas, más conocido como justicia o jurisdicción indígena, como forma de control social formalizado también se encuentra integrada por un conjunto normas, sanciones y procedimientos propios destinados a resolver los conflictos que surgen en la comunidad. Más estos no tendrán las mismas características que los elementos que conforman el control social de las sociedades de raigambre occidental, en virtud de que el derecho indígena, a diferencia del derecho positivo, remite a un conjunto de normas de tipo tradicional que carecen de referentes escritos y que emanan del consenso y la realidad cambiante de la comunidad (STAVENHAGEN 1991, 304).

Se considera que el conocimiento de las normas establecidas consensualmente, se debe a que estas han sido reproducidas y transmitidas oralmente por todos los miembros de la comunidad a través del tiempo, valiéndose de distintas estrategias —discursos, adagios, metáforas, costumbres, etc.— que sustentadas en una concepción filosófica de orden cósmico, ha incidido eficazmente en el imaginario social de cada uno de los miembros de la comunidad (GARCÍA VITOR 2005, 139).

---

hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo [...]».

<sup>267</sup> La denominación de sistema jurídico se encuentra establecida en la DNUDPI en el art. 34 el cual dice que «los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos».

Las formas de socialización en que se trasmite el conjunto de normas sociales que ordenan la comunidad, hacen que el derecho indígena se diluya y se inserte en todas las actividades de la comunidad. Por ello resulta cuestionable que el derecho consuetudinario indígena sea visto como un medio utilizado para obtener reivindicaciones políticas<sup>268</sup> o como un mecanismo de respuesta a las demandas de justicia en poblaciones donde existe una ausencia de las instituciones del estatales (BRANDT y VALDIVIA 2006, 28), cuando lo auténtico es que el derecho indígena es sobre todo un elemento consustancial a la identidad de los pueblos indígenas, debido a que este se encuentra inserto desde sus sistemas de creencia hasta los principios ordenadores de su sociedad de carácter holista.

De hecho junto con la lengua el derecho consuetudinario es una parte esencial de la estructura social, cultural y política de cada pueblo, nación o comunidad (STAVENHAGEN 1991, 303), porque como bien lo señala Raquel Yrigoyen, el derecho indígena comprende «los sistemas de normas, procedimientos y autoridades, que regulan la vida social de las comunidades y pueblos indígenas, y les permiten resolver sus conflictos de acuerdo a sus valores, cosmovisión, necesidades e intereses» (citada en RUIZ 2005, 62).

La presencia que ha tenido el derecho indígena en los países andinos no es nueva, más no así su reconocimiento que lo ha convertido en un tema de actualidad desde la última década del pasado siglo<sup>269</sup>, no sólo por el reconocimiento que esto representó sino también por el hecho de que se evidenció que existen otros sistemas jurídicos que sin recurrir a la privación de libertad también servían para resolver conflictos similares a los que se presentan en la sociedad mayoritaria.

---

<sup>268</sup> En este sentido se puede entender el criterio que hace Juan Ferre al decir «[t]al vez las comunidades indígenas reivindiquen el reconocimiento pleno de un *ius puniendi* consuetudinario, asentado en la tradición y la historia, con el *objetivo político* de lograr un mayor autogobierno o incluso pensando en sus integrantes a título individual, para poder resocializarlos dentro de la comunidad. Pero es evidente que los miembros de estas comunidades individualmente considerados no pueden convertirse en instrumentos para ejercitar reivindicaciones políticas o asentar la cultura, es decir, tienen pleno derecho a gozar de un completo marco garantista» (FERRÉ 2008, 38).

<sup>269</sup> Como se ha señalado en capítulos anteriores la primera Constitución que reconoció el pluralismo jurídico y otorgó facultades jurisdiccionales a los pueblos indígenas fue la de Colombia (1991), después le seguiría la de Perú (1993), Bolivia (en 1994, 2003 y 2009) y Ecuador (1998 y 2008).

Así, desde un punto de vista jurídico otorgarles jurisdicción a los pueblos indígenas, se lo hizo en atención de que estos busquen garantizar y proteger los derechos de sus miembros al impedir que se apliquen leyes penales que escapen a su sentir y que simplemente en unos casos han servido para que los indígenas sean perseguidos y sancionados. Sin embargo, con el reconocimiento de las pluralidades se evidencio lo que ya venían planteándose desde la antropología y sociología, esto es que existía una multiplicidad de pueblos indígenas que regulaban sus relaciones sociales conforme a un conjunto de normas y procedimientos consuetudinariamente aceptados y donde sus autoridades estaban facultadas para resolver todo tipo de conflictos en el seno de su comunidad.

#### 3.4.1 Tipos de conflictos

Al ser la armonía el valor más elevado que tienen las comunidades indígenas cualquier acto que afecte de forma particular el orden social y cultural de cada una de ellas, será tenido como un conflicto que necesita ser atendido por alguno de los mecanismos de control que tiene cada cultura a efecto de restablecer la armonía interna del grupo. De esto se puede deducir que al existir una pluralidad de culturas los comportamientos catalogados como conflictivos serán distintos en cada una de ellas porque no existe un sistema cultural homogéneo y unitario.

No obstante, considerándose de forma amplia podría decirse que hay algunos conflictos que son comunes dentro de la variedad de pueblos indígenas de la región andina, sea debido a la pertenencia que estos tuvieron al Imperio Incaico, que en cierto sentido los dotó de fuentes históricas comunes<sup>270</sup>, o se deba principal y mayoritariamente a la influencia colonial y estatal que históricamente se ha ejercido sobre estos ya que de acuerdo con trabajos de campo realizados en varios pueblos indígenas de la zona andina (GARCÍA 2002/2012; BRANDT y VALDIVIA 2006/2007), se desprende que el catálogo de conductas prohibidas que estos tienen, en gran parte llegan a

---

<sup>270</sup> Entre estas podría mencionarse el predominio de la oralidad en su comunicación, los idiomas, la mitología andina, la organización socioeconómica, los trabajos comunales como expresión de la reciprocidad, las redes de parentesco, el servinakuy, las tres prohibiciones: ama quilla (no ser ocioso), ama llulla (no mentir) y ama shua (no robar) que rigen la vida comunitaria andina (BRANDT y VALDIVIA 2006, 173).

coincidir con las transgresiones legales que se encuentran previstas en la administración de justicia estatal, por lo cual solamente un reducido número de casos quedaría fuera de los supuestos de hecho contemplados por la justicia ordinaria<sup>271</sup>.

El constatarse de que la mayor parte de conflictos son similares a los que se encuentran establecidos en la justicia ordinaria, permite que por motivos de sistematización y análisis se puedan dividir las diversas situaciones sociales y culturales, reconocidas por los pueblos indígenas como violación a la costumbre en los siguientes tipos o grupos de conflictos:

a) *Conflictos de orden familiar.*- Son los que mayormente se suscitan y generalmente se refieren a problemas relacionados con: abandono del hogar, separación de parejas, adulterio de hombres y mujeres, celos, violencia física del marido a la mujer, desobediencia de hijos a padres, peleas entre parientes. Estos problemas generalmente se desarrollan en los espacios domésticos o en situaciones de encuentros familiares» (F. GARCÍA 2002, 30).

La solución para estos conflictos generalmente suele encontrarse en la propia esfera familiar, que para el caso, se encuentra integrada por los padres y demás miembros que extienden la red familiar. Esto ha dado lugar a que se plantee que la familia constituye la primera instancia de resolución de conflictos (BRANDT y VALDIVIA 2006, 79). La familia es la primera institución de control social informal que funciona en las comunidades indígenas, en ella actúan no sólo la familia nuclear sino también la familia extensa entre los que destacan los abuelos, padrinos<sup>272</sup>, pero sobre todo los suegros cuando se trata de conflictos dentro de la pareja, dado que:

---

<sup>271</sup> Efectivamente los resultados de un estudio de 133 actas de diversas comunidades indígenas y campesinas de Ecuador y Perú mostraron que «[...] la gran mayoría de los casos registrados (93%) la demanda hacia la justicia comunitaria corresponde a materias previstas (prohibiciones, preceptos) en la administración de justicia estatal. Sin embargo, existe una proporción significativa de casos (7%) en los que se plantean situaciones no previstas por esta justicia; por ejemplo, demandas de separación de convivientes no casados, intervenciones frente al adulterio, a los celos y al incumplimiento de las obligaciones comunales, a los casos de brujería. Estos conflictos tienen su base en normas de derecho consuetudinario que no tienen equivalente en el derecho estatal» (BRANDT y VALDIVIA 2006, 141).

<sup>272</sup> En el mundo indígena los padrinos, tanto de bautizos como de matrimonio, son altamente estimados por sus respectivos ahijados. Estos ven en los padrinos muchas cualidades que los convierten no solamente en un referente a seguir, sino en personajes que hay que respetar y obedecer cuando intervienen con sus consejos en las controversias que tradicionalmente se han encontrado facultados para hacerlo.

«Cuando una pareja se pelea, una de las partes, principalmente la mujer, acude a sus padres para hacer conocer lo sucedido así como los motivos de la pelea. Los padres de la parte que se considera ofendida o agredida suelen visitar a los padres de la otra parte para buscar una solución. En esos casos los padres analizan el comportamiento de ambos y suelen hacer llamadas de atención a la pareja por su comportamiento. Cuando hay un arrepentimiento sincero las parejas se “abuenan” (reconcilian) y se comprometen a no repetir su “mal comportamiento”. En algunos casos no se llega a un acuerdo, e incluso los padres toman partido por sus hijos y la pelea entre la pareja se convierte en una pelea entre las familias de los involucrados» (BAZURCO y EXENI 2012, 91).

Sin embargo, el reduccionismo de este tipo de conflictos a la esfera privada, dominada por el patriarcado y con fuertes rasgos autoritarios, ha sido una de los asuntos que más ha merecido críticas. El alarmante irrespeto a la integridad física de los niños (BRANDT y VALDIVIA 2006, 198) y la no menor despreocupación respecto de las conductas relacionadas con la violencia machista, ha ocasionado que exista una intervención de las autoridades estatales en estos asuntos (ROMERO 2012, 42), al punto de calificar como ilegales los mecanismo de conciliación que se apliquen frente a estos asuntos<sup>273</sup>.

Posiblemente el ánimo que motiva la injerencia del Estado sobre los aspectos internos de la jurisdicción indígena, se deba a la pasividad mostrada por las comunidades indígenas frente a este tipo de hechos, pues no es ajeno que en algunas todavía se sigue tratando este tipo de asuntos como si fueran conflictos menores que merecen una solución dentro del entorno familiar o comunal a través de la conciliación. La justificación manidamente repetida por algunos suele ser que en las comunidades indígenas este tipo de conflictos son excepcionales debido al control social que ejerce la comunidad sobre sus miembros (MENDOZA 2010, 38), sin apreciar la verdadera magnitud y gravedad que la violencia familiar representa.

Por otro lado, a algunas comunidades se les critica la pervivencia de delitos como el adulterio, en virtud de que en todas las legislaciones andinas estos supuestos carecen hoy en día de fundamento por no trascender más

---

<sup>273</sup> En Bolivia la Ley de deslinde jurisdiccional señala en el art. 5.IV que: «[t]odas las jurisdicciones reconocidas constitucionalmente, prohíben y sancionan toda forma de violencia contra niñas, niños, adolescentes y mujeres. Es ilegal cualquier conciliación respecto de este tema»

allá de la esfera familiar y sobre todo por no afectar ningún bien jurídico. Sin embargo, esta problemática no se considera de la misma manera en las comunidades indígenas. En estas, al primar el interés comunitario sobre el individualismo de raigambre occidental, el adulterio es visto como un problema que «pone en riesgo la unidad familiar y el equilibrio de las relaciones interfamiliares y comunales» (BRANDT y VALDIVIA 2006, 127) por ello es que en unos organizaciones este problema debe ser resuelto por los padrinos del matrimonio o las autoridades comunales para que este no desborde las fronteras familiares y se convierta en una problemática social con implicancias mucho más graves.

b) *Conflictos personales y colectivos.*- Son las confrontaciones que se presentan entre miembros de la comunidad y estas pueden tener distinto orígenes, entre los cuales puede mencionarse los relacionados con los chismes, impago de deudas, disputa de herencia, determinación de linderos, invasión de tierras, desvío de canales o la apertura de zanjas, así como también por los daños en los cultivos ocasionados por el paso de animales (principalmente ganado vacuno y ovino) que al no ser debidamente asegurados causan daños en los cultivos de otro comunero (BAZURCO y EXENI 2012, 82).

Otro de los casos que mayor conflictividad presenta en la mayoría de las comunidades indígenas andinas, es la ingesta excesiva de bebidas alcohólicas. El abuso de esta droga a más de los problemas en la salud de quien la consume, ocasiona graves problemas sociales por la desinhibición conductual y emocional que este tipo de droga causa, así como repetidos casos de violencia familiar en sus diversas manifestaciones, siendo la violencia contra la mujer la más grave y frecuente.

Si bien es cierto que en algunas comunidades la presencia de la Iglesia Evangélica ha contribuido a que muchos comuneros dejen el consumo de bebidas alcohólicas (HUARCAYA 2003, 65 y ss.), no es menos cierto que a nivel general su consumo no ha dejado de aumentar dentro de las comunidades indígenas debido a la poca percepción social que todavía existe sobre sus repercusiones sanitarias. A esto se añade el fácil acceso y el bajo costo que el licor tiene en las poblaciones rurales, permitiendo que este mal siga en aumento y más aún cuando la propia comunidad ha pasado a integrar

dentro de sus celebraciones, e incluso dentro de los procesos de resolución de conflictos (F. GARCÍA 2002, 52), el consumo de este tipo de bebidas caracterizada por su alta concentración de alcohol<sup>274</sup>.

c) *Conflictos patrimoniales.*- Dentro de estos pueden ubicarse aquellos conflictos que están vinculados con: herencias, deudas, destrucción de los bienes, daños en la propiedad, robos y linderos de tierras (F. GARCÍA 2002, 30).

Como ya se ha mencionado en el anterior literal, los daños a la propiedad con frecuencia se presentan por la falta de cuidado de los animales. Al ser comunidades que dedican gran parte de su actividad laboral al cultivo agrícola, cualquier daño que afecte su producción repercutirá en los medios de subsistencia de la prole. Por ello es que un animal mal asegurado puede causar daños en los sembríos en propiedad de otro miembro de la comunidad.

La respuesta que produce este tipo de acontecimientos en algunas ocasiones puede desembocar en la muerte del animal por parte de quien se siente perjudicado, acción que puede dar paso a peleas mucho más graves debido a que el propietario del animal, también se verá afectado por el beneficio que obtenía del animal sacrificado.

De no mediar la intervención de la autoridad es posible que estos conflictos adquieran una mayor envergadura. Por ello mediante el diálogo entre las partes y la evaluación del daño por la autoridad indígena se suele llegar a un acuerdo económico que satisfaga a las partes.

«En algunos lugares existen convenciones para la tasa en términos cuantitativos: “doce matas de papa destruidas implican la devolución de una arroba del producto”; o haciendo referencia al estadio del cultivo: “la haba cuando va germinado y se está multiplicando y entra el animal, puede volver a producir, el dueño del animal tiene que colaborar en riego o abono”. En algunas comunidades el resarcimiento depende del resultado de la cosecha de ese año, es decir de un factor posterior al

---

<sup>274</sup> Hay que recordar que el alcoholismo fue un aspecto señalado por los positivistas para fundamentar, junto con otros aspectos, la incapacidad psíquica que los indígenas tenían. Medrano Ossío, decía que «[...] la coca y el alcohol han hecho estragos en su organismo y han debilitado sus funciones psíquicas, en especial su inteligencia [...] de carácter permanente» (citado en CHIVI 2012, 339) o de Huascar Cajías que apuntaba que en la «[...] la inferioridad individual innata [del indio] han intervenido también factores sociales [pues] el indio es con indeseable frecuencia es alcohólico, que se embriaga con regularidad y frecuencia; el campesino se emborracha hasta perder la conciencia inclusive» (Ibíd, 342).

daño, en base al criterio de que lo dañado sufriría la misma suerte que el resto de los cultivos que se lleguen a cosechar, por lo que un año en el que la helada o el granizo afectan los cultivos el resarcimiento puede ser menor» (BAZURCO y EXENI 2012, 83).

En lo que se refiere a los robos hay que decirse que esta es una de las infracciones más graves. Su cometimiento puede ir desde robos en tiempos de cosecha de productos sembrados —papa, cebada, maíz, frejol, etc.—, hasta robos de animales, de inmuebles y en muchos casos de bienes de propiedad comunal o de materiales de la escuela (BAZURCO y EXENI 2012, 96).

En el primero de los casos, en el robo de productos agrícolas, a quien lo cometió se le suele obligar a que rectifique su conducta mediante la devolución, reparación o pago de las cosas sustraídas, con lo cual se pone fin a la controversia, lo que no obsta para que se den consejos y se realicen rituales de purificación mediante baños con agua fría y el ortiga.

Sin embargo en los casos de robo de ganado y de otros bienes muebles, el problema eleva el nivel de alarma social en toda la comunidad, porque por lo general este tipo de comportamientos suele ser cometido por personas ajenas a la comunidad que luego de perpetrar el hecho inmediatamente huyen, volviendo complicada la actuación de la autoridad indígena en la resolución de los hechos. La tónica ante este conflicto, al no sorprenderse en flagrancia a los infractores, se suele acudir a las autoridades ordinarias que tienen más medios para emprender las investigaciones que permitan la resolución de este tipo de hechos.

d) *Conflictos con la comunidad.*- El incumplimiento de obligaciones debidas a la comunidad es otra causa de conflictos. Dentro de ese grupo de conductas reprochables se encuentran las que tienen que ver: con la desobediencia de las disposiciones de las autoridades, ausencia o retraso de tareas comunitarias programadas, inasistencia a encuentros y demás incumplimientos que se derivan «de las normas de cooperación y de organización social que tienen su racionalidad en las condiciones de la producción agropecuaria y del mantenimiento del sistema comunal» (BRANDT y VALDIVIA 2006, 135).



e) *Conflictos relacionados con la brujería.*- Es una transgresión que se encuentra relacionada con el ámbito espiritual y las creencias específicas de cada comunidad. El convencimiento entorno a los poderes sobrenaturales o quizás mágicos que tienen los chamanes, hechiceros o brujos, hace que a estos se les atribuya ciertos acontecimientos que no encuentran una explicación dentro de la comunidad.

Al mantener los pueblos indígenas la creencia en las capacidades mágico-religiosas que tienen los hechiceros, hace que las expectativas tejidas en torno a estos giren en función de una lucha entre el bien y el mal. La comunidad entiende que los hechiceros utilizando sus facultades para hacer el bien pueden, en unos casos, curar a los enfermos, adivinar el futuro e invocar a los espíritus de sus ancestros. Sin embargo en otros casos, especialmente cuando los acontecimientos son impredecibles y no encuentran una causa justificada dentro de la racionalidad de la comunidad, suelen ser atribuidos a fuerzas sobrenaturales que previamente han sido invocadas por brujos que con sus conjuros atraen el mal y lo vierten sobre determinadas personas.

En los tiempos que corren las conductas relacionadas con la brujería suele ser de poca frecuencia. Son contados los casos que se sancionan por este tipo de conflicto, pero cuando se lo detecta se los tiene como una amenaza para la comunidad «tan grave, que están dispuestos a aplicar violencia para obtener una declaración de los inculpados» (BRANDT y VALDIVIA 2007, 73). La razón posiblemente estribe en que frente a estos casos la familia de quien se crea objeto de algún conjuro o maleficio, puede llegar a actuar de un modo irascible en respuesta a la entidad y magnitud del maleficio irrogado. Así la acción emprendida por la familia será más grave cuando el afectado muera ya que aquí las reacciones suelen ser desproporcionada y con fines vindicativos. Toma aquí un papel protagónico la autoridad comunal que es encargada de mediar entre las partes frente a una costumbre ampliamente arraigada en los pueblos indígenas. Efectuando para esto acciones que tiendan a retirar al hechicero aquellos elementos con que podría hacer sus conjuros, sin perjuicio de que se someta a otro tipo de sanción más enérgica pero que no atentaría contra su vida.

f) *Conflictos sexuales y contra la vida.*- Son transgresiones consideradas como muy graves por las comunidades indígenas. Los casos paradigmáticos son la violación y los homicidios, sea que exista tentativa o lleguen a consumarse. En algunas comunidades estos casos cuando no son remitidos a la justicia ordinaria, suelen ser castigados dependiendo de la gravedad del hecho, ya sea aplicando sanciones físicas acompañadas de compensaciones materiales, o en algunos casos con la expulsión del infractor de la comunidad con la respectiva indemnización a la víctima.

### 3.4.2 El procedimiento tipo de resolución de conflictos

En las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, como en cualquier sociedad, las infracciones a las normas de convivencia en muchos de los casos no sólo afectan a los particulares que lo sufren sino que por la gravedad de ciertas conductas, trascienden a toda la sociedad que queda sumida en la incertidumbre y a la expectativa que se solucione el conflicto a través de los medios que se tiene para el efecto.

Ciertamente en las comunidades indígenas al presentarse conflictos que trastornan la armonía de la comunidad existen una serie de mecanismos y procedimientos dispuestos para resolver los conflictos de acuerdo a su gravedad. Así por ejemplo cuando estos tienen una relevancia que no se extiende a la comunidad o lo hacen de forma que no afecta el equilibrio de esta, la resolución de los conflictos se hace recurriendo a vías consensuales, reparatorias, restitutivas y conciliatorias. Más cuando las vías mencionadas resultan insuficientes se aplican mecanismos sancionatorios que, sin dejar de apelar al espacio ceremonial de restitución de la armonía, se dirigirán de forma afflictiva sobre el cuerpo del infractor (ORDÓÑEZ 2010, 38).

En atención a estas formas de tratar las controversias surgidas en la comunidad y aunque «[l]a jurisdicción indígena no está integrada a una vía de instancias» (SEMPER 2006, 776), algunos consideran que es posible hablarse de “*instancias*” especiales de resolución de conflictos (ROMERO 2012, 42) en la medida que se otorgue tal etiqueta a las esferas que intervienen en dicho proceso, comenzando desde la familia, pasando por asamblea comunitaria hasta llegar a la asamblea de las distintas organizaciones locales, regionales o incluso nacionales (F. GARCÍA 2012, 97).

No obstante, pese a que se plantee la existencia de distintas instancias de resolución de conflictos, la que mayor número de controversias soluciona es la asamblea comunitaria, dado que las organizaciones locales, regionales o nacionales, no son un ente de administración de justicia pues como lo señala Ayala Mora, estas si bien pueden resolver conflictos de índole intercomunitario, no son competentes para actuar como segunda instancia porque está no existe en las comunidades indígenas (2002, 117).

De ahí que se diga que la comuna es el único espacio de administración de justicia, dado que dentro de esta donde las autoridades propias ejercen sus facultades de conocimiento, resolución y cumplimiento de sus decisiones en los asuntos que reclaman su atención, sea cuando las partes frente a diferentes asuntos no llegan a un acuerdo o bien cuando surgen conflictos que entrañan cierta amenaza para el equilibrio de la comunidad.

Así las autoridades actúan amparadas en los elementos que son comunes a cualquier jurisdicción y que según Raquel Yrigoyen serían: *notio, iudicium, imperium*. En efecto esta autora señala que las potestades jurisdiccionales que tendrían las autoridades indígenas encajarían perfectamente dentro de los elementos que integran la teoría clásica del derecho procesal es decir:

[L]a potestad para conocer los asuntos que le correspondan, incluyendo funciones operativas para citar a las partes, recaudar pruebas (*notio*); la potestad para resolver los asuntos que conoce, siguiendo su propio derecho (*iudicium*), y finalmente, la potestad de usar la fuerza para hacer efectivas sus decisiones en caso de ser necesario. Ello comprende acciones que pueden restringir derechos, tales como ejecutar detenciones, obligar a pagos, a realizar trabajos, etc. (*coercio o imperium*) (2004, 176).

Por ello es que la labor que ejerce el presidente del cabildo no es menor, en virtud de que él es el encargado de buscar un acuerdo que ponga término a las discrepancias presentadas entre las partes con la finalidad de que estas controversias no lleguen a tener mayores efectos en el resto de la comunidad.

Sin embargo al fracasar o no conseguirse el mencionado propósito, la autoridad indígena está facultada para aplicar mecanismos más coercitivos que devuelvan la armonía a la comunidad, pero esto ocurre excepcionalmente ya que como se ha mencionado se prefieren otros mecanismos de control social,

como pueden ser el reproche que puede ser ejercido por la familia, las amistadas, dirigentes comunales, los padrinos, etc., es decir miembros que adquirieren respeto y consideración dentro del núcleo familiar; con lo cual el problema suscitado se desenvolverá en un ambiente más privado, pero no libre de sanciones dirigidas hacia el individuo cuyo comportamiento merece el reproche de quienes principalmente se relacionan con él, puesto que sus comportamientos han defraudado las expectativas del núcleo social.

Es un hecho notorio que el control social informal, y las sanciones que este incorpora, tienen un efecto positivo dentro de la sociedad. La familia al intervenir contra aquel miembro que comete determinada falta, pasa a estar vigilante y a la expectativa de su buen proceder porque entra en juego el prestigio de toda la familia dentro de la comunidad, lográndose con ello un efecto preventivo que tiende a disuadir del cometimiento de futuras conductas que son consideradas como inapropiadas, no sólo por la sanción física del sujeto involucrado sino por la sanción moral que suele recaer en toda la familia (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 113).

La aplicación de la justicia indígena pese a que mantiene un cierto margen de flexibilidad, por no mantener una constante y determinante lineamiento normativo, no debe de confundirse como un modelo de control social informal, por el contrario el mantenimiento de formas tradicionales alternativas al castigo de la justicia indígena hace presuponer que el castigo no se basa en el rigor o severidad, sino que este se ejecuta cuando se ven comprometidos seriamente los lineamientos de las normas comunitarias, lográndose así restablecer la confianza de la comunidad y consiguiéndose el retorno de la paz y armonía alterada por el hecho que causo la alarma social y por ende la intranquilidad de la comunidad.

Se debe señalar que aunque de forma amplia se puede considerar que los pueblos indígenas comparten ciertos elementos que les son comunes, no debe de desconocerse que las comunidades no conforman un mundo homogéneo (HURTADO 2012, 120) dado que cada una cuenta con aspectos característicos que le son inherentes a su propia cultura. De hecho cada pueblo comporta una historia que deviene de la influencia y el contacto que han experimentado durante el tránsito de las épocas. Por ello es que pretender

establecer un modelo general de cómo se administra justicia dentro de los pueblos indígenas, solamente puede ser procedente si se lo hace con el afán de explicar la realidad que se analiza. Y es precisamente como se lo realiza a continuación, dado que tomando las similitudes que existen en los distintos procedimientos se intenta estructurar un proceso indígena tipo que facilite su análisis.

#### **3.4.2.1 Willachina (aviso o demanda)**

En este contexto se puede mencionar que de forma general, que la actuación de las autoridades indígenas se inicia con el aviso o demanda (*Willachina*) sobre algún conflicto (*llakikuna*) o situación generada de tristeza (*llaki*) (F. GARCÍA 2012, 85).

Este aviso puede concretarse de dos maneras que son dependientes de la gravedad del conflicto. Por un lado se encuentran aquellos conflictos menores o intersubjetivos<sup>275</sup> que han encontrado un arreglo entre las partes y por tal motivo son los propios afectados quienes acuden ante sus autoridades para expresar de forma verbal sus pretensiones o demandas<sup>276</sup>. De esta manera consienten que las autoridades intervengan y busquen la solución más adecuada para los conflictos que no han encontrado un arreglo a nivel particular como puede ser el caso de asuntos de índole: familiar, de linderos, de chismes, etc., donde generalmente la autoridad se convierte en un mediador que interviene con el afán de conseguir un acuerdo que satisfaga a ambas partes (BAZURCO y EXENI 2012, 95), para así evitar que el problema se convierta en un conflicto social de mayor gravedad.

Por otro lado se encuentran aquellos casos, que por su conflictividad social las partes se encuentran impedidas de resolverlo de forma privada. Aquí

---

<sup>275</sup> Fco. Javier Jiménez, refiriéndose a los tipos de conflictos, pone de relieve que estos pueden ser intersubjetivos y sociales. Los primeros serían aquellos que pertenecen a la esfera del derecho privado y tendrían una naturaleza disponible, mientras que los segundos afectan aquellos bienes que la sociedad atribuido como de mayor interés (2007, 29).

<sup>276</sup> La influencia que ejercen el Estado sobre las comunidades ha llevado a que algunas copien el procedimiento que se sigue en la justicia ordinaria, como ocurre en ciertas comunidades de Ecuador donde la autoridad comunitaria competente al escuchar la denuncia «[...] elabora un oficio, aceptando la demanda, en el que constan: el lugar, la fecha, la hora, los nombres de los involucrados y la descripción del problema. También se cita a la "otra" parte a la oficina del cabildo, fijando fecha y hora. Los demandantes llevan el oficio a los demás miembros del cabildo para que lo revisen y tengan conocimiento de la denuncia. Si la falta es leve, las demandas y su trámite se resuelven durante los días de la semana señalados para el efecto; si la falta es grave, una vez hecha la demanda se resuelve inmediatamente» (GARCÍA 2002, 32).

se hace obligatoria la intervención de la autoridad indígena sin que medie el consentimiento de ninguna de las partes, debido a que en estos conflictos se encuentra afectado el equilibrio de la vida comunitaria<sup>277</sup>, por lo cual vuelve imprescindible la actuación de la autoridad a fin de que impida que este desequilibrio termine no solamente en un desbordamiento de la violencia sino también, y dependiendo de su la interpretación religiosa, que sobrevengan sequías, plagas, inundaciones y otros aspectos que afectan la vida social de la comunidad (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 59).

Con esto se puede advertir que la intervención de las autoridades indígenas es sumamente necesaria y puede darse a petición de parte o cuando las circunstancias o los casos así lo ameriten, dado que su intervención no se encuentra limitada a cuestiones de poca trascendencia, sino que su capacidad jurisdiccional es competente para dirimir y buscar la solución a casos que son considerados de mucha gravedad.

Hay que advertir que la distinción entre casos graves y los que no lo son, varían en relación a cada comunidad y no necesariamente coinciden con los supuestos de hecho contemplados por la justicia ordinaria ya que en las comunidades se puede considerar como hechos graves a asuntos que para el Derecho penal o bien no constituyen delito, como es el caso de la brujería, o sencillamente fueron derogados por no lesionar ningún bien jurídico, como ocurrió con el adulterio.

Conocida las pretensiones de quien demanda la actuación de la comunidad o del cabildo, comienza el proceso de la administración de justicia pues las autoridades pasan convocar a una Asamblea General donde ponen en conocimiento de la comunidad los hechos y detalles del asunto materia del conflicto, dando lugar a que se abra un periodo de actuaciones destinadas a averiguar o investigar el problema (*Apuykuna*).

#### **3.4.2.2 Apuykuna (averiguar o investigar el problema)**

---

<sup>277</sup> Dentro de la filosofía indígena el equilibrio remite a la dualidad armonía que existe en la naturaleza. En ella las cosas existen en pareja (*chachawarmi*) en una complementariedad recíproca que les permite conservar sus particularidades (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 58). Así como el sol (hombre-padre) y la luna (mujer-madre) se unen en una relación armoniosa, también los humanos al ser parte de la naturaleza las relaciones sociales que este entable deben de desenvolverse dentro de una interrelación armoniosa, de lo contrario surgirá el conflicto y con este una ruptura del equilibrio y la armonía (BARIÉ 2008, 113).

Es aquí donde se concentran todas las actuaciones investigativas que permitan a la autoridad recabar la suficiente información para el esclarecimiento de los hechos. En este sentido, aunque a veces suelen designarse comisiones o comisionados, por lo general la autoridad indígena suele tomar parte activa de las diligencias de inspección de los lugares donde pueda recabarse pruebas que aclaren el caso en cuestión. Por eso no es de extrañar que en el desarrollo de las funciones operativas de la jurisdicción indígena, las autoridades puedan entre otras cosas: acudir al lugar y constatar los hechos (especialmente en el caso de muertes, robos y peleas), citar a las partes, recibir testimonios de quienes tengan conocimiento sobre el hecho, acudir e inspeccionar lugares donde existen presunciones que se encuentran los objetos utilizados o sustraídos con el objeto de entender la magnitud del conflicto y así poder esclarecer el asunto que se investiga, determinando la participación o complicidad de quienes intervinieron en el mismo (ILAQUICHE y TIBÁN 2004, 38).

En los conflictos de naturaleza penal la respuesta por parte de las autoridades suele ser ágil y efectiva, en el sentido de que en estos asuntos el tiempo de duración de las averiguaciones no suele extenderse más allá de unas horas o unos cuantos días para obtener la información necesaria para solucionar el problema (BAZURCO y EXENI 2012, 130).

La sencillez y la celeridad de sus actuaciones, en muchos de los casos se justifica por la proximidad que existe en las sociedades comunitarias, donde cada miembro tiene conocimiento de las actividades que realizan sus vecinos y familiares porque todos o la mayoría se conocen dentro de las pequeñas localidades que habitan. Cuestión que les facilita la posibilidad de identificar a los miembros que no pertenecen a la comunidad y que pueden llegar a ser sospechosos de poner en riesgo la estabilidad comunitaria.

#### **3.4.2.3 Chimbapurana o wahuichina (confrontación)**

Concluida la investigación y señalados los implicados, se procede a convocar nuevamente a una Asamblea comunitaria en la cual, de los resultados obtenidos, se procederá a entablar una confrontación entre el acusado y el acusador (*Chimbapurana o wahuichina*), para lo cual es necesario la comparecencia de las partes que previamente han sido avizadas.

«Nunca se hace comparecer a ninguna de las partes utilizando la violencia física, lo que se hace, si no comparecen a la hora y día señalados, es llamarlos por los altavoces de la plaza de la comunidad y si entonces no acuden se envía una comisión del cabildo para proceder a la detención del demandado y presentarlo ante las autoridades comunales. En el caso de que la falta sea grave el demandado es detenido y llevado a la cárcel de la comunidad hasta que se considere y solucione el caso» (GARCÍA 2002, 32).

La finalidad perseguida en éste momento del proceso será aclarar el problema presentado, ratificando o rectificando las pruebas o los testimonios alegados, todo esto de forma pública ante la Asamblea de la comunidad que se constituye en la máxima instancia de gobierno y de toma de decisiones.

La instalación de la asamblea se inicia con la presencia de los intervinientes. En primer lugar están las autoridades que son un tercero imparcial que busca solucionar el conflicto y restablecer la armonía perturbada; en segundo lugar, la víctima sobre quien han recaído los actos u omisiones que han causado una afectación no sólo personal sino comunitaria; y en tercer lugar, está el infractor que con su conducta ha ocasionado daños que alteran la armonía interna de la comunidad.

Con la presencia de los involucrados da inicio la parte medular de todo el proceso de la administración de justicia. Aquí una de las máximas autoridades comunales que dirige la asamblea, informa detalladamente a la comunidad de los acontecimientos producidos y de las pruebas surgidas de las investigaciones que generalmente son realizadas con cierta reserva hasta recabar toda la información necesaria.

Así, pues, informada la comunidad la autoridad, sin más dilaciones, pasa a dar la palabra tanto la víctima como el acusado para que estos expresen sus posiciones respecto al hecho que los ha puesto en conflicto. En este punto es necesario que tanto la víctima como el agresor se impliquen en el proceso enjuiciado porque de esto dependerá tanto la reconciliación de las partes como el retorno de la armonía social que evitara el surgimiento de futuros enfrentamientos. De ahí que sea importante que todos los involucrados en el conflicto deban comparecer de modo directo para así exponer de viva voz sus argumentos y dar a conocer las razones que dieron motivo para que el conflicto surja. De hecho la actuación personal y expositiva de los hechos permite que



surja, lo que Gargarella denomina, un proceso *comunicativo*, «en donde una parte procura activamente involucrarse con la otra apelando a su razón (y no, por ejemplo, a la extorsión por el miedo)» (citado en ÁVILA 2010, 28).

Las actuaciones de las partes no están exentas de sentimientos y de emotividad, por lo cual quienes participan de la Asamblea pueden advertir las emociones, atrevimientos, serenidad, impulsos o violencias de ambas partes. Todas estas expresiones dentro de las comunidades indígenas son representativas e igualmente consideradas como un aspectos significativos para las autoridades a la hora de analizar el conflicto, dado que no se limitan a revisar únicamente los hechos, sino además entre otras cosas valoran el entorno, la familia, los antecedentes personales, pero sobre todo la actitud conciliatoria y no beligerante<sup>278</sup> que tenga el infractor en el espacio deliberativo de la comunidad (BARIÉ 2008, 113) en razón de lo que se busca, en ese momento del proceso, es conseguir la confesión y consecuentemente el arrepentimiento público del infractor (*allichina o wanachina*) por el daño causado, hecho que efectivamente ocurrirá cuando el acusado confiese y admita su error ante las autoridades indígenas (BRANDT y VALDIVIA 2006, 32), como forma de empezar a ser reintegrado a las comunidad, puesto que la confesión, en opinión de Myrna Villegas, «cumple el fin de reparar el daño causado a los ofendidos por el hecho, pues en el fondo viene a ser una especie de disculpa, pero también con la comunidad, pues implica un compromiso de reafirmación de los valores comunitarios» (2014, 220).

En lo que respecta al rol desempeñado por la comunidad dentro de la administración de justicia, hay que decir que este no es menor puesto que «[l]a justicia en los pueblos indígenas es concebida y practicada como un proceso participativo» (GRIJALVA 2012, 76), en el cual la comunidad interviene activamente en la Asamblea sea por medio de sus dirigentes, comuneros o incluso por los familiares de las partes, los mismos que con sus sentidas palabras dan consejos al agresor del malestar y el daño que causa a la

---

<sup>278</sup> En algunas comunidades Kichwas del Ecuador cuando el acusado da alguna garantía económica para asegurar su presencia en la confrontación pero su comportamiento en esta ha sido agresivo o insolente, las autoridades valorando este comportamiento pueden no devolver esta garantía y utilizarla «para comprar alimentos para los asambleístas (dependiendo de la cantidad se compra panes, colas o cualquier otro alimento para los asambleístas)» (GARCÍA 2012, 102).

comunidad, exigiéndole que tiene de deponer dichas actitudes y comportamientos, y ceñirse a los valores y las normas de la comunidad (BRANDT y VALDIVIA 2007, 93).

Y es que en las comunidades indígenas el consejo (*amashina* en quichua) representa un efectivo mecanismo para solucionar los conflictos, pues este al ser una amonestación insta a que los infractores de las normas comunitarias depongan su actitud y no vuelvan a causar ningún daño porque dichos comportamientos no son aceptado por la comunidad. Las palabras reflexivas irrogadas en el proceso tienen, a parte de un sentido educativo para el culpable, un efecto estimulante entre las partes lo suficientemente efectivo como para agilizar la llegada a un arreglo y conseguir una conciliación entre la víctima y el acusado, puesto que a diferencia del sistema de justicia ordinario que la más de las veces lo único que persigue es castigar al culpable, la ideología de los pueblos indígenas sobre la armonía permea los procesos legales y se concentra en apaciguar a la víctima y obtener un arreglo entre las partes con el objeto de conservar la armonía interna del grupo (GARCÍA VITOR 2005, 140).

No obstante, en la búsqueda de un arreglo lo más equitativo posible a los perjuicios causados por los actos u omisiones dañosos realizados, tienen especial consideración la satisfacción de las pretensiones de la víctima que difícilmente podrán ser desproporcionadas por cuanto la intervención de la propia comunidad modera las exigencias de la víctima y las adecua a la situación real del infractor, evitando así que no sólo surjan diferencias económicas y sociales desproporcionadas que tiendan a debilitar esa relación horizontal de igualdad que existe entre los miembros, sino también a dar un mayor sentido de justicia y de respeto al individuo y a la comunidad, pues como bien se señala:

«La intención no es declarar al ganador o al perdedor sino llegar a soluciones intermedias que permitan restablecer las condiciones anteriores al conflicto en aras de la solidaridad grupal. En las organizaciones de individuos donde priman las relaciones interpersonales de carácter colectivo, y por ende, mayor presencia de relaciones cara a cara, la garantía de la unidad de grupo es indispensable» (BRANDT y VALDIVIA 2006, 76).

Por otro lado, en lo que respecta tanto a la duración como el número de asambleas, hay que decirse que estas dependen del grado de conflictividad del caso. Sin embargo su número generalmente suele ser mínimo ya que una de las características de la justicia indígena es la celeridad, por lo cual en unos casos los conflictos serán resueltos en una sola asamblea mientras que otros necesitan de alguna más para dilucidar la culpabilidad del procesado.

En las comunidades bolivianas solamente ante la duda que pueden representar determinados casos, se suele recurrir a una técnica de confesión de origen ancestral conocida como *etapa del juramento*, la cual no está exenta de ritualidad y simbolismo, por cuanto representa un asunto importante del dependerá que la autoridad indígena pueda imponer la sanción respectiva, puesto que solamente conociendo la verdad de los acontecimientos se viabiliza el restablecimiento del equilibrio y la armonía alterados en la comunidad.

Concluidos los testimonios y todas las referencias que pudiesen aportar en la búsqueda de la verdad, la autoridad pasa a centrar sus esfuerzos en buscar las maneras en que pueden las partes conseguir un acuerdo que beneficie tanto a las familias de los involucrados así como a la comunidad en su conjunto. Para ello habrán de pronunciarse la comunidad y los respectivos familiares pues de ellos también depende que surja una efectiva reconciliación, que coadyuve al mantenimiento de la cultura de paz.

#### **3.4.2.4 Killpichirina (imposición de la sanción)**

Llegados a este punto y teniendo las autoridades indígenas el conocimiento de los hechos generadores del conflicto, tanto por las investigaciones emprendidas así como por los pronunciamientos de las partes se procederá a la imposición de la sanción (*killpichirina*), que dependiendo del caso será de «multas; devolución de objetos robados más indemnizaciones; baño con agua fría, ortiga, fuste o látigo; trabajos comunales; excepcionalmente se realiza la expulsión de la comunidad» (BRANDT y VALDIVIA 2006, 32).

La deliberación y las discusiones de las autoridades son públicas, no existe secreto, ni confidencialidad en el establecimiento de la sanción pues «normalmente, la resolución sobre el juicio de culpabilidad o de inocencia

corresponde a la comunidad reunida en asamblea» (BORJA 2001, 165). De ahí que las autoridades en una deliberación colectiva, y valorando todo lo que a su juicio consideren que ha sido cierto, procederán a manifestar de viva voz su decisión ya sea reconociendo la inocencia del acusado, o de ser el caso, estableciendo la responsabilidad y la sanción correspondiente. Todo esto, ante la atenta mirada de la comunidad que con gran cautela vigila la equidad o desproporción de la sanción adoptada, ya que al no existir referentes fijos o preestablecidos, conforme al imperativo kantiano de que a una determinada conducta típica corresponda una pena predeterminada (PERAFAN 2000, 360), la sanción se presta a ser discutida y negociada ya que las sanciones se basan principalmente en la mediación en la que incluso, en los casos de menor gravedad, el infractor «puede solicitar que la sanción se cumpla bajo determinadas condiciones, que cuando son razonables suelen ser aceptadas por la comunidad» (BORJA 2008, 188)

En este aspecto sobresale el hecho de que no sólo entra en discusión aquellos aspectos que atañen a los argumentos y pruebas aportados por cada una de las partes, o sobre el comportamiento positivo (trabajo comunitario) y negativo (faltas cometidas al interior de la comunidad) que ha tenido el infractor para con la comunidad<sup>279</sup>, sino que el debate se sumerge en la memoria colectiva de la comunidad de donde se busca encontrar criterios históricos que permitan determinar cómo se han resuelto casos parecidos en el pasado.

#### **3.4.2.5 Paktachina (ejecución de la sanción)**

Es así, que discutida y establecida la sanción se procede a ejecutarla (*Paktachina*). Este acontecimiento es el que cierra el proceso de administración de justicia, pero al mismo tiempo abre la discusión sobre la divergencia que existe entre ambos sistemas de justicia en cuanto a los problemas de compatibilidad con los derechos humanos.

Aquí es donde propios (la comunidad) y extraños (ajenos a la cultura indígena) ponen la mirada: los unos para verificar que la autoridad indígena imponga adecuadamente la sanción consuetudinariamente acepta y

---

<sup>279</sup> Estos planteamientos llevan a considerar que a pesar de las semejanzas que pueden existir entre infracciones la sanción será diferente porque esta será dependiente de la persona y de la forma cómo se produjeron los hechos (E. RIVERA 2010, 98).

mantenida, y los otros que son ajenos a la comunidad, para abismarse y negar la validez de los sistemas de control social indígena ya que las sanciones impuestas al no ser comprendidas en su justa dimensión y racionalidad, con facilidad tienden a ser catalogadas como monstruosas<sup>280</sup> o primitivas frente a una sociedad que ha encontrado en la cárcel una forma de evolución en lo que respecta a la humanización y proporcionalidad de las penas.

Conviene observar que las sanciones que más impacto han tenido en la opinión pública son aquellas que *prima facie* parecen ser violatorias de los derechos humanos como es el caso del azotamiento, el ortigamiento, el cepo y la expulsión de comunidad fundamentalmente por lo explícito que resulta este tipo de castigo a ojos de una sociedad que es ajena a la comunidad.

Dentro de quienes miran con asombro y no poca comprensión están los funcionarios judiciales, los cuales con un conocimiento que no sobrepasa al que tiene el ciudadano, tienden con suma facilidad a deslegitimar los sistemas de control social indígena fundándose precisamente en criterios que implícita o explícitamente reavivan fundamentos evolucionistas al catalogar sus formas de sanción como primitivas<sup>281</sup> frente al desarrollo que ostentaría el derecho estatal.

No obstante, la ejecución de la sanción indígena es concebida desde la cosmovisión indígena como un acto ritual en el que se liberan de las malas energías al agresor y se lo reincorpora a la comunidad y por tanto en su

---

<sup>280</sup> Emiliano Borja pese a afirmar en sus múltiples trabajos que las sanciones indígenas tienen un menor contenido aflictivo que el que representan, se adhiere a la opinión de calificar a las formas de sanción indígena como: *solución monstruosa* frente a la mentalidad occidental que por oposición, tendría una solución más civilizada o humanitaria (BORJA 2011, 54).

<sup>281</sup> Un claro ejemplo de esta actitud se pudo ver en Ecuador en el denominado: *Caso La cocha 2002*. En estos años quien desempeñaba como presidente de la, hoy llamada, Corte Provincial de justicia de Latacunga, en el Oficio No. 293-MP-2002, de 31 de octubre de 2002, dirigido al Presidente de la, hoy llamada, Corte Nacional de Justicia, señalaba que: «Somos jueces de mente y espíritu abierto a todas las innovaciones que garanticen los derechos de los seres humanos en general, no solo de la clase indígena [...] Los pueblos de la tierra desde los albores de la humanidad han venido luchando para que los principios y las normas de convivencia entre los hombres se vayan perfeccionando, abandonando, poco a poco, aquellas prácticas salvajes de hacer justicia, hasta llegar a través de mucho esfuerzo y no pocas vicisitudes, a la justicia que hoy por hoy aplica todo pueblo civilizado. Mas aquí en la Función Judicial están apareciendo fementidos innovadores, pseudos modernistas que preconizan y defienden la justicia indígena, es decir, aquella justicia en que se castiga al hombre con penas salvajes como el linchamiento, el baño en agua helada, el ortigamiento, los latigazos y en muchos casos la muerte y el ostracismo, penas infamantes que son una afrenta a la dignidad humana, retornando, en esta forma, al primitivismo que creíamos superado» (citado en POVEDA 2007, 180).

ceremonia deben de guardarse las formas que corresponden con un acto de este estilo, es decir nadie puede hacer bulla o mofa cuando se está corrigiendo a quien ha sido declarado como responsable de un hecho desvalorado. En el ritual de corrección pueden tomar parte tanto mujeres, que tienen un papel muy activo, como los familiares, padrinos y demás autoridades de la comunidad, quienes al ejecutar la sanción aconsejan al agresor (*Kunak*) y le advierten de que no debe tomar actitudes vengativas posteriores contra ningún miembro de la comunidad y menos con la persona afectada, a la cual también se le aconseja que «no deberá hablar del tema en su comunidad, es decir, brinda garantías personales para ambas partes como una forma de restablecer el equilibrio social y de reinsertar a la persona [...]» (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 116).

Con la imposición de la sanción y conseguido tanto el arrepentimiento del infractor como el perdón de la víctima, el procedimiento de administración de justicia se da por finalizado y el sujeto vuelve a reinsertarse nuevamente en la comunidad, dado que en el derecho indígena el objetivo de la sanción no consiste en hacer que el trasgresor pierda su vínculo con la sociedad, sino más bien que éste se reincorpore para que sea la sociedad la que lo pueda rehabilitar y así se retome el equilibrio natural de la sociedad (BRANDT y VALDIVIA 2006, 33), pues en la sabiduría andina existe el conocimiento de que para que se restaure, construya y mantenga el equilibrio los elementos o los seres deben de devolverse a su lugar de origen (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 59) pues sólo desde allí pueden volver a cumplir con los principios de complementariedad y reciprocidad sobre los que se asienta la vida comunitaria.

Como se puede advertir, aunque no exista un paralelismo entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción respecto de las actuaciones procesales, no hay que desconocer que la justicia indígena ha adoptado ciertas actuaciones que se aproximan a las actuaciones que se efectúan en la justicia ordinaria, con varios matices que se deben a la especificidad ancestral de cada pueblo y sobre todo por el contacto con las culturas dominantes.

El dinamismo que presenta el sistema jurídico indígena permite apreciar que las prácticas y procedimientos que rigen la idiosincrasia de cada pueblo favorecen a garantizar al acusado el derecho que tiene de defenderse. Siendo

esto más evidente en el momento de la confrontación, dado que aquí es donde el acusado puede demostrar o justificar ante la comunidad reunida en Asamblea lo equivocada que puede ser la acusación de la que está siendo objeto, siendo la propia comunidad la que se convierte en garante de la objetividad e imparcialidad de las autoridades tradicionales que ejercen funciones jurisdiccionales (BORJA 2011, 52).

Es de señalar, así mismo, que en la actualidad el procedimiento en la administración de justicia ha dejado de ser completamente oral. La influencia y las exigencias del ordenamiento jurídico nacional ha obligado a que en determinados casos, generalmente en los que revisten una gravedad muy elevada, se registren por escrito mediante acta las resoluciones o sentencias de las autoridades indígenas, las mismas que más que el afán de tener un registro útil para valorar la reincidencia<sup>282</sup> de la persona sancionada, se lo hace para evitar que las actuaciones de las autoridades indígenas sean criminalizadas por las autoridades de la justicia ordinaria, las mismas que no pocas veces ven indicios de delitos en sus actuaciones<sup>283</sup>, motivo por el cual incluso las Asambleas comunales recurren, como en el caso de Perú, a la aplicación de «normas oficiales (ley de comunidades campesinas, Estatuto de comunidades campesinas), a fin de evitar colisiones con el derecho oficial» (VILLEGAS 2012, 188), dejando en clara evidencia el desfase entre la realidad normativa y lo que se da en la práctica judicial.

El registro de las actas redactadas por las autoridades de las comunidades indígenas carece de un formato propio. En algunas comunidades las autoridades al redactar las actas han optado por asemejar su redacción al modelo que se maneja en la justicia ordinaria, no siendo extraño que se usen

---

<sup>282</sup> Caso especial se da en las comunidades bolivianas, donde algunas actas son utilizadas como un medio disuasorio para combatir la reincidencia, pues en ellas se hace constar la cantidad económica que será impuesta en el caso de reincidir. Cantidades que son muy elevadas o que implican la entrega de bienes inmuebles como terrenos (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 118).

<sup>283</sup> Se ha vuelto una constante en los países andinos, que cuando los pueblos indígenas administrar justicia, sobre todo en asuntos relacionados con muertes violentas, sus autoridades terminen siendo perseguidas, procesadas y condenadas. En Perú en el año 2001 el Congreso ante la cantidad de ronderos procesados o condenados tuvo que expedir la Ley N° 27599 para liberarlos (BRANDT y VALDIVIA 2006, 74). Sin embargo la criminalización a las autoridades indígenas no ha cambiado en mucho, pues en el año 2010, por señalar solamente dos ejemplos, tanto en Perú (caso de la Comunidad Nativa Tres Islas) como en Ecuador (Caso la Cocha 2010) se dieron casos donde las autoridades fueron procesadas por ejercer el derecho indígena.

términos jurídicos como «*obligaciones*» (E. CÓNDROR 2009, 30) o que incluso se cite el articulado constitucional que reconoce el ejercicio de la aplicación de la justicia indígena, para luego señalar el tipo de sanción impuesta en la se describe la forma, los tiempos y los medios empleados para la ejecución de la sanción del caso atendido.

Sin embargo, esto no es la regla sino más bien la excepción. En un amplio número de organizaciones al no existir la costumbre de positivizar sus resoluciones la redacción de estas suele llevarse en un libro de actas. En este libro constan los manuscritos de las resoluciones, los mismos que por la falta de práctica y la poca fluidez del uso del castellano suelen en unos casos resultar ser confusos y poco legibles (BRANDT y VALDIVIA 2006, 118).

A esto hay que añadir que las actas, aunque sean un testimonio que permite determinar las instancias, los procedimientos, los acuerdos, las sanciones, etc., presentan una serie de limitaciones en razón de que en algunas actas se hacen constar conciliaciones cuando verdaderamente se imponen sanciones. Hecho que podría deberse a que las autoridades indígenas se sienten intimidadas ante los cuestionamientos que desde el Estado se levantan cuando no cumplen con el estereotipo de ser una justicia armónica y conciliadora (BRANDT y VALDIVIA 2006, 115).

Por otro lado, aunque pueda parecer contradictorio que con la imposición de la castigo de forma pública se pueda restablecer el equilibrio y la paz social que ha sido alterada por el hecho conflictivo, dentro de la sabiduría andina su imposición sí respondería a una de las medidas para restaurar el equilibrio quebrantado<sup>284</sup>, por cuanto esta «entiende que lo que hagamos influye en todo y lo justo es restaurar con la ofrenda, con la reconciliación, con el equilibrio o también con el castigo» (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 61).

### 3.4.3 Las sanciones o ritos de sanación

Dentro del sistema de justicia indígena se pueden encontrar una variedad de sanciones impregnadas, todas ellas, por una fuerte carga simbólica de limpieza o sanación (BRANDT y VALDIVIA 2007, 91), en las que confluyen además los dos enfoques que la integran: el uno vinculado con el mundo de lo

---

<sup>284</sup> Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP.



místico y que evoca la fuerza de los dioses en el momento de impartir justicia. Y el otro más terrenal y humano que busca a partir de la vida cotidiana la regulación de conductas y la resolución de conflictos (BAZURCO y EXENI 2012, 61).

Estos dos enfoques al ser yuxtapuestos tienen efectos en la determinación de la sanción dado que, a diferencia de la justicia ordinaria, la justicia indígena no tiene una medida abstracta de la sanción que determine la consecuencia jurídica que ha de corresponder a cierto supuesto de hecho. De ahí que a la hora de imponer y cumplir una sanción se entremezclen prácticas culturales que buscan no sólo castigar al infractor, sino que apelando a elementos religiosos y espirituales, se pretenda que el ofensor sea limpiado de las malas energías que le hicieron incurrir en los comportamientos que determinaron su reproche social y consecuente su sanción (BRANDT y VALDIVIA 2006, 33).

Por otro lado, las sanciones aplicadas por las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, si bien tienen un origen ancestral sustentado en las tradiciones y costumbres de cada cultura, hoy en día estas carecen de la brutalidad que recurrentemente se les ha querido etiquetar, al señalar que sus sanciones representan una reminiscencias de los castigos inhumanos que se aplicaban en el pasado. Al punto que hay quien señala, (ANDRADE 2002, 148), que la purificación del infractor y restablecimiento de la armonía con la comunidad, con sus naturales diferencias, no son más que las mismas justificaciones que se daban para imponer los castigos de azotes, cepos, exposición a la vergüenza pública en el derecho penal occidental hasta el siglo XVIII.

Obviamente estas infundadas comparaciones exceptúan que las sociedades indígenas al ser influidas por las normas emanadas del Estado, han adecuado o adaptado sus sanciones a formas que entrañan una menor dosis de violencia pues son conscientes de todo aquello que vaya en contra de la vida y dignidad de las personas, por más que fuese como una alternativa para alcanzar la justicia, es innecesario recuperarse como costumbres porque la vida al ser concebida como el don más preciado que toda persona tienen, no

debe de ser usada como un instrumento o justificativo para retomar el normal equilibrio de la convivencia comunitaria.

Sin embargo, por más altruistas que parezcan, y sin deslegitimar el componente simbólico que los fines de la sanción encierran, el hablar de la Justicia Indígena es también hacer referencia a la violencia, la cual es evidenciada principalmente por dos circunstancias; primero por los acontecimientos que se le presentan (peleas, brujería, escándalos, robos, abigeatos, asesinatos, etc.); y segundo por la forma en que en algunos casos la justicia indígena procede a dar solución (azotes, ortigamiento, baños con agua fría, vergüenza pública, etc.). Solución que será apreciada, valorada y regulada por las autoridades indígenas, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción y la reincidencia del hecho que ha merecido el reproche por parte de la comunidad.

No obstante, contrastado con el Derecho Penal como instrumento del control social formal de las sociedades distintas a las indígenas, tienen similitud en cuanto a la respuesta violenta que guardan sus sentencias o sanciones, discrepando sustancialmente en cuanto a la forma, proporción y ejecución de dicho castigo, por cuanto la justicia indígena permite un contacto personal y espiritual de los integrantes de la comunidad indígena, cuestión que en cierto sentido fortalece la identidad comunitaria por ser una práctica que tiende a consolidar su cultura, porque el derecho indígena «el derecho consuetudinario es generalmente considerado como una parte integral de la estructura social y la cultura de un pueblo [...] junto con la lengua, el derecho (consuetudinario o no) constituye un elemento básico de la identidad étnica de un pueblo, nación o comunidad» (STAVENHAGEN 1991, 303).

Por otro lado es necesario resaltar que las sanciones de la justicia comunitaria, aun consistiendo en castigo físico, parecen ser menos gravosas que las penas aplicadas en la justicia ordinaria basadas en el encierro como idea central. Más sin embargo, la propagación en el imaginario social sobre la conveniencia de la privación de libertad como forma de castigo, ha llevado a que algunas comunidades indígenas hayan optado por abandonar las formas propias de resolución de conflictos, mientras que otras, a pesar de conservar sus formas propias de control social, deciden remitir a la justicia ordinaria

ciertos casos que por su gravedad merecen una sanción distinta a las ancestralmente aplicadas (BORJA 2007, 112-119).

No obstante, cuando la justicia indígena funciona y no deriva los conflictos surgidos en sus territorios a la justicia ordinaria, se ha verificado que las sanciones que aplican son variadas tanto en sus formas como en su severidad. De hecho, tomando en cuenta las diferentes formas de sanción, podría decirse que estas pueden clasificarse en tres tipos de sanciones que podrían ser pecuniarias, de exposición y corporales, es decir estas pueden ir desde la multa, la vergüenza pública, hasta la aplicación de sanciones aflictivas que consisten en castigos físicos como lo son los latigazos o el cepo y en cierto sentido también el destierro ya que si bien en unas sanciones la violencia y el sufrimiento físico es más evidente, en otras la violencia adquiere un carácter relativo.

#### **3.4.3.1 Sanciones pecuniarias**

Dentro de este tipo de sanciones se ubican todas aquellas que causan una afectación sobre el patrimonio de quien ha cometido una infracción. Su imposición se encuentra dirigida a resarcir el daño provocado sea en favor de la comunidad o de la víctima y su familia a la que en algunos de los casos y considerando la situación económica de los involucrados se accede a que se entreguen otros bienes como pueden ser ganado, terrenos e incluso trabajo agrícola en favor de la familia afectada (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 118).

Los casos en que se procede con esta sanción dependen de cada comunidad, pues en unas esta puede ser aplicada para casos relacionados con violaciones (F. GARCÍA 2002, 34); en otras generalmente se aplica para atender casos en los que la lesión proceda sobre bienes materiales, mientras que en otras se aplicará como cláusula de aseguramiento frente a obligaciones acordadas<sup>285</sup>.

---

<sup>285</sup> En el estudio cualitativo llevado por Brandt y Valdivia en las comunidades de Ecuador y Perú, pudieron constatar que para el caso de las comunidades de Ecuador en « la mayoría de las actas de conflictos resueltos (60.7%) incluye compromisos de garantías: en primer lugar multas (54.8%), que los infractores tienen que pagar en casos de reincidencia o de incumplimiento de los acuerdos<sup>89</sup>. Estas multas pueden llegar hasta sumas astronómicas para un entorno de pobreza. Por ejemplo en un conflicto “Acción contra la vida” entre comuneros de diferentes localidades de Zumbahua/ Cotopaxi/ Ecuador, fijaron una multa condicional de 5000 US \$, en Chimborazo/ Ecuador establecieron 500 US \$ en un caso de violencia familiar, 100

No obstante, en lo que respecta a los montos fijados se debe señalar que estos dependerán de la gravedad del hecho y de la responsabilidad de los involucrados. Sin embargo, en las infracciones sobre bienes materiales los pagos exigidos no se consideran como parte de la multa cuando proceden del pago equivalencial del objeto que no se puede devolver o restituir. Un ejemplo de esta situación se presenta en algunos delitos de abigeato donde al no existir la posibilidad de que el infractor devuelva el ganado se permite que el abigeo pague el costo del animal más la multa que la autoridad indígena imponga (MENDOZA 2010, 56), todo esto sin perjuicio de la imposición de la sanción consuetudinariamente establecida para este tipo de conductas.

### **3.4.3.2 Sanciones de exposición**

Estas sanciones consisten principalmente en colocar al ofensor en un lugar público para que los comuneros puedan observarlo mientras de viva voz o por medio de carteles se difunde su infracción. Hay que destacar que este tipo de sanciones de forma extendida, solamente representa una parte del ritual que ha de terminar, si no es entregado el infractor a las autoridades estatales, con la imposición de una sanción aflictiva sobre el cuerpo de quien ha sido condenado.

En Bolivia, por ejemplo, la Nación Jach'a Karangas previa la aplicación de una sanción más drástica para los violadores y adúlteros, suelen someterlos a la vergüenza pública consistente en rapar un lado de la cabellera y hacerlos «[...] que den una vuelta a la plaza, desnudos, para que los miembros del *ayllu* o de la *marka* los vean» (MENDOZA 2010, 54). Es de señalar que el trasquilar el cabello fue en tiempos pretéritos una de las sanciones más severas y humillantes, sin embargo se abusó tanto de este castigo en la colonia que hoy, si bien tiene todavía una connotación humillantes, no alcanzan la impresión que originariamente se tenía de este castigo (A. QUIJANO 1898, 20).

En las comunidades de Puno y Cusco en Perú, en cambio se obliga a los culpables de un hecho desvalorado socialmente a que realicen ejercicios físicos similares a los practicados por los militares, para luego hacerlos que se

---

hasta 200 US \$ en casos de adulterio. El sentido de las sumas elevadas es la intimidación de los infractores. Saben que sería imposible pagarlas entonces resulta más prudente, cumplir las normas comunales y no volver a cometer la falta» (2007, 81).

arrodillen sobre piedras agudas a la vista de toda la comunidad (BRANDT y VALDIVIA 2006, 147).

### 3.4.3.1 Sanciones corporales

El látigo, los baños con agua fría, el ortigamiento, el caminar cargando piedras, el comprimir con cuerdas los cuerpos son solamente algunas de las sanciones corporales que se imprime en el cuerpo de quien ha incurrido en hechos desvalorados pluralmente como es el caso de robos, ataques físicos, relaciones sexuales entre primos hermanos o jóvenes no casados, calumnias, injurias, vociferaciones, incumplimiento de obligaciones como autoridad, adulterio, entre otros (BRANDT y VALDIVIA 2006, 146).

a) *El látigo.*- Es una de las formas más antigua de castigo que se conserva en la justicia indígena pese a sus críticas. En las comunidades de Bolivia, especialmente las del norte de Potosí la cuantificación del número de azotes, llamados chicotazos, se lo hace utilizando ciertas equivalencias así: media cuartilla equivale a 3 chicotazos, una cuartilla a 6 chicotazos y una arroba a 12 chicotazos (SÁNCHEZ y CHOQUE 2011, 117).

«Como reconocen las propias autoridades originarias, el azote o chicotazo constituye el resabio de una costumbre colonial que debe ser superada por nuevas prácticas de justicia que no supongan sanción física. Si en algún caso se determina como sanción una *arroba* de chicotazos, sólo se aplicarán tres de ellos (*cuartilla*) durante el primer día: uno antes de la salida del sol, el segundo al mediodía y el tercero con la puesta del sol. Dependiendo de la constitución física de la persona sancionada, su aplicación puede ser diferida cada dos o tres días para no causar un excesivo daño físico al infractor» (MENDOZA 2010, 57).

Éste tipo de sanción, como todas las que se practican sobre la humanidad de los sancionados, se encuentra revestida de una significación altamente simbólica relacionada con la purificación del culpable. En efecto, al igual que los baños con agua fría y el ortigamiento que simbolizan un ritual de purificación y limpieza de los malos espíritus que han conducido a que el individuo cause un daño a los demás (BRANDT y VALDIVIA 2006, 149), al látigo también se le asigna un significado que está vinculado con la fuerza del rayo. Fuerza a la que se le atribuye la capacidad de limpiar la mala energía de quien ha cometido un comportamiento grave a los ojos de la comunidad.

Al cumplir estas duras sanciones se considera que el infractor puede ser reintegrado a la comunidad porque ya no lleva la mancha que causó su comportamiento. La liturgia sancionatoria actúa como una práctica terapéutica que apacigua los ánimos de la comunidad y permite que ésta recobre el equilibrio y la armonía alterados arbitrariamente por el infractor con sus actos.

La exposición a la vergüenza pública y la ejecución de las sanciones corporales impregnan en la memoria colectiva las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las normas comunitarias. El cuerpo del condenado se convierte en una muestra visible de la gravedad de la infracción, pues en éste quedarán impresas las marcas del castigo que en el ejercicio de la ejecución servirán para actualizar e interiorizar las conductas que socialmente se encuentran prohibidas así como las consecuencias jurídicas que se derivan sobre quién infringe a las mismas (BRANDT y VALDIVIA 2006, 149).

Y es precisamente la violencia y lo explícito de las sanciones que critica la justicia ordinaria a la justicia indígena, por cuanto se ven en estas reminiscencias de las sanciones corporales aplicadas con anterioridad a las que se encuentran establecidas en el derecho penal moderno. Por ello es que se suele considerar que la legitimación de estas sanciones es volver a un pasado lleno de martirios y dolor en el cuerpo del penado.

Hay que añadir que la crítica ha sido lo suficientemente convincente puesto que a pesar del reconocimiento de la jurisdicción indígena, este discurso ha permitido negar el derecho de los pueblos indígenas a administrar su propia justicia argumentando que el mero hecho de ser un pueblo originario no les da la potestad de vulnerar, en el ejercicio de sus sanciones, los derechos fundamentales de las personas y con ello sobrepasar los límites interpuestos por las garantías individuales (BORJA 2011, 40).

Se podría decir que por sobre el ropaje que intenta legitimar a la sanción indígena, aparecen tanto el escarmiento como la ejemplaridad estrechamente asociados, pues estos buscan lograr un efecto disuasorio tanto en el ajusticiado, para que no reincida y recapacite sobre el mal realizado, como también sobre los potenciales infractores que pueden surgir dentro como fuera de la comunidad.

b) *Expulsión de la comunidad.*- Es considerada como las sanciones más grave en la mayoría de pueblos y comunidades indígenas, dado que esta no sólo entraña la pérdida de todos los derechos y los beneficios que el sujeto tenía dentro de la comunidad o resguardo, sino que la expulsión representa la *muerte social*<sup>286</sup> del sujeto, al punto que algunas comunidades se llega a prohibir que se pronuncie el nombre de quien fue merecedor de esta sanción (JIMÉNEZ 2007, 32), aunque también en otras siempre es posible que se considere el arrepentimiento y la redención del infractor, y por consiguiente la aceptación de su retorno (MENDOZA 2010, 57).

El fuerte arraigo que los miembros de las comunidades indígenas sienten por sus territorios, hace que la expulsión de la comunidad constituya una ruptura del vínculo que tienen con la Pachamama y consecuentemente con su aporte para el mantenimiento de la continuidad histórica de su cultura y de sus ancestros. Por lo general, esta forma de sanción suele darse contra aquellos miembros que cometen actos muy graves, como homicidios, o frente a aquellos que son tenidos como incorregibles por el hecho de presentar un reiterado cometimiento de actos que transgreden las normas comunitarias (BRANDT y VALDIVIA 2006, 149) y sobre los cuales no ha tenido ningún efecto o resultado ninguna de las sanciones previamente aplicadas por sus anteriores infracciones por ello es que la expulsión de la comunidad se constituye la máxima sanción y que en los pueblos indígenas de Bolivia se la conoce como *tupuru hamantaña*, que significa sacar al camino grande.

En lo que respecta a la constitucionalidad de la expulsión, hay que apuntar, que la Corte Constitucional de Colombia es la primera de todos los países andinos se ha pronunciado respecto de este tema. De hecho aunque la Corte en principio fue renuente a declarar la constitucionalidad de esta pena<sup>287</sup>, con posterioridad cambiaría su postura al considerar que la expulsión de la comunidad no implica *per se* violar la prohibición que se encuentra establecida en el art. 34 de la Constitución puesto que los términos de dicho artículo se

---

<sup>286</sup> Una apreciación distinta es señalada por Fernando García, para quien la muerte social en las comunidades indígenas significa «[...] provocar la muerte de una persona para evitar otras muertes» como a su entender ocurriría en los casos de brujería (GARCÍA 2002, 40).

<sup>287</sup> Esto fue debido a que a su entender la pena de destierro representaba la pérdida de la identidad cultural y la extinción de la filiación antropológica, así como también una "la forzosa inserción en un marco cultural diferente, supone la alteración radical de su modo de vida y la necesidad de interactuar en condiciones de inferioridad".

refieren a la privación del reo de habitar el territorio nacional. «Por lo tanto, como los cabildos sólo pueden administrar justicia dentro de su jurisdicción, es claro que se destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional y, en consecuencia, la sanción no encuadra dentro de la restricción [...]»<sup>288</sup>.

Por otro lado el Tribunal Constitucional de Bolivia respecto a este tipo de sanción ha sostenido un criterio un tanto ambiguo, pues como bien ha reconocido el derecho de aplicar esta forma de sanción, también ha considerado importante el derecho de los sancionados a permanecer en la comunidad y no ser expulsados. Los argumentos para satisfacer ambos intereses ha sido señalar una medida conciliatoria en la cual, si bien no condenan la aplicación de la expulsión como forma de sanción por enmarcarse dentro de un *error excusable*, tampoco consienten que los sancionados no cumplan las normas de conducta vigentes en la comunidad<sup>289</sup>.

c) **Trabajo comunitario.**- Otra de las sanciones más comunes en el sistema penal indígena es el trabajo público en labores comunitarias. Este tipo de sanción tendría la intención de que el sujeto comprenda la importancia de preservar los intereses de la comunidad.

Existen comunidades en que el trabajo comunitario se lleva durante el día (haciendo adobes para la escuela, limpiando zanjas, limpiando maleza del camino, etc.) pero en la noche el infractor se retira a su domicilio a continuar su vida normal, aunque en otras comunidades esta sanción se la combina con medidas más severas como es el caso de la comunidad embera-chámi, ubicada en Colombia, que en los casos de homicidio combina el trabajo comunitario en las mañanas con el cepo durante las noches por períodos que pueden llegar hasta los ocho años, dependiendo de las circunstancias que rodearon el hecho<sup>290</sup>.

Para el cumplimiento de este tipo de sanción se debe decir que juego un papel muy importante la cosmovisión comunitaria y la cohesión social, dado que éstas influyen para que el comunero no evada el cumplimiento de este tipo

---

<sup>288</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 523/97, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>289</sup> Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, sentencia N° 0295/2003-R, MR. Elizabeth Iñiguez de Salinas.

<sup>290</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 349/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.



de sanción, pues en las sociedades indígenas la persona se vuelve tan dependiente del entorno social de su comunidad que no conciben la posibilidad de escapar y romper ese vínculo con el lugar donde ha desarrollado toda su existencia (BORJA 2007, 140). Aunque cabe decirse que impuesta la sanción la comunidad no descuida el seguimiento del caso, pues las autoridades deben permanecer vigilantes no sólo de que sus acuerdos y decisiones se cumplan conforme a lo que se hubiera establecido, sino también que el sujeto que fuera sancionado muestre un cambio de actitud y comportamiento (BRANDT y VALDIVIA 2006, 149), caso contrario están en la atribución de aconsejar y advertir las consecuencias, no sólo morales sino jurídicas, que pueden acarrear su actitud.

d) **Encarcelamiento.-** De forma general se puede decir que en las comunidades indígenas «[n]o existe necesariamente la pena de la reclusión y cuando ella se aplica, posee características, condiciones y períodos peculiares que la diferencian de las prácticas del sistema carcelario» (PERAFAN 2000, 360). En algunos pueblos indígenas la privación de libertad, cuando no es utilizada como un medio procesal, se aplica desde unas cuantas horas hasta varios días. El objetivo que se persigue, por la brevedad del encierro, no es más que brindarle al infractor un espacio para que reflexione sobre su situación y las causas que lo han llevado tener que soportarlo. Como ejemplo de esta sanción podría citarse el caso de Comunidad Nativa de San Rafael ubicada en Perú, donde el adulterio con una mujer casada da lugar a que se imponga una sanción de 48 horas de detención y un día de trabajo comunitario, sin perjuicio de que el marido ofendido pueda reaccionar agrediendo a quien mansillo su honor (BRANDT y VALDIVIA 2006, 127).

En cambio en otras comunidades, como las ubicadas en la Sierra de Ecuador, la detención de un comunero obliga a que este asuma ciertos gastos derivados de la labor de vigilancia que se encarga a los comuneros cuando no son los propios familiares del afectado que desempeñen esta labor (F. GARCÍA 2002, 33) al no haber instalaciones adecuadas para esta sanción. De ahí que por esta labor el detenido debe abonar una determinada cantidad de dinero por cada día que pase privado de la libertad como indemnización a sus guardianes (BRANDT y VALDIVIA 2006, 147).

La brevedad de la privación de la libertad en las comunidades indígenas se debe a la falta de racionalidad que ellos ven en la privaciones de libertad como forma de sanción, no sólo porque esta contradice uno de sus principios básicos de convivencia como es el de *no ser ocioso*, sino porque dentro de los pueblos indígenas una sanción privativa de libertad repercute enormemente tanto en la familia, porque el hombre es quien generalmente la sostiene, como en la comunidad que funciona en base al sistema de apoyo mutuo.

Sin embargo, y hay que decirlo, no todas las comunidades indígenas están en desacuerdo con la pena privativa de libertad, dado que existen varias comunidades que remiten a los acusados a la justicia ordinaria, bajo la expectativa de que sean sancionados con prisión. Estos casos generalmente suelen darse en las comunidades ubicadas en los países de Perú, Ecuador y Bolivia, ya que en Colombia las autoridades de algunas comunidades han recurrido a establecer sanciones que contemplan el cumplimiento de condena dentro de los centros penitenciarios del Estado Colombiano y que a vista de la Corte Constitucional se encontraría dentro del marco constitucional<sup>291</sup>.

Sin embargo existen un caso llamativos que ponen en evidencia la asimilación de instrumentos punitivos provenientes del derecho occidental, como es el que se da en el Alto Sinú colombiano, donde hay una prisión construida por las comunidades indígenas de la región para recluir a los indígenas peligrosos, con lo cual se evita enviarlos ante la justicia penal ordinaria (ARIZA y ZAMBRANO 2012, 180).

e) **Privación de los servicios colectivos.-** Ente tipo de sanción se presenta principalmente en comunidades que mantienen la propiedad comunal de la tierra.

f) **La muerte.-** Siendo coherentes el carácter restaurativo que se le atribuye a la sanción indígena, la pena de muerte no es contemplada como forma de justicia (MENDOZA 2010, 58) principalmente dentro de los sistemas jurídicos de los poblados de la Sierra que poco tiene que ver con los de la Amazonia (BORJA 2001, 106). Toda vez de que en algunas comunidades ubicadas en la zona Amazónica, que no han tenido ningún contacto o se

---

<sup>291</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 1026/08, MP. Marco German Monroy.

encuentran en contacto inicial, este tipo de sanción se considera que sigue vigente como forma de justicia en casos relacionados con el mal uso de la brujería (PERAFAN 2000, 360; BRANDT y VALDIVIA 2006, 80) o de adulterio. Este último por ejemplo, ocurre en los pueblos *Shuar* y *Achuar*, que al tener menor contacto con otras culturas sus «[...] reglas son más estrictas que entre los Kichwas, por lo que los hechos de adulterio, son generalmente vengados con la muerte de la pareja adúltera, sin que les sean convincentes medidas alternativas como la separación de la pareja» (CHÁVEZ y GARCÍA 2004, 175).

#### 4 Características generales de los sistemas de justicia indígena

Por la forma en la cual se lleva a cabo la aplicación y el procedimiento de la justicia indígena, se puede considerar que en esta tiene ciertos elementos que la caracterizan y la singularizan respecto de la justicia estatal. Así, pues, dentro de las principales características que se puede apreciar en la justicia indígena están:

a) *No es un método alternativo de resolución de conflictos.* - Aunque el derecho indígena se parezca a los medios alternativos de solución de conflictos no debe ser considerado como tal (SANTOS 2012, 24), pues sostener una opinión contraria a este criterio aunque sea para legitimarlo o reconocerlo, como lo hizo en su momento la Constitución boliviana de 1994<sup>292</sup>, no hace más subordinarlo y minimizarlo como un sistema jurídico autónomo que se sustenta en instituciones sólidas que han perdurado a través del tiempo.

El derecho indígena pese a las semejanzas que puede haber entre los mecanismos de resolución de conflictos, existen también múltiples diferencias que los separan. Así por ejemplo en los mecanismos alternativos las partes son las que voluntariamente aceptan y, de ser el caso, llegan a un acuerdo; mientras que en el derecho indígena las autoridades indígenas que ejercen la función jurisdiccional pueden exigir a las partes que comparezcan obligatoriamente, para solucionar el conflicto y de ser el caso aplicar una sanción, ya que la justicia indígena puede resolver cualquier caso independientemente de la gravedad que este tenga, cosa que no ocurre con los

---

<sup>292</sup> Así lo establecía el art. 171 en su párrafo III al señalar entre otras cosas que las «autoridades naturales las comunidades indígenas y campesinas podrán ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos [...]».

medios alternativos de solución de conflictos que no están legalmente facultados para resolver conflictos penales graves como violaciones, homicidios, etc.

En definitiva la justicia indígena tiene el carácter de obligatoria para sus miembros ya que así se garantiza el cumplimiento del principio de seguridad jurídica en el sentido de que los comuneros saben cuál es la normativa aplicable en cada caso, como también la consecuencia que apareja cada una de sus conductas (VILLEGAS 2014, 218). Valga apuntar que la falta de esta obligatoriedad produciría no solamente el debilitamiento de sus formas propias de resolución de conflictos, sino que terminaría convirtiendo a la justicia indígena en un mecanismo de impunidad.

*b) Es rápida y flexible a las nuevas circunstancias.*- A diferencia de la justicia ordinaria, que suele tener prolongados plazos procedimentales (BAZURCO y EXENI 2012, 30), la justicia indígena responde inmediatamente al clamor de la parte agraviada, sin considerar ningún tipo de formalidad legal que haga que esta se retarde. Por ello es que las acciones que realiza la autoridad indígena, y demás miembros del cabildo, comienza a darse en el mismo instante en que el problema es expuesto. Sus actuaciones no se rigen de un modo preestablecido, pues estas se adaptan al tipo de conflicto presentado con lo cual se evita que se den dilaciones indebidas que terminan por desdeñar el valor que entraña la realización de la justicia. Y es precisamente esa adaptación la que ha permitido que los sistemas de justicia indígena no sean estático, abierto a los cambios que surgen de la presencia y relación con el resto de la sociedad y el Estado.

*c) Es de naturaleza oral.*- A diferencia del derecho penal occidental, cuyas leyes son escritas y emanan de una autoridad política constituida (STAVENHAGEN 1990, 29), el derecho indígena se caracteriza porque sus normas, entre ellas las de índole sancionatorio, son producto de la costumbre y de la transmisión oral que está a tenido durante generaciones, a través de distintos mecanismos en los que participan, de una u otra manera, todos los miembros de la comunidad (VILLEGAS 2014, 217). De hecho la ausencia de textos escritos ha facilitado que la administración de justicia se efectuó de una forma más simplificada y adecuada a las necesidades de la comunidad, puesto

que al ser de muy distinta índole las controversias surgidas, se hace imprescindible que para mantener la paz y el equilibrio social de la comunidad no queden asuntos sin resolverse por falta de legislación.

Por otro lado, al ser un sistema dinámico que se desarrolla a la par del contexto social vigente, las autoridades si bien preponderan la naturaleza oral de sus normas y procedimientos, esto no obsta a que estas tengan la capacidad de valorar documentos escritos, u otros medios de prueba, que se presenten dentro del proceso con el fin de mostrar la culpabilidad o la inocencia del acusado. Así mismo resalta el hecho de que cuando existen resoluciones sobre casos graves, las autoridades indígenas suelen registrar y sustentar sus actuaciones mediante actas a efectos de que los hechos no vuelvan a ser sancionados por las autoridades de la justicia ordinaria, a quienes que no les basta que la autoridad natural indígena exponga oralmente las actuaciones realizadas dentro del ejercicio de la jurisdicción indígena, sino que siguiendo el formalismo y la *tramitología* que caracteriza al sistema de justicia estatal, requieren de la presentación de documentos escritos que sustenten lo que dichas autoridades afirman respecto de sus actuación jurisdiccionales<sup>293</sup>.

d) *Tiene una orientación cosmológica.*- El derecho indígena indisolublemente está ligado a sus costumbres, sus creencias, sus fiestas, en fin, con la manera en que las distintas culturas ven el mundo. En este sentido se puede considerar que la cosmovisión indígena es determinante para estructurar los mecanismos que servirán para regular la convivencia social, conforme a normas que no necesariamente son diferentes a las de la moral o de la religión.

---

<sup>293</sup> Ejemplo de este requerimiento y de la trascendencia que puede aparejar, se puede encontrar en Ecuador en el caso N° 630-2002, más conocido como Caso La Cocha 2002, en donde luego de nulificar la actuación de un juez, se procedió a dictar *Auto de llamamiento* argumentando que en la resolución que fue objeto de la nulidad procesal, no se había justificado el acta de juzgamiento de las autoridades de la comunidad indígena, por lo que se ordenó la privación de libertad de los presuntos autores del delito de homicidio, pese a que los mismos que ya habían sido sancionados por la comunidad y que se encontraban reintegrados en ella (POVEDA 2010, 11). Otro hecho, que parecería ser jocoso pero dista mucho de serlo, ocurrió en una comunidad amazónica, en donde para ser reconocida como organización territorial de base, debía presentar un libro de actas que de fe de que se reunían habitualmente. Ante dicho requerimiento «[l]as autoridades locales llevaron a los funcionarios a un gran árbol debajo del cual se reunían y allí mostraron las rayas en el tronco con que en cada reunión marcaban los asistentes» (ALBÓ 2012, 210).

En los pueblos la separación entre derecho, moral y religión no es tajante, por ello es que las normas jurídicas no son producto único de la razón humana, sino que existen fuerzas ajenas al hombre que influyen en las normas de conducta de los mismos. De ahí que exista la creencia de que el orden debe estar en comunión con todas las fuerzas existentes en la naturaleza (GONZÁLES 1997, 529) pues estas son las que ayudan a conformar sus normas y símbolos que resultan ser imperceptibles para quienes no pertenecemos a estas poblaciones (SOTOMAYOR 1996, 90).

e) *Es accesible y gratuito.*- Todos los miembros de la comunidad tienen acceso a la administración de justicia indígena. Es una justicia cercana física y espiritualmente a todos sus miembros, en ella estos pueden seguir sus conflictos en su idioma propio como también en castellano, sin que por ello les represente gastos económicos. Las autoridades indígenas no perciben ninguna retribución económica por ejercer sus funciones, ni como honorarios ni como compensación no sólo porque la ley en unos casos lo provea así<sup>294</sup> (F. GARCÍA 2002, 51), sino por cuanto son representante del conjunto de la comunidad y como tal sus funciones son vistas como un servicio que da la comunidad a sus miembros. Además, hay que añadir que para la administración de justicia no se requiere de un pesado y caro aparato burocrático (ALBÓ 2012, 211), así como tampoco se necesita de locales, personas o equipos costosos que registren lo actuado<sup>295</sup> como efectivamente ocurre en la justicia ordinaria.

f) *Es pública y de carácter colectivo.*- Al ser los pueblos indígenas comunidades sólidamente cohesionada, el protagonismo y participación activa de la comunidad, no puede quedar al margen del restablecimiento de la paz alterada. La participación de la comunidad desempeña un papel importante, por un lado, permite que las decisiones de la autoridad sean lo más justa posibles a

---

<sup>294</sup> En este caso hay que señalar que en el Ecuador la Ley de comunas establece que las autoridades comunitarias están exentas de recibir pago económico alguno por desempeñar sus funciones cuyo fundamento radica en el servicio a la comunidad, lo cual no obsta para que voluntariamente las partes ofrezcan comida o faciliten la movilización de las autoridades (GARCÍA 2012, 51).

<sup>295</sup> Esto no debe de entenderse que todas las autoridades de los pueblos indígenas no dispongan de artefactos electrónicos para cumplir sus funciones, pues en muchas comunidades las autoridades para tener conocimiento de los tratados internacionales y de la jurisprudencia de las Cortes, utilizan computadores e internet (E. SÁNCHEZ 2005, 230), sin que por ello se revierta en algún costo para quienes piden la administración de justicia, ya que los recursos para adquirir estos insumos son fruto de las multas que se impone a los infractores pero que luego deben de ser rendidos cuenta a la comunidad (GARCÍA 2012, 102).

los referentes consuetudinarios, y por otro, garantiza que las partes puedan presentar públicamente las pruebas que determinen la inocencia o culpabilidad del acusado. De presentarse este último, caso el carácter público y participativo de los sistemas jurídicos indígenas permite que el infractor haga extensible su arrepentimiento tanto a la víctima como a la comunidad. Hecho que se constituye en un acto muy importante puesto que éste le permitirá, una vez que haya cumplido la sanción y resarcidos los daños causados, reintegrarse a la comunidad.

g) *Es consensual.*- Para la comunidad y las autoridades la justicia es «un proceso orientado a la resolución de un conflicto. El objetivo principal es superar el problema mediante la reflexión y el entendimiento de las partes y lograr una conciliación o reconciliación» (ÁVILA 2010, 31). De esta manera se busca que la parte ofendida convenga una solución con el ofensor, para así lograr una reconciliación tanto de la comunidad como de la víctima con el ofensor.

h) *Busca la restauración de la paz y la convivencia social.*- En el derecho indígena la solución de los conflictos no está en la sanción sino en la restauración del equilibrio que fue alterado. Ejemplo de esto es que la justicia indígena generalmente se aplica, por sobre las sanciones de tipo físico, aquellas sanciones que afectan principalmente a la honra o al patrimonio a través de multas que pueden ser cumplidas en dinero, especie e incluso con trabajo en favor de la comunidad o la víctima, pues en una sociedad predominantemente agrícola esto es plenamente aceptado dentro del proceso de resolución de conflictos ya que tradicionalmente esto ha permitido garantizar el orden y la convivencia social.

De esta manera es lógico considerar que los mecanismos de solución propios de las culturas indígenas andinas encajen dentro del modelo de justicia restaurativa, pues los textos que refieren sobre la justicia restaurativa tienden a caracterizarla en contraposición de los argumentos que sostienen a la desprestigiada justicia punitiva tradicional. En tal virtud es perfectamente extrapolable algunos de los caracteres que singularizan a la justicia restaurativa con aquellos que se encuentran presentes en la justicia indígena, lo cual daría

lugar incluso a que se considere a esta bajo la denominación de justicia restaurativa indígena.

Siendo así la justicia indígena perfectamente se ajustaría actualmente a un modelo restaurativo, puesto que el delito en la comunidad indígena deja de ser una infracción a la norma estatal, sino como un hecho que causa daño a la sociedad por las acciones dañosas efectuadas a otra persona, de ahí que la solución por parte de las autoridades indígenas, se centren en que la víctima, el acusado y la comunidad reunidos en Asamblea busquen los mecanismos más idóneos que respondan en un solo acto a los requerimientos más indispensables, es decir, solventar las exigencias y el sentir de la víctima, la liberación de la culpa del acusado y la restauración de la paz y tranquilidad de la comunidad.





## **CAPÍTULO VI**

### **Las tensiones entre la jurisdicción penal y la justicia indígena**

#### **1 Introducción**

En la comunidad de La Cocha, ubicada de la parroquia de Zumbahua, de la provincia ecuatoriana de Cotopaxi, el 9 de mayo de 2010 a eso de las 19:00 horas, mientras la comunidad se encontraba festejando una celebración, se produjo la muerte de un joven de la comunidad el cual tras ser golpeado fue ahorcado con una correa.

La comunidad al tener conocimiento del hecho, inmediatamente procedió a hacer las averiguaciones pertinentes al punto que al día siguiente se identificó y capturó a 5 jóvenes sospechosos de la muerte del comunero, los cuales fueron inmediatamente entregados a las autoridades de la comunidad para que sean sometidos a sus formas de administrar justicia y se determine si los implicados son los culpables del hecho ocurrido.

Al ser un caso de suma gravedad las autoridades inician inmediatamente las investigaciones tendientes a buscar la culpabilidad o inocencia de los implicados. Así, concluidas las averiguaciones, el 16 de mayo de 2010, la Asamblea de la Comunidad de La Cocha, determinan que uno de los implicados es autor material de la muerte del comunero mientras que el resto actuaron en calidad de partícipes.

Una vez de que fueran definidas las responsabilidades y el grado de participación de los implicados, la Asamblea de la Comunidad decide sancionar ese mismo día a los partícipes del hecho, imponiéndoles diversas penalidades consistentes en: baño de agua con ortiga (hierba urticante) durante 30 minutos; caminar alrededor de la plaza pública desnudos cargando tierra; 24 fuetes a razón de uno por cada dirigente de la comunidad el cual aconseja al condenado mientras ejecuta la sanciona; pedido de perdón público a los familiares y a la Asamblea; la expulsión de la comunidad por 2 años; pago de una indemnización y el compromiso de que estos sean rehabilitados por sus familiares.

En lo que respecta al autor material de la muerte del comunero, se dispone que éste quede bajo responsabilidad de la comunidad, unos días más,

hasta que se decida su sanción conforme a su grado de culpabilidad. Tiempo en el que no faltó la intervención de las autoridades estatales que, soslayando la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas, intentaron que el asunto sea enjuiciado por la justicia ordinaria<sup>296</sup>.

Sobrepasados estos inconvenientes y luego de las deliberaciones respectivas, el 23 de mayo de 2010 la Asamblea Comunitaria decide disponer la sanción de quien fuera declarado autor material del hecho, imponiéndole un castigo cuantitativamente más severo que el ejecutado en los partícipes. En definitiva por su mayor grado de responsabilidad en el hecho el autor fue condenado a 40 minutos de baño con ortiga, el doble de fuetes y, en vez de la expulsión de la comunidad, 5 años de trabajo comunitario.

A todo esto no fueron ajenos los medios de comunicación ya que estos se encargaron de difundir la noticia a nivel nacional, generando reacciones en los medios de comunicación y en distintos sectores de la sociedad que se posicionaba tanto a favor como en contra de la forma de administración de justicia indígena. Sin embargo, las opiniones que mayor trascendencia adquirieron fueron las pronunciadas tanto por funcionarios judiciales, como por académicos, juristas y políticos que se manifestaron muy críticos respecto al tema. Entre estos últimos habría de sobresalir la opinión del propio presidente, Rafael Correa, quien en sus alocuciones sabatinas —al estilo del recordado presidente venezolano Hugo Chávez y hoy del impresentable presidente Maduro—, criticó airadamente las actuaciones y sobre todo las sanciones impuestas por las autoridades indígenas calificándolas como una «monstruosidad» un «espectáculo degradante», que era una «barbaridad» y que eso en definitiva no era justicia sino «tortura»<sup>297</sup>.

Frente estas opiniones las réplicas de los líderes indígenas no se hicieron esperar, condenando la poca prudencia de las autoridades nacionales y de los medios de comunicación en el tratamiento del tema. Pero además, con la misma contundencia presentaron su completo respaldo a los

---

<sup>296</sup> Entre estas se cuentan la actuación del fiscal general del Estado que, el 19 de mayo de 2010, intentó infructuosamente ingresar a la comunidad a rescatar al autor del asesinato a pesar de estar éste retenido esperando que se formule su sanción por las autoridades de la comunidad. Así mismo el ministro de justicia, incito a la fiscalía a que se inicien acciones legales contra los dirigentes de la Comunidad de La Cocha.

<sup>297</sup> Disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=YmbZis93XCw>

pronunciamientos jurídicos de las autoridades indígenas de La Cocha, por haber actuado apegadas al mandato constitucional que habilita la aplicación de la justicia indígena.

Pero las confrontaciones que permanentemente emprendía el mandatario ecuatoriano en contra de las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha y paralelamente con la dirigencia indígena, llevo a que en el plano internacional el Relator Especial de la ONU, James Anaya, exprese su preocupación por este lamentable asunto, ya que a su juicio los comentarios producidos se apartaban de toda crítica razonable y ponderada que pudiera hacerse sobre la justicia indígena. Planteaba que este tipo de cuestiones no hacían más que alentar visiones racistas y discriminatorias contra el conjunto de los pueblos indígenas, resaltando que los pueblos indígenas tienen el derecho de administrar justicia, conforme lo reconoce la Constitución y los tratados internacionales<sup>298</sup>.

De esta manera, desde el ámbito internacional se dejaba planteado que a pesar de la legalidad de las actuaciones de las autoridades indígenas, había una evidente falta de coordinación, cooperación y respeto por parte de los organismos oficiales tales como: la Fiscalía, el Ministro de Gobierno, la Policía, entre otras instituciones del Estado, que apelan porque los dirigentes indígenas sean procesados conforme el debido proceso de la justicia ordinaria por haber violado los derechos fundamentales de los 5 imputados por la muerte del comunero.

El desenlace de todo este intrincado suceso estaría lejos de presentarse. Al prevalecer las apreciaciones de las autoridades del Estado el poder punitivo se impuso sobre los derechos de los pueblos indígenas, pues, efectivamente el 4 de junio de 2010 los dirigentes de la comunidad La Cocha son detenidos y acusados del delito de plagio ante un juez ordinario, el cual ante la duda razonable y motivada sobre las normas jurídicas aplicables al caso procede a liberar a los autoridades detenidas y elevar en consulta a la Corte Constitucional.

---

<sup>298</sup> Disponible en: <http://www.politicaspUBLICAS.net/panel/re/nws/528-rel-justicia-ecuador.html>

Por otro lado, los 5 jóvenes que ya habían sido sancionados por la justicia indígena, fueron apresados y acusados por la fiscalía del delito de asesinato, llegando a la etapa de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, el mismo que el 31 de enero de 2011 decidió suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta a la Corte Constitucional antes de incurrir en una vulneración del principio *non bis in ídem*, ordenándose posteriormente, el 12 de mayo de 2011, la liberación de los 5 detenidos con medidas sustitutivas. Sería de esperar hasta el 30 de julio de 2014 que la Corte Constitucional de Ecuador, en la Sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP, para que señale que en el presente caso no se configuró el *non bis in ídem* pues a decir de la Corte Constitucional ecuatoriana la justicia indígena sancionó en función de los efectos sociales mientras que la actuación de la justicia ordinaria lo hacía en razón de la lesión del bien jurídico vida. Y en virtud de esta cuestionable distinción la Corte procede a quitar la competencia a la jurisdicción indígena y concede a la justicia ordinaria la competencia para atender todos los hechos que atenten contra la vida de las personas.

El relato del presente caso denominado como *La Cocha* es una radiografía de cómo se presenta la relación que existe entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, no solamente en el Ecuador sino en toda la zona andina, pues muestra los distintos aspectos que hoy son tomados en cuenta tanto para su crítica como para su parcial aceptación por parte de los operadores jurídicos que siguen considerando a la justicia indígena, pese al reconocimiento constitucional igualitario, por debajo del modelo de raigambre occidental.

El manteniendo del colonialismo jurídico hace que en la cultura dominante perviva ese desinterés por los aportes que pudieran provenir de las culturas indígenas. La inferioridad de los sistemas de justicia indígena, que veladamente se sostiene dentro de las agencias jurídicas del estado, determina que se siga ponderando el modelo occidente, pues este al traspasar los límites geográficos se enquistó en la realidad Latinoamericana y se tornó en el único patrón y referente último que habría de guiar a las sociedades, desvalorando la pluralidad cultural propia y desconociendo otras formas de concebir el mundo.

## 2 Diversidad cultural y Derecho penal

Desde un punto de vista jurídico y social, la diversidad cultural sigue siendo un problema irresuelto para las distintas sociedades que, sin contar con un espacio receptivo adecuado, se han convertido paulatinamente en un mosaico étnico, lingüístico, religioso y cultural. Se considera que los casi 200 países que hay en el mundo se encuentran habitados por aproximadamente 5000 culturas, de las cuales el 95% de ellas son culturas indígenas (M. BERRAONDO 2000, 13). Y es que para algunos la diversidad cultural es un fenómeno social que ha estado presente siempre, «desde que el mundo es mundo, ningún territorio —cualquiera que sea su tamaño— ha sido habitado por una única población homogénea, ya sea cultural, étnica, o de cualquier otro aspecto» (HOBSBAWM 1994, 7).

Will Kymlicka (1996, 13), asegura que durante siglos se han dado procesos que han incrementado la diversidad cultural preexistente, sea debido a procesos de conquista y colonización llevados sobre sociedades originarias autogobernadas, o fruto de inmigraciones de tipo individual o familiar que en los últimos tiempos se presenta con mayor notoriedad en los países que tienen una determinada fortaleza económica, ya que estos son recurrentemente escogidos como lugares de llegada no sólo de sujetos de manera individualizada sino de familias y hasta pueblos casi completos (FERRÉ 2008, 33) provenientes de los más diversos sectores, ya sea de países desarrollados que han caído en crisis, países que están en vías de desarrollo, así como también de aquellos países que se encuentran inmersos en conflictos armados y que generan verdaderos éxodos de población civil inocente.

Es así que atendiendo las formas de acomodación o de incorporación de la diversidad cultural dentro de los Estados, estos pueden ser multinacionales o poliétnicos. Will Kymlicka refiriéndose a estos dos tipos de incorporación, señala que se habla de Estados multinacionales cuando la diversidad cultural surge de la incorporación de culturas que anteriormente poseían autogobierno y estaban concentradas territorialmente en un Estado mayor; mientras que por Estados poliétnicos, se trataría de aquellos cuya diversidad cultural surge de la inmigración individual y familiar. Enfatiza que éstas al ser formas diferentes de surgimiento de la diversidad cultural, las demandas y los conflictos que estas

tienen son distintos, pues lo que caracteriza a las minorías nacionales es el ferviente deseo de seguir manteniendo su identidad como naciones distintas respecto de la cultura mayoritaria de la que forman parte; mientras que las poblaciones de inmigrantes lo que en su gran mayoría desean es ser integrados como miembros con pleno derecho en la sociedad de los países de llegada, más no un reconocimiento o un estatus jurídico diferenciado del de la mayoría (1996, 25-26).

En este contexto se puede mencionar que las reivindicaciones tanto de las minorías nacionales como de los grupos étnicos tienen actualidad según el continente o la sociedad de que se trate. Así en la sociedad occidental el tema que mantiene actual interés se encuentra relacionado con la gestión de la diversidad cultural relacionada con la migración irregular que hoy es vista como un serio problema para la estabilidad y convivencia social porque para algunos, como lo sugiere Nieves Sanz, los inmigrantes representan un «[...] peligro cierto de que nuestras sociedades se transformen en una especie de “torre de Babel”, por las diferentes formas de vida y costumbres y la existencia de grupos culturales no deseosos de integrarse a la cultura mayoritaria del país de referencia» (2014, 11:5)

De hecho los estereotipos étnicos que se crean alrededor de los inmigrantes tienden a catalogarlos no sólo como sospechosos de aprovecharse de los recursos sociales, sino también de perjudicar el mercado de trabajo, así como también de estar vinculados con el incremento de la criminalidad y la inseguridad ciudadana, lo cual apareja serios costes para los migrantes porque al ser tenidos como criminales potenciales, las agencias ejecutivas del sistema penal ejercerán un mayor control y vigilancia sobre estos colectivos, volviéndolos vulnerables al poder punitivo (ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA 2005, 15) debido a que se incrementa exponencialmente las posibilidades de que estos sean seleccionados por el sistema penal.

Por su parte, en los países latinoamericanos, donde la diversidad cultural proviene de las propias minorías nacionales, el problema de la inmigración pasa a un segundo plano, dado que en estos países el conflicto cultural es de añeja factura y surge precisamente con la cadena de violencia que se desató al llegar las campañas de conquista y colonización. Se menciona que desde el

desembarco de la espada y la cruz existió una indisponibilidad de que se pudieran conciliar las diferencias entre los vencedores y los vencidos, con lo cual a estos últimos no les quedó otra opción que acomodar su existencia al nuevo orden social que se gestaba.

No obstante debido a la condición de inferioridad que ocupaban en todos los ámbitos, determino que los pueblos indígenas resultaran profundamente transformados y perjudicados. Largos siglos de colonización y discriminación republicana incidieron para que su cultura vaya modificándose y sus instituciones vayan olvidándose, al punto de que su derecho propio llegó a ser inaplicable o en el mejor de los casos subsistió adaptándose en distinto grado a las instituciones estatales que les eran completamente ajenas a sus culturas.

De esta manera las distintas culturas indígenas tuvieron que adaptarse a los patrones de homogenización cultural para poder sobrevivir, soportando el menosprecio, negación y dominación de los Estados que buscaban fervientemente la construcción de naciones homogenizadas que tapaban con capas de opresión a las culturas de los pueblos andinos (ZAFFARONI 2011, 114). Sin embargo, la irrupción de los pueblos indígenas en el escenario político nacional, a través de fuertes movilizaciones que canalizaban el descontento y la injusticia social, que tradicionalmente se había volcado sobre ellos, evidenció que sus reivindicaciones no eran coyunturales e improvisadas sino que estas iban acompañadas de propuestas que abarcaban distintos ámbitos.

Hoy se puede evidenciar la existencia de una lucha incesante por lograr que no perezcan las distintas culturas indígenas, no solamente en un sentido físico<sup>299</sup>, sino también todo lo que estas representan como «una totalidad compleja de concepciones, significados, símbolos, sistemas normativos, valoraciones éticas, modos de vida, religión, utensilios, habilidades, artes y

---

<sup>299</sup> La Corte Constitucional Colombiana mediante el Auto N° 004 de 2009, reconoció que 34 pueblos estaban en riesgo de exterminio físico y cultural. Más ésta lista habría de aumentar con el Auto N° 382 de 2010, que incluyó también al pueblo Hitnú. Sin embargo, estas cifras serían menores si se las compara con las manejadas por la ONIC que señala que el 37% de los pueblos indígenas están en vía de extinción; que han aumentado los homicidios a líderes indígenas; que hay 1.146 indígenas en situación de desplazamiento forzado; que hay reclutamiento forzado niños y niñas indígenas para las guerrillas y que son más los indígenas que tienen algún accidente o incidente con minas y municiones empleadas en el conflicto interno (R. ARIZA 2013, 4).



letras que surgen en procesos sociales» (AGUILAR 2009, 70), es decir, todo lo que engloba el concepto de cultura que según el Preámbulo de la Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural, no es más que:

«[E]l conjunto de rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias»<sup>300</sup>.

Empero, en las últimas décadas, desde que dejaran de ser los pueblos invisibilizados, existe muchas discrepancias en cuanto al establecimiento de los límites entre la diversidad cultural y los derechos fundamentales, puesto que si bien «el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal»<sup>301</sup>, el poder estatal no puede dejar de brindar protección al individuo, sea integrante o ajeno a la comunidad, por precautelar o mantener la idiosincrasia de las comunidades indígenas.

De ahí que no sea una tarea fácil el poder consensuar el conflicto de intereses que se dan entre la supremacía de los derechos humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas cuando media el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades de los pueblos indígenas. El encuentro de una respuesta respuestas jurídicamente viable y moralmente defendible no deja de ser contradictoria, puesto que siempre que se favorezca a uno se estará desatendiendo la obligación que se tiene respecto con el otro. Sin olvidar también que la vigencia de los derechos humanos también se hace patente cuando se respeta y se garantiza el derecho a la diversidad étnica, por parte de los poderes públicos que deben la misma tutela que la otorgada a los derechos fundamentales.

Para algunos esta confrontación muestra los peligros que entraña el relativismo cultural dado que en la práctica es difícil encontrar un equilibrio entre el respeto absoluto de la diferencia, por un lado, y las normas y los valores establecidos por la sociedad dominante, por otro lado. Boël Sambuc

---

<sup>300</sup> Resolución adoptada el 2 de noviembre de 2001 en el marco de la 31ª sesión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura celebrada en París.

<sup>301</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-254/94, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

considera que hay algunos puntos sobre los cuales el relativismo cultural tiene una incidencia negativa, como es el caso de lo que él llama: *la culturización del derecho en nombre la tolerancia*, que no es otra cosa que el respeto de la diferencia cultural y de determinadas prácticas culturales que en algunos casos pueden ser violatorias de la ley o a los valores dominantes (2007, 265) debido a que pueden ser contrarias a la dignidad de la persona, como ocurre en los casos de: violencia familiar, ablación de clítoris, discriminación de la mujer, etc. (HURTADO 2012, 119).

Hay quienes acusan que la tolerancia de la diversidad cultural, repercute negativamente en el ámbito penal puesto que, a decir de Boël Sambuc, en algunos casos en nombre de la tolerancia ciertos jueces suelen «juzgar diferentemente los hechos en función de la pertenencia a ciertos grupos en el marco de un procedimiento penal o del derecho de la familia» (2007, 265).

Wilfredo Ardito, refiriéndose a lo que acontece en la justicia peruana, señala que efectivamente existirían jueces, o como él los denomina: “*magistrados relativistas*”, que frente a controversias que involucran a indígenas actuarían de forma distinta. La razón, según este autor, estaría vinculada a la percepción que estos tendrían de los derechos humanos, puesto que los magistrados relativistas, dice, tienden a considerar que los derechos humanos al ser propios de la cultura occidental, no pueden ser exigidos para las poblaciones indígenas enfatiza que por ese motivo los magistrados relativistas se resisten a intervenir cuando se produce una violación a los derechos humanos, sea dentro de la administración de justicia indígena, como también frente a otros hechos cometidos por campesinos o nativos, relacionados con la violencia familiar o el maltrato a los niños (ARDITO 2011, 46).

Ahora bien, es claro que la problemática entre la diversidad cultural y su incidencia en el Derecho penal está lejos de ser pacífica, pues algunos señalan que «[p]or temor de ser acusados de intolerantes, o hasta de racistas, los magistrados dudan, a veces, de aplicar la ley con el rigor necesario» (SAMBUC 2007, 265), mientras que otros consideran que cierta inacción de los funcionarios judiciales respecto de hechos que posiblemente exceden los límites establecidos para la jurisdicción indígena, más que una preocupación

real por el derecho a la identidad cultural amenazada por nociones como los derechos humanos subsiste una perspectiva discriminatoria (ARDITO 2011, 47) e incluso racista como lo aprecia Miguel Cabodevilla frente a la inacción por parte de las agencias del Estado ecuatoriano frente a una matanza que se dio entre indígenas de los pueblos Waorani y Taromenani en marzo del año 2013, señalando que:

«[P]or una dejación u otra, la impunidad de una acción con víctimas ocultas y victimarios indígenas va tomando carta de naturaleza. Aludiendo a que se trata de *guerra entre clanes*, de *costumbres ancestrales*, de una supuesta *justicia indígena*, se acepta, como si fuera un derecho, que los grupos waorani puedan tomarse la venganza que deseen sobre los grupos ocultos. En realidad se puede sospechar si esa conducta social, más la añadida desidia estatal, no esconden algo mucho más inconfesable que tenga que ver con un soterrado racismo» (2013, 28).

Con estas referencias resulta claro que la intervención penal frente a los retos que entraña la diversidad cultural está lejos de ser pacífica, puesto como bien lo ha reconocido la Corte Constitucional el alto grado de indeterminación que entraña el reconocimiento de la diversidad cultural desencadena conflictos que hacen que apercador jurídico tenga en cuenta «la necesidad de ponderación respecto a otros principios constitucionales que gozan de igual jerarquía»<sup>302</sup>.

### 3 La influencia del Derecho penal sobre el Derecho indígena

Al otorgar la facultad de *ius puniendi*, a otras autoridades que no son las establecidas en la justicia ordinaria, no sólo se está reconociendo que la función social del Derecho Penal no es insustituible, sino que existen otras alternativas que pueden estar más acordes a la realidad de cada sociedad. Con lo cual la atribución jurisdiccional otorgada a las autoridades de los pueblos indígenas hiciera pensar que para ellos se volvió cierta la utópica preconización que hiciera Ferri respecto la desaparición del Derecho penal<sup>303</sup>, puesto que cuando se abordar a la justicia indígena se está haciendo referencia a un

---

<sup>302</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-349/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>303</sup> Como dice García-Pablos, es celebre el oráculo fúnebre que Ferri entonara en contra del Derecho penal clásico, pues este llegó a profetizar sin mayor acierto que «[...] la historia del derecho Penal es la historia de su desaparición [...]; la desaparición del Derecho Penal es cosa de tiempo» (2005, 31).

sistema de control social formal, distinto y sustitutivo del Derecho penal ordinario.

Sin embargo, el reconocimiento de la jurisdicción indígena en las constituciones sugiere que esta debe ser interpretada como una forma de jurisdicción especial —como lo es en algunos países la jurisdicción militar, la jurisdicción agroambiental o los jueces de paz—, por lo cual es lógico decir que la justicia indígena es una justicia extraordinaria más no extraestatal (SEMPER 2006, 776) y en tal virtud no es completamente ajena a los lineamientos ni influencias que se desprenden del ordenamiento jurídico interno.

De acuerdo con Ariza y Zambrano, son varias las comunidades donde se puede apreciar que rigen determinados conceptos, instituciones y normas punitivas que han sido adoptadas del derecho penal ordinario. Pero además también añaden que no son pocas las comunidades que han incorporados a la cárcel como forma de sanción (2012, 180).

Se evidencia que la influencia que ha tenido el Derecho penal sobre los ordenamientos jurídicos de los pueblos indígenas hace difícilmente que hoy se pueda considerar que el derecho indígena sea un derecho que se ha mantenido impermeable a toda influencia, puesto que aceptar esto significaría desconocer dos verdades históricas: la primera, que el derecho indígena para no extinguirse ha tenido que adaptarse de forma constante y continuada a los *espacios de significación* en los que ha estado inmerso (Colonia, República, Iglesia, etc.). Y la segunda, que la vida diaria de la comunidad determina que sus prácticas se adapten y renueven conforme a sus necesidades, que en muchos de los casos son debidas al contacto que tienen con otras culturas pues esta interrelación, para bien o para mal, inciden en la modificación de su cosmovisión y con ella también en sus normas jurídicas que rigen sus formas de vida.

En este contexto cabe decir, que las normas jurídicas que disponen las distintas sociedades indígenas carecen de una homogeneidad, debido a los acontecimientos históricos que les ha tocado pasar y que han hecho que las consideraciones valorativas de las conductas prohibidas dentro del seno de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, varíen de acuerdo a la interrelación que estas hayan mantenido con otras culturas foráneas a su

entorno, como es el caso de los pueblos indígenas que habitan en la Amazonia, que por ser prácticamente los últimos en ser colonizados, conservan ciertas conductas que no son compartidas por el resto de pueblos indígenas, los cuales a pesar de mantener sus normas tradicionales, han terminado por asumir, más bien, las normas que están presentes en la sociedad mayoritaria, formando una heterogeneidad multicultural de normas.

Por ello es que algunos sostienen, y con razón, que posiblemente no todas las dimensiones que integran la tradición remota de cada pueblo son propias, pues como señala Susana Albanese no hay «ningún sector de la sociedad que haya mantenido costumbres milenarias sin un intercambio con las de otros sectores» (citada en REY 2014, 49). De hecho podría decirse que en las sociedades indígenas si bien en un inicio algunas prácticas o instituciones fueron asimiladas, con el paso del tiempo esas mismas prácticas e instituciones han terminado por ser asumidas como propias, produciendo así una mutación en los modelos culturales de los grupos (HURTADO 2012, 120) llegando a configurar lo que Brandt y Valdivia llaman *culturas jurídicas híbridas* por cuanto el derecho indígena no tiene una estructura autónoma y más bien responde a una construcción pluricultural en la que existe una «mezcla específica entre normas ancestrales, nuevas normas desarrolladas y acordadas por los mismos grupos étnicos y el sincretismo y normas del derecho estatal» (2007, 47).

Lo dicho permite afirmar que el derecho indígena no es un derecho puro (BORJA 2001, 105), sino que está compuesto por un conjunto de normas que han ido cambiando y enriqueciéndose conforme a los distintos momentos históricos que han estado siempre atravesados por relaciones de poder y dominación, así como por acciones de resistencia y emancipación que han influido para que el derecho indígena que hoy conocemos se encuentre conformado no solamente con normas de origen precolonial o colonial, sino también, y sobre todo, por las normas y principios que rigen el ordenamiento jurídico, en general, y el derecho penal, en particular.

### 3.1 **Respecto de las conductas prohibidas**

José Rico señalaba que: «La conquista española, al imponer a los países latinoamericanos las instituciones políticas y jurídicas y el sistema de

valores vigentes en España, cambió radicalmente la noción de delito propia de las poblaciones indígenas» (RICO 1998, 49).

Efectivamente el derecho indígena hoy se encuentra imbricado por un conjunto de normas precoloniales, coloniales y modernas, que han insidido a que las conductas desvaloradas socialmente coincidan con los supuestos de hecho que rigen la legislación penal ordinaria, salvo algunas acepciones que pueden dar lugar a lo que se conoce como delitos culturalmente motivados.

La fuerte influencia que el derecho estatal ha tenido sobre las formas de control social indígena muestra la permeabilidad que este tiene a la recepción de doctrinas y categorías propias del derecho penal liberal. El contacto que existe entre las formas de justicia indígena y la justicia ordinaria ha obligado a que estos dos sistemas de justicia giren en torno a una espiral, en la cual si bien existen distanciamientos también existen puntos de convergencia que han generado influencia principalmente en el sistema de justicia indígena, puesto que este al no ser escrito se encuentra en la posibilidad de integrar distintos elementos que tiene la justicia ordinaria y asimilarlos a la realidad de sus pueblos. Como efectivamente ocurre con los supuestos de hecho que la justicia estatal prescribe, pues estos han encontrado un reflejo considerable en la justicia ordinaria.

Estudios realizados en distintas comunidades indígenas muestran que las autoridades indígenas atienden situaciones similares a las que trata la justicia estatal, pues un alto porcentaje de casos se corresponde con los supuestos de hecho que prescriben las normas que rigen en el ordenamiento jurídico nacional.

De hecho Brandt y Valdivia de los resultados obtenidos en uno de sus trabajos efectuados en distintas comunidades indígenas de la zona andina expresan que:

«[E]n la gran mayoría de los casos registrados (93%) la demanda hacia la justicia comunitaria corresponde a materias previstas (prohibiciones, preceptos) en la administración de justicia estatal. Sin embargo, existe una proporción significativa de casos (7%) en los que se plantean situaciones no previstas por esta justicia; por ejemplo, demandas de separación de convivientes no casados, intervenciones frente al adulterio, a los celos y al incumplimiento de las obligaciones comunales, a los casos de brujería. Estos conflictos tienen su base en normas de

derecho consuetudinario que no tienen equivalente en el derecho estatal» (2006, 141).

Sin embargo, la coincidencia que puede existir en las prohibiciones no presupone que guarden el mismo grado de desaprobación social, dado que las normas que lleguen a prohibir o justificar determinadas conductas variarán conforme a la cosmovisión que tenga cada sociedad, es decir esta estará condicionada a «criterios individualistas o comunitarios, relación de dominio o integración entre ser humano y su entorno natural, concepción lógico-causal o místico-espiritual de la realidad, perdurabilidad étnica o peligro de extinción y constante necesidad de subsistencia, entre otros» (BORJA 2011, 37).

### 3.1.1 Principio de legalidad y la costumbre indígena

Tanto las Constituciones como los Códigos penales de todos los países andinos regulan el principio de legalidad de la ley penal, el cual en esencia señala que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse ninguna pena que no se encuentre, previamente, establecida en la Ley. Para algunos esta consideración se remonta a la *Magna Charta Libertatum* inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215; la *Constitutio Criminalis Carolina* germánica, de 1532, o la Constitución de Maryland 1776 (BUSTOS y HORMAZABAL 1997, 81); mientras que para otros cualquier referencia al principio de legalidad anterior a la Ilustración carece de sentido porque este no tendría el significado moderno que tiene el principio de legalidad (MIR PUIG 2011, 105).

De ahí que el origen del principio de legalidad se lo ubique en el triunfo del movimiento ilustrado y liberal que se da con la Revolución Francesa (GARCÍA-PABLOS 2005, 484), toda vez de que desde esta gesta se comienza a desarrollar la exclusiva facultad que tiene los legisladores de instaurar tanto los delitos como las consecuencias jurídicas que se han de imponer por su cometimiento<sup>304</sup>. Tal como lo había comprendido y expresado con anterioridad el marqués Cesare Beccaria, en su obra *Dei delitti e delle pene* de 1764, al sostener que:

---

<sup>304</sup> La Declaración francesa del Hombre y del Ciudadano, en el art. 8, ya lo dejaba establecido al proclamar que «la Ley no debe de establecer más que las penas estricta y manifiestamente necesarias, y que nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley dictada y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada conforme a la propia ley» (citado en BERDUGO, y otros 1999, 43).

«[S]ólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad [...] [Resalta además que] sin leyes escritas no tomará jamás una sociedad forma fija de gobierno, en donde la fuerza sea un efecto del todo y no de las partes: en donde las leyes inalterables, sin la general voluntad, no se corrompan pasando por el tropel de los intereses particulares» (BECCARIA 1993, 61-67).

Por su parte Anselm von Feuerbach (1775-1833), en las primeras décadas del siglo XIX sería el que perennizaría la fórmula latina: *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>305</sup>; que hoy es lugar común para hacer referencia al principio de legalidad que rige en todas las legislaciones de los países cultos (MIR PUIG 2011, 106); y que comprende no únicamente al ámbito sancionatorio penal, sino que su preeminencia se extiende a todas las ramas del ordenamiento jurídico en que medie una sanción (BACIGALUPO 1999, 104).

Dentro de principio de legalidad se encuentran contenidos otros postulados, que componen la garantía criminal (*lex praevia, lex scripta y lex stricta*), y que no existen en el Derecho indígena por las características propias que este sistema jurídico presenta. Por ellos es que a pesar de que el principio de legalidad sea uno de los más importantes principios reguladores del Derecho Penal moderno, dentro del Derecho indígena este no tiene dicha consideración dado que «[a] diferencia de las restantes jurisdicciones especiales, la jurisdicción indígena no está alcanzada por la reserva de ley, por lo que las consecuencias normativas deben resultar directamente de la Constitución» (SEMPER 2006, 776).

Pero además es de señalar que si bien los principios básicos que integran el Derecho penal moderno están presentes en la mayoría de la legislación penales, no cabe decirse que esto sea debido a su carácter de validez universal, pues se ha constatado que estos principios ni tan siquiera

---

<sup>305</sup> Santiago Mir advierte que la famosa fórmula no es literalmente como se le adjudica a Feuerbach, ya que éste nunca se refirió a la componente «*nullum crime sine lege*» (MIR PUIG 2011, 105). Y no pierde razón pues en su Tratado dice: «*Toda imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege). La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine). El hecho legalmente conminado está condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali)*» (citado en GOMES 2001, 981).



alcanzan una validez regional pues en los ordenamientos jurídicos de los Estados vecinos, pese a su similitud, mantienen marcadas diferencias en cuanto al cumplimiento de algunos principios.

Esto lleva a decir a Borja que los principios «de legalidad, culpabilidad o exclusiva protección de bienes jurídicos, no son universales (y ni tan siquiera lo son, en lo que se refiere al primero y al último, en los sistemas occidentales), así como tampoco ciertas categorías (determinados hechos delictivos y clases de penas)» (BORJA 2011, 37).

De esta consideración se desprende que sería ilógico que se pretenda encontrar cumplimiento de dichos principios, en latitudes donde existe presencia de comunidades originarias, puesto que si bien es cierto que bajo la concepción occidental estos principios serían meridianamente importantes para evitar la arbitrariedad y discrecionalidad del poder; bajo la concepción originaria estos principios no encontraría un asidero en la vida social y en la forma de ejercer el control dentro de las comunidades, porque la base social de la vida comunitaria dirige su atención y mayor énfasis en otros postulados que privilegian la paz social y el equilibrio de la comunidad.

En el mundo indígena se considera que el *ama quilla, ama llulla y ama shua* (no ser ocioso, no mentir y no robar) son principios fundamentales que guían a la justicia indígena, pues estos representan las directrices por las cuales, durante cientos de años, los pueblos y nacionalidades indígenas andinos han intentado mantener el equilibrio y la armonía dentro de su sociedad, por lo cual no es de extrañar que inclusive en el marco constitucional de Ecuador<sup>306</sup> y Bolivia<sup>307</sup> se los haya tenido en cuenta.

En este contexto las normas indígenas, de acuerdo con el sentido moderno del principio de legalidad, no podrían tener el carácter de normas penales ya que estas se basan fundamentalmente en la costumbre. Las propias Constituciones de los países andinos acogiendo el aforismo *nullum*

---

<sup>306</sup> En la Constitución ecuatoriana, en el art. 83.2, se recogen los principios de la filosofía indígena, «Ama killa, ama llulla, ama shwa. No ser ocioso, no mentir, no robar.», en forma de deberes y responsabilidades.

<sup>307</sup> La Constitución de Bolivia en el art. 8. I. señala: «El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).»

*crimen, nulla pena sine lege*, formulado por Feuerbach, señalan que ninguna persona puede ser juzgada ni sancionada por un acto u omisión que previamente no haya estado tipificado en la ley.

Sin embargo, la justicia indígena al tener que estar en armonía con lo que lo que establece la Constitución, respecto del principio de legalidad, tanto desde la academia como desde la propia Corte Constitucional se ha buscado que se cubra ese principio extendiendo su interpretación. De ahí que se sostenga que si bien el principio de legalidad señala que «no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse ninguna pena que no se encuentre, previamente, recogida en la Ley» (M. d. GÓMEZ 2010, 59); este no puede ser aplicado ni entendido por el Derecho indígena de la misma manera que lo hacen los sistemas de raigambre occidental, sino que el principio de legalidad, si es que lo hay en el derecho indígena, debe de ser interpretado de una forma más amplia, es decir, valorando el contexto de los hechos y sobrepasando las consideraciones restrictivas de los límites de su contenido que se centran en decir que:

«Una sanción penal se habrá aplicado con arreglo al principio de legalidad si está establecida en una *lex praevia* (exclusión de la aplicación retroactiva de las leyes penales) y en una *lex scripta* (exclusión del derecho consuetudinario), que reúna las condiciones de una *lex certa* (exclusión de las cláusulas generales), interpretada como una *lex stricta* (exclusión de la extensión analógica de la ley penal)» (BACIGALUPO 1999, 105).

Por tanto en las comunidades indígenas el principio de legalidad debe ser apreciado bajo concepciones distintas a las tradicionales, toda vez de que la interpretación jurídica de sus instituciones, ha llevado a sostener que el principio de legalidad en el Derecho indígena si existiría pero no en el mismo sentido o dimensión que se lo tienen en el Derecho penal ordinario. Solamente interpretando con amplitud el conjunto de normas que rigen el sistema jurídico indígena se podrá proyectar la existencia de un principio de legalidad que se sustente en *la previsibilidad* que se basa en las costumbres, los valores y las prácticas que son producto de la recopilación de la experiencias de origen ancestral que constantemente tienden a ser adaptadas y resignificadas conforme a los tiempos y problemáticas actuales que tienden a ser de más difícil solución (CHÁVEZ y GARCÍA 2004, 29).

El razonamiento que extiende el contenido del principio de legalidad, se sostiene en el hecho de que si bien es cierto de que las normas que regulan la convivencia comunitaria de los pueblos indígenas carecen de un cuerpo normativo escrito que determine cuáles son los comportamientos o conductas negativas que atentan contra los valores fundamentales de la comunidad, no es menos cierto que el Derecho indígena las normas y las sanciones que se aparejan a su vulneración son previsibles y por tanto «las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social»<sup>308</sup>. Más esto no implicaría una sumisión absoluta a sus normas tradicionales, ya que éstas en esencia son dinámicas y cualquier impedimento en contra de su variabilidad las volvería estáticas.

De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia el principio de legalidad, fundado en la previsibilidad, es posible encontrarlo debido a que el número de miembros de las comunidades indígenas es reducido<sup>309</sup>. Se considera que en estas sociedades cada miembro conoce lo que está prohibido y las consecuencias que dicho incumplimiento depara (VILLEGAS 2014, 217), cosa que no es posible esperarse en sociedades que cuentan con millones de habitantes, donde preeminencia del individuo sobre el grupo requiere necesariamente de la publicación de leyes que garanticen la vigencia del principio de seguridad y orienten la búsqueda del bien común.

Según la Corte al estar las comunidades indígenas conformadas por grupos pequeños, las normas de convivencia, además de ser pocas, son conocidas por todos. Cada uno de los miembros del colectivo sabe lo que está prohibido y las consecuencias de una conducta ilícita, por ello es que dentro de estas sociedades resulta innecesario la formulación de textos extensos, o procedimientos regulados y llenos de detalles y formulas normativas complejas, como efectivamente ocurre en el sistema de justicia penal ordinario donde «[s]ólo el carácter previo y taxativo de la norma proporcionan seguridad y certeza al ciudadano para orientar sus actos» (BERDUGO, y otros 1999, 44).

---

<sup>308</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 349/96. MP, Carlos Gaviria Díaz.

<sup>309</sup> *Ibidem*.

La falta de una ley escrita no resta que los miembros de la comunidad se sometan al cumplimiento de sus normas, cuya característica fundamental, como se ha dicho, es que a pesar de no estar escrita es entendida y socializada por toda la comunidad mediante sus formas tradicionales que van de generación tras generación. Por tanto no se prescinde «del principio de legalidad, sino que éste adquiere una dimensión muy distinta en el ámbito jurídico-penal de los pueblos tribales de Latinoamérica» (BORJA 2008, 188).

### **3.2 Respetto de los procedimiento**

Si bien es cierto que cada cultura es un conjunto coherente de manifestaciones, distinto de las otras, no obsta para que en cada singularidad cultural, en diferente medida, se impregnen determinadas manifestaciones provenientes de otra cultura. Para esta situación no siempre es negativa ya que lo que se toma de fuera puede contribuir para su propio enriquecimiento e incluso lo ajeno puede ayudar a renovar y a adaptar lo propio a las nuevas circunstancias, constituyéndose esa nueva apropiación en una forma de resistencia y de supervivencia.

De ahí que las múltiples manifestaciones que tienen las culturas indígenas hoy se hallen impregnadas o influenciadas, en diferente medida, con elementos o caracteres que provienen de la cultura hegemónica, no siendo ajeno a estas influencias el procedimiento que las autoridades indígenas siguen para la imposición de una sanción

En efecto, pese a que en materia penal tanto el Convenio 169 de la OIT como la DNUDPI (arts. 34 y 35) en nada exigen que el sistema de justicia indígena tenga que replicar las normas o procedimientos presentes en el sistema estatal, no es ajeno que el sistema de justicia indígena, para la resolución de sus conflictos, en ciertas actuaciones ha tendido aproximarse a las que se realizan en las etapas que componen el procedimiento penal que se sigue en la justicia ordinaria.

Como se ha señalado anteriormente, en los pueblos indígenas existe un procedimiento previo para la imposición de una sanción, pero este tiene la cualidad de que es flexible en el sentido de que sus distintas actuaciones: no se rigen por unos actos estrictamente determinados sino que se actúa de

conformidad con la gravedad de los casos y la apertura que tenga la otra parte para resarcir los daños o efectos ocasionados con su actuación, con lo cual de forma amplia se puede considerar que determinadas actuaciones pueden ser asemejadas al procedimiento seguido por la justicia ordinaria, pues como bien dice la Corte Constitucional de Colombia, en los pueblos indígenas tanto el debido proceso como la legalidad de los delitos, de las penas y del procedimiento «hay que interpretar[los] con amplitud, pues exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras, se seguiría una completa distorsión de lo que se propuso el Constituyente al erigir el pluralismo en un principio básico de la Carta»<sup>310</sup>.

A *grosso modo* se puede argüir que en los pueblos indígenas el procedimiento de índole sancionatorio inicia con la puesta en conocimiento, de la conducta que ha causado un conflicto (*Willachina*) a la autoridad indígena que será la encargada de resolver el conflicto. En la justicia ordinaria igualmente, la denuncia, en los delitos de acción pública, o la querrela, en los delitos de acción privada, son los que marcan el inicio de las actuaciones judiciales que en principio buscarán determinar la existencia de la infracción como de los posibles implicados en el hecho.

En los delitos de acción pública, la Fiscalía luego de realizar las indagaciones pertinentes de forma reservada y de considerar que existen fundamentos para imputar a un sujeto del que se sospecha que ha tenido participación en un hecho delictivo, abrirá la etapa de instrucción fiscal donde se realizarán todos los actos de investigación dentro de un plazo determinado por ley. En cambio en la justicia indígena, una vez que se conoce el problema que afecta la convivencia comunitaria, la autoridad indígena es la encargada de iniciar y realizar las investigaciones (*Apuykuna*) o averiguaciones que crea oportunas hacerlas, contando para ello con la colaboración de las comisiones que se conforme para el efecto.

Llevadas a cabo las investigaciones, y señalados así los implicados en la infracción, la autoridad convocará a una Asamblea en donde se dará la confrontación entre las partes (*Chimbapurana o wahuichina*). Esta actuación procesal que podría asimilarse a la etapa de juicio que existe en la justicia

---

<sup>310</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 349/96. MP, Carlos Gaviria Díaz.

ordinaria, es la secuencia que sigue una vez que se han efectuado todas las investigaciones pertinentes que habrán de ser expuestas ante la comunidad en la Asamblea.

En la Asamblea, al igual que en la etapa del juicio, se efectúan las pruebas que las partes crean pertinentes en bien de sus intereses, exponiendo de forma libre sus versiones ante la comunidad a modo que puedan esclarecerse los hechos y así se pueda determinar la inocencia o responsabilidad de los acusados. Siendo en este último de los casos donde las autoridades indígenas a la vista de la comunidad imponen la sanción a los acusados (*Killpichirina*) en la medida de la gravedad de su participación en la infracción cometida. De esta manera se habilita para que la sanción sea ejecutada inmediatamente, del mismo modo que el juez ordinario mediante sentencia ordena que se ejecute su decisión.

No obstante, hay que decir que los operadores jurídicos del sistema de justicia ordinario, insistentemente siguen considerando a la justicia indígena como un sistema de justicia informal y como tal, carece de los procedimientos adecuados como para garantizar el cumplimiento de ciertos presupuestos que hacen que un proceso se considere legítimo<sup>311</sup>.

Uno de estos es el que se refiere al ejercicio de defensa del acusado, toda vez de que este constituye el argumento que reiteradamente se ha alegado ante las instancias jurídicas estatales, que para el caso colombiano la Corte Constitucional de ese país ha sido la encargada de dilucidar si en cada caso existe o no una vulneración de alguno de los elementos del debido proceso.

Y es que es fundamental recalcar que la jurisdicción indígena está llamada a respetar el debido proceso, dado que en la plasmación de su reconocimiento en todas las constituciones de los países andinos (Colombia art. 29; Perú art. 139; Ecuador art. 76; y Bolivia art. 115), se menciona expresamente que los pueblos indígenas administrarán justicia conforme a sus

---

<sup>311</sup> Para muchos esta postura resulta contradictoria en razón de que «[...] las faltas que los funcionarios de la justicia ordinaria critican a la justicia indígena, a saber: faltas al debido proceso o imposibilidad de una legítima defensa, desproporcionalidad, son las mismas cometidas por la justicia ordinaria durante los procesos de juzgamiento que involucran a sujetos indígenas» (ENCALADA 2012, 204).

normas y sus procedimientos propios. De ahí que el principio al debido proceso sea un verdadero límite a al ejercicio de la jurisdicción indígena.

Pero como bien ha señalado la Corte Constitucional de Colombia:

«[E]ste límite no exige que las prácticas y procedimientos deban ser llevadas a cabo de la misma manera que como lo hacían los antepasados, porque el derecho de las comunidades indígenas, como cualquier sistema jurídico, puede ser dinámico. Lo que se requiere, es el cumplimiento de aquellas actuaciones que el acusado pueda prever y que se acerquen a las prácticas tradicionales que sirven de sustento a la cohesión social»<sup>312</sup>.

Como claramente lo expresa la Corte Colombiana, las referencias al debido proceso no deben ser interpretadas en sentido estricto en virtud de que ello significaría juzgar a la cultura indígena desde la perspectiva cultura ajena y por ende en un trato de superioridad. En tal virtud, como señala Nina Pacari, la garantía del debido proceso debe de ser apreciada tomando en consideración «el marco del procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas, puesto que el debido proceso sí está garantizado en ese contexto» (2002, 86).

En efecto, los criterios valorativos deben de realizarse bajo un prisma intercultural, de lo contrario cabe la posibilidad de que se encuentren casos que planteen la vulneración de determinados principios que deben de aplicarse en la investigación de la comisión de una infracción, como puede ser el principio de presunción de inocencia el cual se refiere a toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Así lo señala tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.1) como la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 8.2).

De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

«La presunción de inocencia implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa [...] Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción

---

<sup>312</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 523/97, MP. Carlos Gaviria Díaz.

de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable»<sup>313</sup>.

En relación con lo anteriormente citado, a primera vista, se puede considerar que el derecho penal indígena no cumpliría en debida forma el principio de presunción de inocencia, toda vez de que en la administración de justicia indígena quien tiene un papel protagónico en la investigación de la culpabilidad del infractor, es la propia autoridad que van a administrar justicia dado que esta «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» (BORJA 2007, 147), lo cual entraña que de entrada se parta de una concepción de culpabilidad del infractor.

No obstante, como se ha señalado anteriormente también la presunción de inocencia debe de ser interpretado bajo una lectura diferente (BORJA 2007, 123) es decir contextualizando a la realidad fáctica del derecho indígena para así no dar actualidad a la *negación de la inocencia* que quedo en la historia de los pueblos como signo de barbarie. En este sentido se debe mencionar que en el derecho indígena todo el acervo probatorio se configura por la cohesión social de la comunidad ya que en estas, a decir de María Ávila, existe un acentuado control sobre las conductas de sus miembros, pues, el reducido número de comuneros hace que dentro de la comunidad se conozca con gran acierto la conducta de un miembro determinado (2013, 952).

Es de señalar que las distintas acciones presentadas por vulneración de derechos en el ejercicio de la jurisdicción indígena ante las respectivas Cortes Constitucionales de los países andinos, se lo hace alegando la violación del debido proceso porque los procedimientos empleados en la jurisdicción indígena no coinciden a las pautas que se manejan desde la justicia ordinaria. Así por ejemplo, ante la Corte Constitucional colombiana se presentó un caso donde el reclamante alegaba, entre otras cosas, que había sido vulnerado su derecho al debido proceso ya que fue sancionado por la comunidad sin estar

---

<sup>313</sup> Corte IDH, *Caso López Mendoza vs. Venezuela*. Fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 1 de septiembre de 2011.



presente y contando únicamente con la representación de su familia. La Corte fue enfática en señalar que en la justicia indígena el derecho a la defensa no presenta las mismas características como nosotros la conocemos y en el presente caso «los intereses del sindicato están representados por su parientes y, de este modo, su intervención constituye un sucedáneo del derecho de defensa»<sup>314</sup>.

La Corte puntualiza que para la cosmovisión indígena es de vital importancia que las familias del agresor y del agredido estén en las deliberaciones de la comunidad, no solo para oír las versiones sino para evitar el surgimiento de posibles conflictos ya que por medio de su presencia se puede llegar a acuerdos «entre los patrilinajes acerca de la intensidad y duración de la pena, condición que se presenta como necesaria para la legitimidad de la misma»<sup>315</sup>.

En definitiva el debido proceso dentro de la administración de justicia indígena debe de ser interpretado con amplitud para no distorsionar el pluralismo que reconocen las constituciones andinas. Teniendo en cuenta estas consideraciones habrá que constatarse, conforme a las normas y procedimientos de cada comunidad, si los involucrados «tuvieron la posibilidad de defenderse en igualdad de condiciones, que las sanciones eran razonablemente previsibles, que las investigaciones fueron eficientemente conducidas y que se respetó el principio de presunción de inocencia y de responsabilidad individual» (O. RUIZ 2005, 86).

### **3.3 Respetto de las formas de sanción**

En algunas comunidades no sólo han integrado las prohibiciones que existen en el ordenamiento jurídico nacional sino que ante la falta de eficacia de sus formas de control social tradicionales, han optado por considerar o integrar a la cárcel como forma de sanción, ante sujetos que son peligrosos ya que no puede ser integrado a pesar de haber sido sometido a las sanciones que se contemplan dentro de su comunidad.

---

<sup>314</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 349/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>315</sup> *Ibíd.*

Aquí incluso se habla de que habría «un constructo propio del derecho penal ordinario trasplantado al derecho propio indígena» (ARIZA y ZAMBRANO 2012, 180) puesto que la peligrosidad es una concepción que resulta ajena o extraña a la cosmovisión indígena, ya que se comienza a catalogar como peligroso al sujeto que no puede ser integrado a la comunidad, porque los medios que la justicia indígena utiliza para conseguirlo no son efectivos y por tanto el equilibrio de la comunidad no puede ser devuelto.

Un ejemplo claro de esta situación, se presentó en Colombia, donde tuvo que intervenir la Corte Constitucional para resolver si las autoridades indígenas, del Pueblo Inga de Aponte, podían imponer penas privativas de libertad a ser cumplidas en los centros penitenciarios del Estado Colombiano. Toda vez de que el Gobernador del pueblo antes mencionado, solicitó al director de la Cárcel Judicial de Pasto que procediera a dar cumplimiento a la sentencia privativa de libertad impuesta por el Cabildo Mayor y el Consejo de Justicia del Pueblo Inga de Aponte, al considerar que los sentenciados representaban un peligro para la vida y seguridad del resguardo.

La respuesta del director de la Cárcel Judicial de Pasto a la petición de las autoridades indígenas fue negativa al considerarse que las autoridades estatales son las únicas facultadas para imponer ese tipo de sanciones, agregando que las penas interpuestas por las autoridades indígenas deben ser cumplidas dentro de su comunidad. La negativa motivo la presentación de una serie de recursos, hasta que por último llegó a la Corte Constitucional colombiana mediante amparo.

Es así que la Corte al resolver la acción propuesta fallo a favor de la comunidad indígena, reafirmando la maximización de la autonomía indígena y la minimización de las restricciones ya que la sentencia se consideró que las decisiones de las comunidades indígenas deben de ser cumplidas por todas las autoridades públicas. La justificación que vio la Corte para que las autoridades indígenas impongan penas privativas de libertad que deban cumplirse dentro de las cárceles del sistema ordinario, se debió a que los pueblos indígenas no cuentan con la infraestructuras adecuadas para dicho fin, por tal motivo en el caso recurrido se ordenó que los indígenas sentenciados por el cabildo del

Pueblo Inga de Aponte, sean remitidos a una cárcel ordinaria y cumplan ahí con la pena impuesta por las autoridades indígenas<sup>316</sup>.

### 3.3.1 La subsunción de la sanción indígena en las teorías de la pena

A la pregunta del por qué o para qué se impone una pena, desde los distintos saberes han surgido varias respuestas que han vuelto a la pregunta en un asunto muy complejo debido a que si bien todos están de acuerdo en las funciones positivas de la pena, no lo están tanto en lo que respecta a su fundamento, utilidad y sentido (ZAFFARONI, SLOKAR y ALAGIA 2005, 34).

Muñoz Conde, sugiere que para conseguir un poco de claridad sobre el tema se debe de distinguir tres aspectos que se desprenden de la pena como son: su justificación, su sentido y su fin. En cuanto a la justificación de la pena sostiene que esta no se debe a consideraciones de tipo religioso o filosófico, sino más bien a una cuestión de *necesidad* ya que se ha vuelto un criterio unánimemente compartido por las diferentes sociedades de que «[...] la pena se *justifica* por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible» (2010, 47).

Sin embargo, en lo que respecta a al sentido y fin de la pena, Muñoz Conde señala que es donde deja de existir esa unanimidad y surgen las discrepancias que han sido objeto de discusión de la llamada *lucha de Escuelas* (2010, 46) y de las cuales han salido posiciones que propugnan que la pena resultaría ser un bien para la sociedad o incluso para quien la soporta a pesar de que formalmente la pena sea un mal que el legislador impone al culpable de un delito.

Zaffaroni, muy crítico con los discursos que legitiman el poder punitivo estatal, menciona que las teorías positivas de la pena: a pesar de haber alcanzado notables niveles de coherencia entre sus partes, no son más planteamientos que se sostienen en actos de fe que se deducen de las de las leyes penales manifiestas. Dice además, que si en algunos casos los fines

---

<sup>316</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 1026/08, MP. Marco German Monroy.

previstos dentro de las teorías positivas se llegan a cumplir en el mundo real, sea intimidando (*prevención general*) o incidiendo para que quien delinquirió no lo repita (*prevención especial*), es solamente de forma accidental o excepcional ya que «[...] todas las teorías positivas de la pena son falsas» (2005, 33-37) dado que la cárcel, como diría Thomas Mathiesen, es *un completo fracaso* (2003, 32).

Efectivamente, desde un punto de vista sociológico, atento a la realidad social del Derecho penal, se puede constatar que una y otra vez las funciones manifiestas o declaradas y las funciones latentes u ocultas que se le quisieron asignar a la pena, como si de un matrimonio se tratara, nunca llegaron a corresponderse mutuamente. Sin embargo, esas teorías todavía se mantienen y se adecuan a los modelos de Estado conforme lo mandan los tiempos y los distintos contextos culturales que, en los países donde existe un pluralismo jurídico, son los que determinan el énfasis de los presuntos fines que ha de perseguir la sanción.

Ejemplo de esta situación se da respecto del derecho sancionador indígena, pues se considera que aunque las distintas culturas indígenas no compartan iguales costumbres y procedimientos para la resolución de sus conflictos, existiría una concepción compartida respecto de la finalidad que persigue sus sistemas de justicia en virtud de al ser estas culturas comunitarias, cuya raíz es la vida colectiva, los derechos individuales ceden ante los intereses del grupo. De hecho en las comunidades indígenas el individuo no se percibe fuera del grupo de procedencia (BORJA 2007, 123), por lo cual no es de extrañar que en su cosmovisión la valorización de lo individual se encuentre subordinada al interés de lo colectivo (ORDÓÑEZ 2010, 60), algo que es completamente distinto a lo que se postula en las sociedades de influencia occidental, donde el individuo es percibido independiente de la comunidad y por tanto la transgresión a las normas de comportamiento dentro de la relación social determina una responsabilidad individual cuya sanción generalmente es la pena privativa de la libertad.

Zaffaroni recuerda que desde que Anton Bauer sistematizara las teorías positivas de la pena en 1830, estas han seguido desarrollándose siguiendo la misma función que desde antaño se creía que cumplía la pena esto es: la

defensa de la sociedad. Bajo este postulado, y siguiendo una perspectiva de la filosofía jurídica y de la Política criminal, es que al día de hoy se han ido elaborando las distintas teorías de la pena y que básicamente se encuentran divididas alrededor de las teorías absolutas y las teorías relativas de la pena que a su vez se dividen en dos grandes grupos de teorías: a) las teorías de prevención general subdivididas en negativas y positivas; y b) las teorías de la prevención especial igualmente subdivididas en negativas y positivas (2005, 37). Hay que agregar que a esta división se añadió la llamada teoría de la eclécticas o de la unión la cual tomando varias proposiciones del resto de teorías postula otra que intenta armonizarlas.

### **3.3.1.1 Las teorías absolutas**

Las teorías absolutas, o retributivas, tuvieron su formulación teórica en el idealismo alemán, básicamente derivadas de las aportaciones que hicieron Immanuel Kant (1724-1804) y Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1770-1831).

Para Kant la ley penal significaba un imperativo categórico, es decir un mandato absoluto de la justicia. Precisaba además que la pena debía ser impuesta inexcusablemente y con independencia de consideraciones de orden práctico, como lo ilustra con su conocido ejemplo de la isla<sup>317</sup> que también es utilizado, como señala Muñoz Conde, para defender la pena de muerte (2010, 47). Sin embargo, la falta de ese fin utilitarista de la pena permite que la concepción kantiana limite la gravedad de las penas a través del criterio de la proporcionalidad de la justicia (SUAY 2000, 38) recurriendo para ello al derecho del talión (*ius talionis*), pues a decir de Kant este derecho es el que permite determinar «adecuadamente la calidad y cantidad de la pena que el delincuente merece, pero con la condición bien entendida de que tal cosa ha de ser apreciada por un tribunal y no por un juicio privado» (citado en BERDUGO, y otros 1999, 36).

---

<sup>317</sup> Kant decía que «[...] si la sociedad civil llegara a disolverse por decisión de todos sus miembros (como si, por ejemplo, un pueblo que habitara una isla se decidiera a abandonarla y a dispersarse por todo el orbe), el último asesino detenido en una prisión debería ser ejecutado antes de esta disolución, a fin de que cada uno reciba su merecido, ya que de otro modo el crimen de homicidio recaería colectivamente sobre el pueblo que descuida el imponer el castigo; porque entonces podría ser considerado como partícipe de esa violación pública de la justicia» (citado en BERDUGO, y otros 1999, 36).

Por su parte Hegel, para quien América no tenía historia y los indios eran unos seres inferiores en todo sentido (ZAFFARONI 2011, 80), postulaba que el fin de la pena era restablecer el Derecho fuera de cualquier pretensión utilitaria, lo que importaba era la superación del delito como vulnerador del derecho. Es clásica la dialéctica hegeliana de que el delito es la negación de la racionalidad del Derecho, y la pena, la negación del delito, y por tanto, el restablecimiento del derecho<sup>318</sup>.

Para estos filósofos, y algunos notables penalistas que se adherirían con posterioridad, la pena no representaba más que la retribución por el delito cometido. Rechazaban frontalmente la idea de que a través de la pena hubiera que buscarse funciones prácticas o útiles para el que la sufre o para la sociedad, ya que según el discurso de las teorías retribucionistas: el fin de la imposición de las penas no es más que restablecer la Justicia que se ve afectada por la comisión de un delito.

En definitiva para las teorías retribucionistas la pena fue concebida como una *exigencia de justicia* que se realiza imponiendo una pena a su autor de forma incondicionada o absoluta. De ahí que esta consideración precisamente haya servido para conferir a las teorías retribucionistas la denominación de teorías o doctrinas absolutas (SUAY 2000, 36).

En la actualidad las llamadas teorías absolutas de la pena se consideran superadas. La idea de justicia, entendida como la imposición de un mal por la previa realización de otro mal resulta hoy incompatible con el orden constitucional que modela a los actuales Estados (BERDUGO, y otros 1999, 25).

No obstante, la superación de las teorías absolutas de la pena suelen ponerse en cuestión cuando sus enunciados se extrapolan a las formas de sanción impuestas por la justicia indígena, ahí malintencionadamente se plantea que estas encuadrarían dentro de las *teorías absolutas*, insinuando así que la justicia indígena carecería de una finalidad utilitarista ya que el ejercicio de la sanción por la forma violenta en la que se ejecuta, hace presumir que

---

<sup>318</sup> Críticamente Luigi Ferrajoli a este respecto señala que: «Sólo la dialéctica hegeliana, con su definición de la pena como negación (del derecho y por consiguiente) de la negación (del derecho), podía lograr revestir teóricamente una superstición semejante, permitiendo concebir como «lógico» que un hecho niegue otro hecho» (1995, 255).

ésta únicamente sería la imposición de un mal por el mal cometido, o como recientemente dijera una alta funcionaria del estado ecuatoriano: «combatir un delito cometiendo otro»<sup>319</sup>.

En efecto hay autores que siguiendo una apreciación análoga a la que sostenía Sontag<sup>320</sup>, han criticado las opiniones que han intentado ver en las sanciones indígenas fines que se encuadrarían dentro de las teorías de la prevención especial, alegando que en las sanciones indígenas no hay objetivamente ningún fin resocializador sino más bien lo que pervive en las sanciones corporales impuestas por los pueblos indígenas son los fines retributivos de la pena que hoy no solamente resultan ser anacrónicos sino que son: inaceptables para la conciencia que se tiene respecto de la dignidad humana e insoportables para la sensibilidad contemporánea.

Es ilustrativa de esta discrepancia, la que plantea Juan Ferré en contra de la opinión formulada por Emiliano Borja sobre la finalidad de las penas en los pueblos indígenas. Efectivamente Ferré contrario a lo que ha sostenido Borja, de que las sanciones indígenas tendrían una finalidad de prevención especial, menciona expresamente que las sanciones indígenas no son más que pura retribución en virtud de que afectarían la intangibilidad del cuerpo humano, señalando al respecto que:

«[S]i condenamos enérgicamente las prácticas milenarias en África, basadas en la costumbre, según las cuales se produce la mutilación genital femenina por motivos rituales o religiosos, también debemos cuestionar que las comunidades indígenas de América se extralimiten con sanciones de extrema crueldad, aunque respondan a las costumbres de culturas ancestrales. Estas sanciones no persiguen otra cosa que la pura retribución, por lo que no pueden cumplir finalidades preventivas de ninguna naturaleza. No considero que esta finalidad resocializadora pueda extraerse del ilustrativo ejemplo que brinda Emiliano Borja: «La misma pena de latigazos, que desde la perspectiva occidental nos parece bárbara y cruel, cuando se aplica, cada golpe

---

<sup>319</sup> Esta opinión fue proferida por la principal de Ministerio de Justicia, Ledy Zuñiga, respecto de la sanción indígena que recibieron dos mujeres acusadas de robar celulares el 17 de noviembre del 2015. Disponible: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/justicia/1/la-justicia-indigena-aplicada-a-dos-acusadas-de-robo-en-iluman-reabre-el-debate-sobre-los-limites-de-esta-costumbre>

<sup>320</sup> De acuerdo con Sontag: «Una teoría aseguradora, que quiera al mismo tiempo escarmentar y sanar, es decir, que quiera mezclar fuego y agua, es en sí tan contradictoria, que aparece como un total enigma cómo pueda haber sustentadores de la misma» (citado en VON LISZT 1994, 114).

viene acompañado de un consejo, para que se entienda que la sanción no es solo castigo sino que también está orientada a mejorar a las personas que han delinquido» (FERRÉ 2008, 40).

### **3.3.1.2 Las teorías utilitarias**

A diferencia de las teorías absolutas que apuntan a la realización de la justicia como algo absoluto e innegociable, las teorías utilitarias pasan a buscar fuera de la pena determinados fines, es decir la pena se convierte en un medio que permite obtener otros fines que en esencia tienen que ver con la posibilidad de que a través de la pena se pueda evitar o prevenir la comisión de futuros delitos que afectan la convivencia social.

La protección de la sociedad del crimen hace que la imposición de la pena no sea una actividad que se agote en sí misma, como lo hacían las teorías retributivas, sino que ésta sea útil en un sentido prospectivo es decir a futuro. En tal sentido las doctrinas relativas se han dividido en dos grupos que son: las de prevención general y las de la prevención especial, ambas con sus vertientes positivas y negativas.

#### **3.3.1.2.1 Prevención general negativa y positiva**

Para las doctrinas de la prevención general la pena se encuentra justificada por los efectos que esta produce para la comunidad, esto quiere decir que la imposición de una pena a un sujeto responsable de un delito servirá o será útil para que el resto de los miembros de una determinada comunidad se abstengan de cometer hechos delictivos<sup>321</sup>. Además, cabe decirse que dentro de esta doctrina de la prevención general se originan dos doctrinas que, atendiendo al procedimiento a través del cual se consigue apartar a los sujetos de la actividad delictiva, se dividen en las doctrinas o teorías de prevención general negativa y la prevención general positiva.

De acuerdo con la doctrina de la prevención general negativa la pena al ser impuesta a un sujeto que ha delinquido tiene un efecto intimidatorio en el

---

<sup>321</sup> No ha faltado quien sostenga que el reconocimiento de la jurisdicción indígena afecta a la prevención general de la pena, pues a su entender esto «[...] *desincentiva* todo interés de conocer las normas de la sociedad mayoritaria, lo que podría generar peligrosas repercusiones desde una perspectiva preventivo general. Además [...] limita a quienes perteneciendo a esas culturas no aspiren a seguir perteneciendo a ellas y que se les imponga un determinado sistema sancionatorio, que además puede entrar en pugna con el sistema de protección de los derechos humanos» (CARNEVALI 2007, 26).



resto de los integrantes de la sociedad, es decir, poniendo tras las rejas a algunos, se disuadirse a otros de cometer actos que son tenidos como delictivos (MATHIESEN 2003, 32) lo cual vendría a justificar la imposición de las penas así como también la existencia misma del propio Derecho penal (SUAY 2000, 47).

Entre los distintos pensadores ilustres que incorporaron en sus construcciones teóricas los efectos que tiene la prevención general negativa de la pena se encuentran: Beccaria, para quien el fin político de las penas es «el terror de los otros hombres» (1993, 88), Bentham y por supuesto Feuerbach que con su tesis de la *coacción psicológica* sentaría las bases sobre las cuales se desarrollaría las teorías que conformarían el moderno contenido de la prevención general negativa y el principio de legalidad.

Es de señalarse que la doctrina de la prevención general negativa, que ha servido de orientación de la política criminal de las legislaciones de diferentes países, ha sido objeto de crítica desde sus propios albores y que de modo general, y siguiendo la opinión de Celia Suay, han girado alrededor de los siguientes riesgos: 1) porque contravendría la segunda ley Kantiana de la moral; 2) porqué muestran una falta de respeto a la dignidad y libertad del hombre; ya que a decir de Hegel el fundamento de esta teoría equivalía como aquel que muestra el palo frente a un perro; 3) porqué habría una sobrevaloración de la racionalidad o capacidad de cálculo de los sujetos particulares (costes y beneficios de determinados delitos); y 4) porqué su falta de límites puede degenerar en un estado de terror (2000, 51-52).

No obstante, sobre este último riesgo señala que en los modernos Estados de Derecho el principio de proporcionalidad, contemplado en las distintas Constituciones, contribuye a que los excesos en la respuesta penal disminuyan ya que el legislador tiene la obligación de que las consecuencias jurídicas que formule guarden relación con la gravedad de los delitos (BERDUGO, y otros 1999, 26). Apreciación que según Luigi Ferrajoli daría lugar a que exista «como fin una doble función preventiva, una y otra de signo negativo: la prevención general de los delitos y la prevención general de las penas arbitrarias o desproporcionadas. La primera función marca el límite mínimo y la segunda el límite máximo de las penas» (1995, 334). Cuestión que

es muy controvertida para Zaffaroni pues sostiene que los legisladores se toman muy deportivamente los límites de las penas dado que estos —dice—, se dedican a «[...] aumentar penas invocando su efecto automático sobre la realidad, cuando lo único que consiguen es aumentar la iniquidad manifiesta del sistema, condenar a penas insólitas a los más idiotas y dejar siempre más vulnerables a las víctimas» (2003, 14).

Por otro lado, frente a la prevención general negativa, que busca generar en la sociedad un efecto intimidatorio por la amenaza de la aplicación de una pena cuando se comete un delito, surge en Alemania una variante de la prevención general, que en la manualística entrará a ser conocida como: *prevención general positiva*, la cual postula que la pena tiene como función «[...] el restablecimiento de la confianza y fidelidad de los ciudadanos en las normas; normas que son concebidas como instrumentos orientadores de las conductas y generadores de expectativas sociales» (SUAY 2000, 62).

El origen de esta teoría podría decirse que principia en los años treinta del siglo pasado, producto de las reflexiones planteadas por Hans Welzel, pues se menciona que este autor aunque no haya empleado la expresión *prevención general positiva*, llega a diferenciarla e incluso a plantear la creación de una distinción terminológica propia dentro de la prevención general, cosa que con posterioridad se daría con la teoría de la prevención general positiva (SUAY 2000, 63) que Günter Jakobs, su discípulo, acudiendo a una concepción sistémica del derecho de Niklas Luhman, desarrollaría con posterioridad precisando que la finalidad de la pena era «[...] el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales [...] a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma» (JAKOBS 1995, 14).

Es fundamental señalar que la teoría de la prevención general positiva ha sido objeto de críticas, al punto de estimarse que con su planteamiento se estaría haciendo nada más que «[...] una actualización del pensamiento retribucionista, que sustituye la exigencia de justicia por la desnuda exigencia funcionalista derivada del orden social vivido» (BERDUGO, y otros 1999, 26), toda vez de que es el propio Jakobs el que afirma que la teoría absoluta de Hegel «[...]recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva [...]» (JAKOBS 1995, 22-23), lo cual a decir Zaffaroni revelaría

que *la última moda* de las teorías de la pena, tendría más de doscientos años de antigüedad, volviéndose cierta su ingeniosa comparación: de que los discursos parecen ser unos árboles eternos que consiguen su inmortalidad enredándose y cambiando su follaje, por lo cual «[...] nada muere en este bosque de árboles eternos» (2011, 79).

Es pertinente señalar que el fin preventivo general positivo de la pena, también se lo ha extendido a los fines que encerraría la sanción indígena. En este sentido puede señalarse la opinión de Myrna Villegas quien considera que en la sanción:

«[A]unque un poco más difuso, tal vez podría advertirse un fin preventivo general positivo que buscaría restablecer el equilibrio social a través de una estabilización de la conciencia del derecho en una comunidad concreta (y no abstractamente como sucede en nuestro sistema). Esta estabilización de la conciencia del derecho tiene que ver con la reafirmación de los valores de la comunidad, cuyo eje central, como se ha dicho es el equilibrio de las fuerzas comunitarias» (2014, 219)

A este respecto se puede señalar que al no existir un cuerpo normativo escrito que establezca con antelación las conductas prohibidas, la fuente de intimidación se actualizaría en el momento mismo de la ejecución del castigo. Es aquí donde quienes no han cometido ninguna conducta sancionable jurídicamente pueden actualizar o reafirmar los actos que son desvalorados por la comunidad y conocer cuál es la repercusión que su inobservancia aparece en los actuales momentos, dado que el grado de reproche social puede variar con el tiempo por el propio carácter dinámico del derecho indígena.

En este contexto se puede decir que: a pesar de que un hecho guarde similitud con conductas anteriormente sancionadas, la sanción puede variar en razón de las valoraciones que en los actuales momentos se tenga de dicha conducta pues no existe una sanción establecida con antelación para una determinada conducta delictiva, con lo cual el grado intimidatorio de la sanción se introyecta en el momento mismo de su formulación y ejecución.

Conforme a la filosofía indígena si bien se habla de que la armonía y la paz debe de ser devuelta a la comunidad tras el cometimiento de una conducta desvalorada socialmente, no se olvida que para que esto ocurra se tenga que renunciar al castigo del infractor, puesto que la restauración del equilibrio no se

retoma sin castigar sino que este es restaurado por medio del castigo (CARNEVALI 2007, 19), el mismo que en algunos de los casos no sólo es aplicado «a quien realiza directamente la acción, sino que se extiende a quienes le acompañan, ayudan, alientan, y se amplía incluso a la familia del autor o autores, por fallar en su tarea de socialización o cultivo de las virtudes comunitarias»<sup>322</sup>.

En tal virtud y atendiendo a la situación fáctica resulta evidente que la sanción impuesta por la justicia indígena aunque se la pretenda legitimar con discursos que apelan a que esta «[...] no pretende expresar solamente el castigo representativo de la reprobación social, sino, sobre todo se busca restaurar el equilibrio de la vida social del grupo y alcanzar la paz rota por el comportamiento del autor» (BORJA 2001, 134), no se desvirtúa el hecho de que la sanción al ser ejecutada públicamente tiende a transmitir un sentimiento de intimidación a toda la comunidad e incluso a miembros que son ajenos a ella.

La Corte Constitucional colombiana, introduciendo a la sanción indígena dentro de las teorías de la prevención general expresa que esta «[...] castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro»<sup>323</sup>, dando indicios claros que a su parecer la función de la pena en las comunidades indígenas, lejos de ser retributivas, se aproxima a las teorías relativas de la pena ya que esta cumpliría la finalidad señalada por la prevención general negativa o intimidatoria en el sentido de que el castigo se impone para intimidar a la comunidad y así disuadir a los potenciales infractores de la comisión de hechos desvalorados socialmente dentro de la comunidad.

### **3.3.1.2.2 Prevención especial positiva y negativa**

Las doctrinas de la prevención especial postulan que la reacción estatal a través de penas o medidas de seguridad, no busca actuar sobre la sociedad en su conjunto sino más bien sobre los infractores de la ley penal. Para esto las doctrinas de la prevención especial refieren que las penas o medidas de

---

<sup>322</sup> Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP

<sup>323</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 523/97, MP. Carlos Gaviria Díaz.

seguridad se encuentran justificadas por los efectos que estas tienen en el propio penado en el sentido de que influyen para que este no delinca nuevamente.

Es así que las doctrinas de la prevención especial ponen su foco de atención en los efectos que la persigue pena sobre el individuo que la soporta, es decir, frente a la prevención general que busca incidir sobre los miembros de la comunidad, la prevención especial pretende hacerlo específicamente sobre el sujeto que cometió un hecho delictivo lo cual «[...] constituye una finalidad necesaria y racional a realizar por el Estado social y democrático de derecho» (BERDUGO, y otros 1999, 27).

Dentro de esta doctrina según los fines que estas persigan se suelen dividir en dos vertientes: la una llamada prevención especial positiva, cuyo objetivo declarado es conseguir la rehabilitación y resocialización del individuo, esto es encauzar al sujeto por una vida apartada del delito; y la otra llamada prevención especial negativa, que plantea «[...] la neutralización o inocuización del penado, o, en todo caso, con que la sentencia en la cárcel puede disuadir al sujeto de realizar delitos en el futuro, a fin de no volver a ella» (SUAY 2000, 56).

El desarrollo de estos enfoques ocurre a partir de la penúltima década del siglo XIX, fundamentalmente debido al aporte de la Escuela Positiva italiana así como de la Nueva Escuela de Política Criminal alemana, cuyos postulados dirigidos a proteger la sociedad de los sujetos indeseables, sea reeducándolos o bien separándolos por completo de la sociedad (inocuizándolos), incidieron en las reformas de legislativas que se dieron con posterioridad en el campo penal, que comenzaba a centrar las causas de la criminalidad sobre el delincuente y en especial sobre la peligrosidad que éste manifestaba.

Sin embargo, sería a partir de Franz Von Liszt y su célebre Programa de Marburgo (1882), que la estrategia preventivo especial aparece clasificando al delincuente e individualizando la sanción de acuerdo al siguiente esquema: intimidación del delincuente ocasional; readaptación social del delincuente habitual corregible y la neutralización del delincuente habitual incorregible a través del aislamiento que puede llegar a ser perpetuo o por tiempo indeterminado (VON LISZT 1994, 112-115).

Hay que reconocer que con las doctrinas de la prevención especial se centró el punto de mira en el sujeto sobre el que recae la reacción más energética que tiene el Estado, más sin embargo esta toma de atención en un principio llevó a que en no pocas ocasiones se empeore la situación del condenado por cuanto el tratamiento quedaba en manos de los profesionales de la salud mental que al burocratizarse eran más reticentes a otorgar cualquier beneficio en favor de los prisioneros por su peligrosidad social (ZAFFARONI 2003, 12). Debiéndose mencionar que la peligrosidad poco a poco se fue imponiendo como presupuesto de la intervención penal, lo cual hacía prescindir del principio de culpabilidad y por ende el de proporcionalidad a la gravedad del delito, pasándose así de un Derecho penal de acto a un Derecho penal de autor, con las consiguientes pérdidas de las garantías jurídicas que hasta ese momento se había conseguido.

Sin embargo, sería en la década de los sesenta donde la ideología de resocialización, rehabilitación o incluso de corrección, llegó a concitar su mayor auge debido a que en esos años en Alemania se produce la publicación del Proyecto Alternativo. Más de medio siglo ha pasado y todavía hoy se sigue recurriendo al ideal resocializador de las personas privadas de la libertad a pesar de que el objetivo centrado en «[...] hacer participar o mejor, de volver a hacer participar de los valores de una sociedad a aquel a quien se ha impuesto una pena» (BERDUGO, y otros 1999, 28), se ha visto superado por la realidad que muestra una y otra vez que existen otros factores que de forma determinante inciden sobre las bases de la idea de resocialización. Eso sin contar que el medio en sí mismo no es adecuado para conseguir tal finalidad dado que la prisionización del siglo XIX nace con una finalidad «[...] exclusivamente retributiva y de expiación, pero que en ningún caso fue pensada para la reintegración social» (BERDUGO, y otros 1999, 29).

Es ampliamente conocido que el tratamiento que se brinda a las personas privadas de la libertad es sumamente deficiente, pues aparte de los funcionarios que laboran en estos establecimientos y que por su oficio deben de defender las funciones que cumplen ante la opinión pública, hoy nadie que medianamente conozca sobre el asunto podría sostener que las prisiones sean centros de rehabilitación social de los privados de la libertad (ZAFFARONI

2003, 12). Las propias condiciones en que se pretende hacerlo son completamente incomprensibles, en el sentido de que se pretende reincorporarlo a la sociedad en medio de un ambiente donde predomina el hacinamiento y la sistemática vulneración de varios derechos fundamentales.

Esta situación ha permitido comprobar que el discurso de la prevención especial no se cumple en el mundo del *ser*, pues se ha confirmado en reiterados casos que la cárcel al ser generadora de exclusión, violencia y corrupción es el medio idóneo para algunos emprendan verdaderas carreras criminales, no siendo desconocido que los establecimientos de privación de libertad son verdaderas escuelas del crimen (ÁVILA 2010, 24), no sólo para los miembros de la sociedad mayoritariamente mestiza, sino también para los integrantes de otras culturas que también forman parte de la materia prima de las prisiones.

El encarcelamiento indígena en los países andinos ha transitado por un complejo proceso en el que convergen variables jurídicas e históricas, pues la cárcel desde sus propios albores ha sido interpretada y utilizada como un instrumento para la dominación, subordinación y civilización de los grupos culturalmente diferenciados, siendo esto meridianamente apreciado desde la esfera internacional al punto de que en el Convenio 169 de la OIT se estableció que *debería* preferirse sanciones distintas del encarcelamiento para los indígenas (art. 10.2).

Sin embargo, en la práctica se ha visto que estas estas disposiciones tienen poco cumplimiento dado que por lo general los indígenas son condenados a penas privativas de libertad, con lo cual no sólo se está violando el mencionado convenio, sino que al imponerse penas de prisión cuando una norma internacional de rango constitucional señala lo contrario, se está vulnerando el principio de legalidad de las penas, dado que el Convenio expresamente excluye a los indígenas de la imposición de la consecuencia jurídica más grave que dispone el Estado pues ordena a los operadores judiciales imponer otro tipo de sanciones penales que no lleven al confinamiento de los indígenas en los centros carcelarios que son no sólo ajenos a sus formas de control social sino destructores de su identidad.

Generalmente en las sociedades indígenas las penas privativas de libertad si bien son conocidas, éstas no son aplicadas como forma de sanción. La privación de libertad, entendida como la restricción legitimada del derecho a la libertad y otros derechos fundamentales dentro del sistema occidental, no constituye de manera general una alternativa adecuada en el sistema penal indígena (AVILA 2013, 966), no sólo porque no cuentan con instalaciones destinadas para cumplir dicha sanción, sino porque son conscientes que el encierro aparte de romper la cohesión social del grupo, degenera al sujeto que la soporta porque la cárcel es un mecanismo que al desvincular al sujeto de su entorno social lo conduce hacia una degradación y pérdida del autoestima y que incidirán a la hora de que este adquiera los peores roles desviados.

«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 o 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 suavemente, no vaya a ser que cuando les toque el turno a ellos los hagan trabajar duro»<sup>324</sup>.

Frente a este panorama, cabe plantearse si la pena de privativa de libertad cumple las finalidades que desde sistema penal occidental se le han asignado o simplemente «[...] se atribuyó demasiado fácilmente y con demasiado énfasis a una *humanización* que autorizaba a no analizarla» (FOUCAULT 2009, 16). En todo caso lo que está comprobado es que la cárcel al segregar y estigmatizar no cumple con los presupuestos que sustentan a las teorías prevencionistas dado que en vez de rehabilitar se termina por devolver un sujeto marcado a una sociedad que lo discriminará.

---

<sup>324</sup> Corte Constitucional de Colombia, sentencia T- 349/96, MP. Carlos Gaviria Díaz.



Caso distinto sucede si la mencionada teoría se la contrasta con lo que sucede en las comunidades indígenas, donde según menciona Myrna Villegas, los objetivos de la sanción buscan no sólo devolver el equilibrio comunitario sino que también pretende devolver al individuo a la comunidad concienciado de que su conducta ha causado una afectación a todos los miembros del grupo social (2014, 219). Y para ello no se recurre a su aislamiento del infractor como ocurre en la justicia ordinaria, sino que su reinserción comienza a darse desde el momento mismo que inicia su sanción ya que este no pierde contacto con la comunidad y su familia.

No obstante, la forma de devolver al infractor a la comunidad no es pacífica pues su reinserción se la hace aplicando un castigo cuya intensidad y violencia se la hace en función del hecho cometido. Y es aquí donde se apela al discurso de que la sanción indígena no se restringe a infligir un mal por otro mal cometido sino que la carga ritual hace que las sanciones tengan un menor contenido aflictivo, lo cual desde la cosmovisión indígena es idóneo para que se alcance «[...] los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio y salvaguarda de la paz social, que aparecen como objetivos fundamentales de este sistema» (BORJA 2011, 54).

A decir de Gladys Yrureta la sanción indígena «es aplicada con el fin de restablecer la armonía social quebrantada y reconciliar al culpable con la comunidad» (1981, 21) ya que la más de las veces por medio del consejo y la negociación (BORJA 2001, 135) se busca una solución que satisfaga a los involucrados, entre los cuales también se encuentra la propia comunidad que interviene en el desarrollo del proceso.

Un caso llamativo que muestra la efectiva reintegración social de quienes son sancionados, se presentó en la comunidad la Cocha en Ecuador en el año 2006, debido a que llegó a ser dirigente de esta comunidad un comunero que en el año 2002 había sido sancionado por matar a otro integrante de la misma comunidad (ÁVILA 2010, 32).

Por otro lado es de señalar que la prevención especial negativa, entendida como inocuización, no encontraría una debida adecuación para los fines perseguidos por la sanción indígena en el sentido de que ésta lo que pretende es devolver a la comunidad la armonía que fuera alterada por el

delito. Es por ello que desde la cosmovisión indígena la cárcel no resulta ser considerada como una medida reparatoria dado que el aislamiento prolongado del infractor no devuelve la armonía y el equilibrio a la comunidad (SORIANO 2012); y es más saben que la privación de libertad tiende a agravar el conflicto y extender el sufrimiento (MATHIESEN 2003, 32), puesto que un comunero encarcelado descuida las obligaciones que tiene que afrontar tanto con la comunidad como con la familia que depende de la actividad laboral que realiza el varón, ya que en la mayoría de los casos éste es quien se encarga de proveer los medios económicos de subsistencia para la prole (BRANDT y VALDIVIA 2006, 149).

No obstante, la sanción del destierro podría considerarse como una finalidad análoga a la de la prevención especial negativa en virtud de que mediante este procedimiento se aparta de forma indefinida al miembro de la comunidad que con su conducta interfiere en el mantenimiento de la integración y la cohesión del grupo. Se podría decir que el merecedor de la sanción del destierro, es un sujeto que ataca directamente a la paz social y frente al que otra tipo de sanción es insuficiente, por ello es que la expulsión es considerada como la «pena más dura, porque en ella no hay posibilidad alguna de rehabilitar al sujeto y de reintegrarle a su comunidad» (BORJA 2001, 165).

### **3.3.1.3 Las teorías eclécticas o de la unión**

Ante las diferentes posiciones que existe entre las finalidades de la pena, esto es entre prevención general y especial, la gran mayoría de autores se han adherido a las teorías eclécticas o de la unión que justifican el Derecho penal. La característica de esta teoría es que se ha formado tomando los aspectos más convincentes de cada teoría, consiguiendo así estructurar una doctrina que propugnan que los fines que persiguen cada teoría no se producen aisladamente sino que se presentan y relacionan en distintas fases o momentos.

Efectivamente Schmidhäuser y Roxin plantean que se dan tres momentos en la pena: 1) la pena en el momento de la amenaza que actúa como prevención general, pues el legislador al fijar un máximo y un mínimo de una pena concreta trata de intimidar a los sujetos destinatarios para que así se abstengan de cometer hechos delictivos; 2) la pena en el momento de la

determinación, es decir cuando el juez impone la sentencia, las exigencias de prevención general subsistirán porque la intimidación se deriva de la efectiva aplicación del precepto penal correspondiente conforme a la gravedad de la culpabilidad del infractor; 3) la pena en el momento de la ejecución fundamentalmente desarrollará la finalidad perseguida por la prevención especial, esto es encaminarse hacia la resocialización de quien ha delinquido (BERDUGO, y otros 1999, 30-31).

Así, pues, estos planteamiento también pueden ser extrapolados a los fines que persigue la sanción indígena en razón de que ésta en un primer momento a través de la sanción pretendería intimidar o disuadir al resto de miembros de la comunidad de cometer conductas prohibidas, es decir cumpliría una función de prevención general negativa, y por otro lado al ser una justicia restaurativa buscaría, junto con la reposición del daño causado, la rehabilitación del infractor propendiendo a que este no reincidiera lo cual es propio de las teorías de la prevención especial.

Acogiendo estos criterios está la Corte Constitucional de Ecuador la cual ha considerado que la sanción indígena «[a]l ser aplicada públicamente cumple una labor disuasiva y preventiva que busca influir en los demás miembros de la comunidad, disciplinándolos para evitar el cometimiento de este tipo de faltas en un futuro, así como también para evitar la reincidencia por parte del infractor»<sup>325</sup>.

#### **4 Las repercusiones del Derecho penal sobre los Derechos de los pueblos indígenas**

En el contexto actual la convivencia intercultural lejos está de ser un idílico y pacífico proceso de interrelación que conlleve a un enriquecimiento mutuo entre culturas diferentes. La realidad plantea que la tónica de todo este asunto sigue siendo la superposición de una cultura dominante frente a otras culturas que se la tiene por dominadas, siendo esto perfectamente conocido por las agencias jurídicas que continuamente atienden asuntos que son llevados a su conocimiento sea: de forma directa y voluntariamente por los afectados o debido a presiones políticas que tienden a doblegar la

---

<sup>325</sup> Corte Constitucional de Ecuador, sentencia N° 113-14-SEP-CC, caso N° 0731-10-EP.

independencia de los operadores jurídicos sobre todo en asuntos de tienen una gran trascendencia política y mediática.

Las comunidades indígenas que otrora estaban asentados en las periferias de las ciudades debido a la segregación social a la que históricamente han estado sometidos, en la actualidad la movilidad humana y la necesaria búsqueda de un mejor nivel de vida ha ocasionado que gran número de integrantes de estos pueblos se trasladen desde el campo hacia los centros urbanos de las distintas ciudades, donde si bien se han integrado a la sociedad mayoritaria, estos no han dejado de recrear su cultura como forma de expresión identitaria.

#### **4.1 Criminalización de las atribuciones jurisdiccionales**

En el Perú en el año 2009 el Instituto de Defensa Legal efectuó una investigación sobre los juicios seguidos contra los líderes indígenas por causas relacionadas a sus funciones jurisdiccionales. De la información que proporcionara el Ministerio Público se pudo conocer que para desde el año 1994 hasta el año 2006 habían sido procesados por esas causas más de 1800 comuneros.

Dicho informe permitió conocer que aunque se reconocía a la jurisdicción indígena formalmente desde 1993, en la práctica esta era una actividad que era judicialmente sancionada, lo cual ponía en evidencia el poder hegemónico que mantenían las agencias judiciales sobre la justicia indígena.

Los datos que se desprendieron de esta investigación mostraban que hasta el año 2006 se habían presentado 784 denuncias de las cuales el 73,72% (es decir 578) eran contra las Rondas Campesinas, el 9,44% (es decir 74) contra Comunidades Campesina, el 1,15% (es decir 9) contra Comunidades Nativas y un 15,69% sin determinarse (es decir 123 denuncias).

De esta cantidad de denuncias al menos 1825 comuneros, principalmente miembros pertenecientes a las Comunidades Campesinas y Comunidades Nativas, habrían sido involucrados en distintos delitos relacionados con el ejercicio de la jurisdicción indígena, cuestión que permite considerar que la incidencia del enjuiciamiento a miembros de las comunidades

indígenas no remite a casos aislados sino más bien que responden a una recurrente criminalización del ejercicio de la jurisdicción indígena.

Llama la atención que a pesar de que recurrentemente se acuse a la justicia indígena de ser bárbara y vulneradora de los derechos humanos, la mayoría de casos denunciados no se debe a estos motivos. El informe pone de manifiesto que son pocas las denuncias planteadas en contra de los dirigentes indígenas alegando que estos hayan incurrido en delitos vinculados con la violación de los derechos humanos ya que del total de casos conocidos apenas 38 (es decir el 4.85 %) estaban relacionados con la comisión de delitos que afectaban la vida, la integridad física o la salud. Por el contrario resalta el hecho de que la mayoría de los líderes de las comunidades campesinas, nativas y de las rondas campesinas fueron acusados de cometer delitos de secuestro y de coacciones alcanzando el 70.92% del conjunto de denuncias. Este alto porcentaje pone de manifiesto que los supuestos de hechos que se denuncian están relacionados con las facultades jurisdiccionales otorgadas a las autoridades indígenas (J. RUIZ 2013, 316).

#### **4.2 Criminalización de la protesta social y de las reivindicaciones indígenas**

El exceso en el control de los órganos del Poder estatal y las aspiraciones de los gobernantes por mantenerse o perpetuarse en el poder han sido causas que han socavado la institucionalidad democrática en los países andinos. Los gobernantes al minar el equilibrio y control entre los órganos de poder han instaurado un poder verticalista y endogámico, que a la hora de implementar políticas públicas no ha escatimado esfuerzos en asumir una visión maniquea de los actores sociales, reconociendo entre estos a quienes tienen legitimidad para participar en el diseño de aquellas políticas y quienes no tienen esa legitimidad por el mero hecho de mantener una posición crítica con el gobierno.

Dentro de los actores sociales que no comulgan con los posicionamientos gubernamentales están las autoridades y dirigentes indígenas. Ellos son los que se han vuelto las cabezas visibles de las protestas protagonizadas por las comunidades directamente afectadas por del modelo de desarrollo centrado en el extractivismo, ya que los pueblos que habitan en las

zonas donde existen yacimientos o reservas de petróleo son los que han tenido que soportar los efectos que apareja «[...] semejante arrolladora maquinaria de la civilización occidental» (BORJA 2011, 38).

«Las poblaciones conocen bien esos costes: ocupación de sus tierras sin consulta previa, contaminación de sus aguas, destrucción ambiental, violación grotesca de los derechos de la Madre Tierra mediante la explotación minera a cielo abierto, refuerzo de la presencia de las iglesias (aprovechándose de la desorientación y desesperanza de las poblaciones), asesinato de dirigentes, desplazamientos masivos de poblaciones y su reasentamiento sin ningún respeto por sus reivindicaciones, sus territorios sagrados, sus ancestros» (SANTOS 2012, 32).

Y es que hay que advertir que los países Latinoamericanos desde hace más de 500 años han sido integrados al mercado mundial únicamente como meros exportadores de naturaleza en vez de productos manufacturados. Sus fértiles tierras, que vieron surgir poderosos imperios, se convirtieron en despensas de oro, plata y piedras preciosas que no sólo sirvieron para financiarían la expansión ibérica sino que también lo fueron para propiciar el surgimiento del capitalismo en la Europa central (ACOSTA 2011, 328).

Más sin embargo en los últimos años los conflictos socio-ambientales vinculados con el ejercicio de derechos de los pueblos indígenas se han agudizado en los países andinos debido al incremento de las exploraciones y explotaciones de hidrocarburos y minerales ubicados bajo el subsuelo de los territorios de los pueblos indígenas. Los altos precios de las materias primas en el mercado internacional han llevado a que los gobiernos pongan los intereses económicos por delante del bienestar de la gente que vive en las zonas de incidencia, vulnerando así flagrantemente sus derechos y sin que ninguna de las instancias judiciales o Constitucionales actúen en tutela de los mismos.

No obstante, el neoextractivismo y la sobreexplotación de los recursos naturales<sup>326</sup>, fuera de los costos sociales y ambientales que genera, ha tenido también una gran incidencia en el ámbito penal, toda vez de que las acciones

---

<sup>326</sup> En Colombia, según Andrés Idárraga, solamente en el año 2010 ya «había 8.827 títulos oficialmente otorgados por el Instituto Nacional de Geología y Minería (Ingeominas) a distintas empresas nacionales y extranjeras, así como a personas naturales. De tales títulos, según el propio Ministerio de Ambiente, al menos 571 (203 mil hectáreas) se refieren a zonas donde no se puede hacer minería de acuerdo con la legislación vigente, entre parques nacionales y regionales naturales, páramos, humedales y zonas de reserva forestal protectora» (citado en R. ARIZA 2013, 16).

directas de hecho efectuadas por los pueblos indígenas frente a este tipo de modelos de desarrollo económico, han conducido a que estas sean duramente criminalizadas independientemente de que en el discurso público sus acciones se consideren o no por justificadas. Un ejemplo de esta terrible situación se puede apreciar en Ecuador, donde la resistencia de los indígenas es recurrentemente subsumidas bajo los tipos penales de sabotaje y terrorismo.

Para Sousa Santos esta situación no resulta extraña, sostiene que en el presente siglo existe una clara intención de transformar a los indígenas en terroristas, sobre todo en países como Perú Chile y Ecuador donde la disidencia indígena es objeto de mayor criminalización, dado que los gobiernos de estos países verían en las actuaciones de lucha por la conservación y el control de los recursos naturales un signo de la radicalización de los movimientos indígenas (MARTÍNEZ 2011, 21). Esta situación lleva a pensar que las agencias jurídicas de control social se estarían instrumentalizándose para fomentar mecanismos de excepción contra las etnias indígenas, dado que la criminalización de dirigentes indígenas más que la criminalización de una conducta lo que pretendería sería la criminalización de una cultura que interfiere con los afanes económicos del Estado, toda vez de que como bien sostiene Sousa Santos:

«[L]a justicia indígena está siendo cuestionada, entre otras cosas, por ser supuestamente un obstáculo al desarrollo» debido a que «[c]uando las comunidades resisten para mantener el control sobre sus territorios, recurren a sus autoridades y a la justicia indígena que, en muchos casos, siempre administró el acceso a la tierra. Tal resistencia es rápidamente declarada como enemiga del desarrollo y estigmatizada en la opinión pública» (2012, 31-33).

#### **4.2.1 La construcción del enemigo y la neutralización de los dirigentes indígenas**

Las demandas políticas objetivadas en las movilizaciones exigiendo el respeto de los derechos son visto por los gobiernos como una amenaza para el desarrollo, el orden público y la seguridad ciudadana. De ahí que una primera tarea de los gobernantes ha sido comenzar a construir a una especie de enemigo interno que atentan contra el progreso económico del Estado y consecuentemente contra los intereses de la sociedad hegemónica es decir contra *nosotros*.

«La estrategia óptima para hacerlo es polarizar las relaciones del grupo, de tal forma que todos los miembros del grupo «nosotros» traten a todos los miembros del grupo «ellos» como enemigos peligrosos en potencia, y sientan por tanto una identificación total con «nuestro» grupo como su única protección» (HOBBSAWM 1994, 10).

Y es que en el campo político se ha evidenciado que cuando se trata de temas de extractivismo se encuentra implícita esa relación amigo/enemigo que teorizara el politólogo del nacionalsocialismo Carl Schmitt (1888-1985) en su obra *El concepto de lo político*, para quien el «[e]nemigo es sólo un conjunto de hombres que siquiera eventualmente, esto es, de acuerdo con una posibilidad real, se opone *combativamente* a otro conjunto análogo» (citado en POLAINO-ORTS 2009, 133).

Pero aunque como acertadamente lo considere Muñoz Conde de que en un «Estado de Derecho democrático y respetuoso de la dignidad del ser humano, ni el *enemigo*, ni nadie puede ser nunca definido como *no persona*» (2003, 124), lo cierto es que en estos Estados determinados sujetos implícitamente consiguen que sean etiquetados de esa manera. Con lo cual se estaría a lo Günther Jakobs viene sosteniendo desde hace tres décadas y esto es que en los Estados existe la aplicación de un Derecho penal para los ciudadanos y otro para los enemigos. Estos últimos identificándolos como aquellos sujetos que con sus acciones han liquidado las expectativas de cumplimiento de sus deberes con la sociedad, poniendo en peligro la vigencia del ordenamiento jurídico.

Son varios los tipos de delitos que pueden colocar a un individuo en la calidad de enemigo de la sociedad —delincuentes en serie, reincidentes, sexuales, etc.—, pero por antonomasia los delitos de terrorismo son los que automáticamente convierten a los individuos que los perpetran en enemigos de la sociedad. Sorprendiendo el hecho de que este tipo de delitos sea el que recurrentemente se acuse a los dirigentes indígenas en las distintas movilizaciones indígenas, dado que ante la imposibilidad de conseguir por medios democráticos de consulta<sup>327</sup> la aprobación tanto de permisos como de legislación sobre la concesión y explotación minera, maderera o petrolera, el

---

<sup>327</sup> A parte del art. 25 del PIDCP, el derecho de consulta y el derecho al consentimiento libre, previo e informado para los pueblos indígenas están consagrados tanto en la DNUDPI así como en el Convenio 169 de la OIT.



poder punitivo del Estado se ha dedicado fundamentalmente a transformar a los dirigentes indígenas en terroristas, cuya criminalización no se encuentra principalmente motivada por lo que hacen sino más bien por su cualidad personal, es decir se los criminaliza mirando su condición «[...] por detrás del delito, a su peligrosidad detrás de su responsabilidad, a la identidad del enemigo más que a la prueba de sus actos hostiles» (FERRAJOLI 2010, 242).

Sin embargo, para que en el imaginario social vaya construyéndose esa figura del indígena enemigo ha sido necesario minar la credibilidad de sus reclamaciones<sup>328</sup>, exaltando a los otros indígenas idealizados o mejor dicho caricaturizados a medida de los requerimientos del Estado, como ocurrió con la ideología imperante en el *Siglo de las Luces*, donde los indígenas según la actitud que presentaran frente a la dominación colonial, eran calificados como buenos o como malos salvajes. El *buen salvaje* era el aborigen dócil y receptivo al proyecto civilizatorio; mientras que el *mal salvaje* encarnaba todo lo malo que se podía esperar, pues este era el rebelde, el cruel, el pagano (GARCÍA VITOR 2005, 134).

Esta consideración con algunos matices hoy se muestra en el discurso que se hace desde el poder, pues éste tiende a señalar la distinción entre los indígenas buenos y los indígenas violentos y radicales que pretenden arrastrar a toda una nación a un retroceso. Alan García, el expresidente de Perú, en junio del 2009 ante las protestas emprendidas por los indígenas amazónicos contra las operaciones extractivista, que lastimosamente terminaron con resultados lamentables, habría de expresar que:

«Ya está bueno, estas personas no tienen corona, no son ciudadanos de primera clase que puedan decirnos 400 mil nativos a 28 millones de peruanos *tú no tienes derecho de venir por aquí*, de ninguna manera, eso es un error gravísimo y quien piense de esa manera quiere llevarnos a la irracionalidad y al retroceso primitivo» (ACOSTA 2011, 333).

De igual manera el actual presidente del Ecuador, Rafael Correa, en mayo del año 2010 tras varias movilizaciones indígenas, cuestionó en una de sus cadenas sabatinas la legitimidad democrática de la CONAIE, pero además

---

<sup>328</sup> Así se desprende del Informe de la CIDH sobre la situación de las defensoras y defensores de los derechos humanos en las Américas, del año 2006. Disponible: <http://www.cidh.org/countryrep/Defensores/defensoresindice.htm>

empleando un lenguaje de enfrentamiento al dirigirse a los dirigencia indígena expresó:

«[V]amos a ser las grandes mayorías los que decidamos como queremos organizarnos y como queremos vivir y no van a ser unos cuantos tira piedras los que nos van impongan eso [...] hagamos el levantamiento los 13 millones de Ecuatorianos contra esas posturas trogloditas que quieren mantener el país en el pasado [...] Porque lo que hace la dirigencia de la CONAIE no es resistencia, es agresión»<sup>329</sup>.

El caso de Ecuador es llamativo porque al haberse mantenido más de nueve años en el poder el actual presidente, Rafael Correa, los conflictos con la dirigencia y las organizaciones indígenas ha ido en aumento, lo cual se traduce en que han seguido los procesos de criminalización a los líderes indígenas bajo los tipos penales de sabotaje y terrorismo, a pesar de que en este país no existen actualmente grupos irregulares que ejecuten acciones que puedan catalogarse como terroristas.

En este contexto Ramiro García señala que desde que iniciara en el 2007 el gobierno de Rafael Correa se ha dado un uso constante de los tipos penales relacionado con el terrorismo, incriminando principalmente a actores sociales, estudiantes y por supuesto líderes indígenas en el contexto de protestas sociales opuestas a todas las actividades extractivas (2015, 326-327).

En efecto, según distintas organizaciones de derechos humanos nacionales e internacionales el procesamiento de activistas y líderes sociales en los últimos años es alarmante. De acuerdo Amnistía Internacional en Ecuador las protestas realizadas por las organizaciones indígenas en contra de las actividades extractivas han sido reprimidas mediante un uso arbitrario de todo el sistema penal pues se afirma que:

«Entre los métodos utilizados en lo que parece ser un intento deliberado de obstaculizar el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión se encuentran cargos infundados, investigaciones prolongadas, recursos reiterados de los fiscales para ampliar la duración de los cargos formulados, condiciones de fianza restrictivas y cargos relacionados con el terrorismo o con la obstrucción ilegal de vías» (Amnistía Internacional 2012, 3).

---

<sup>329</sup> Video disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=RfY4lv1rqwk>

Igualmente se establece que el descontento social, canalizado a través de protestas, ha conducido declarar estados de emergencia en varias provincias. Sin embargo, en el nuevo milenio, el caso que da inicio a mirar a los indígenas como enemigos del ordenamiento interno, ocurrió bajo la presidencia de Alfredo Palacio (20 abr. 2004 -15 ene. 2007), pues éste gobernante en el año 2006 ante las protestas surgidas por las comunidades indígenas, a más de declarar el estado de emergencia en las provincias de Sucumbíos, Napo y Orellana, decreto a estas como zonas de seguridad nacional (Decreto N° 1214 del 7 de marzo de 2006), en las cuales pasaría a tener vigencia de la llamada *Ley de Seguridad Nacional* que autorizaba el juzgamiento de civiles ante tribunales militares<sup>330</sup>, lo cual develaba que tras los pronunciamientos de seguridad lo que se fraguaba no era más que la forma de transformar a los disidentes en enemigos a los que había que combatir mediante un Derecho penal del enemigo en el que se justificaban prácticas que sitúan a un sujeto fuera del derecho y de las garantías mínimas<sup>331</sup>.

Sin embargo, como se ha mencionado en líneas anteriores, la instrumentalización del derecho penal contra los indígenas no ha disminuido con el actual gobierno, pues son varios los indígenas que han sido privados de la libertad como medida disuasoria para el resto de miembros de las comunidades indígenas, pues la prisión preventiva ha dejado de ser una medida excepcional y ha pasado a convertirse en una medida de castigo anticipado, puesto que como menciona Zaffaroni, con la prisión preventiva «[...] se le hace sufrir la pena para que no la eluda si se le llega a imponer en la sentencia» (2005, 14).

---

<sup>330</sup> Efectivamente el Decreto 1204, en su art. 6 señalaba que las infracciones que se cometieran en las zonas de seguridad serían sancionadas de acuerdo con el art. 145 de la Ley de Seguridad Nacional, N°275, el cual expresamente señalaba que «[e]n tiempo de guerra o decretada la movilización las infracciones [...] serán juzgadas con sujeción a lo dispuesto en Código Penal Militar, y no se reconocerá fuero alguno» (Amnistía Internacional 2012, 7).

<sup>331</sup> Según refiere Amnistía Internacional, en las protestas efectuadas el 19 de junio de 2006, Wilman Jiménez Salazar, miembro del Comité de Derechos Humanos de Orellana, fue disparado 6 veces con balas de goma y luego fue detenido imputándole los delitos de terrorismo y sabotaje. Permaneció 17 días bajo custodia militar, negándosele la asistencia a una vista de hábeas corpus. Finalmente en septiembre del mismo año su caso fue puesto a órdenes de la jurisdicción civil donde sería absuelto de todos los cargos (2012, 7).

Esto ha creado una atmósfera donde predomina la hostilidad y el temor a expresar el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión, pues como se menciona en el informe de Amnistía Internacional:

«Muchos dirigentes han sido detenidos durante los intentos policiales de dispersar a los manifestantes. Otros han vivido durante años bajo amenaza de detención porque existen contra ellos órdenes de detención que no se han ejecutado. Un dirigente acusado de terrorismo dijo a Amnistía Internacional: “Ya no podemos mucho salir a las protestas porque me dicen [que] tenemos un juicio pendiente [...] ya estamos ahí nombrados quienes somos entonces [si] salimos a la protesta ya nos abren de vuelta esa página del juicio”.

En muchos casos, los fiscales han pedido que se recluya en prisión preventiva a los dirigentes comunitarios; aunque los jueces muchas veces deniegan este tipo de petición, los fiscales han respondido a la denegación con reiterados recursos de apelación, y los dirigentes viven con la amenaza de la detención pendiente sobre sus cabezas. En muchos casos, la resolución judicial definitiva ha manifestado claramente que la fiscalía carecía de motivos suficientes para pedir la detención, y ha subrayado que la privación de libertad debe ser la excepción, no la norma» (2012, 11).

En definitiva se puede decir que en el Ecuador existe una manifiesta persecución hacia los líderes indígenas a través de la incriminación de delitos de sabotaje, terrorismo u otros tipos de delitos con conductas de difícil subsunción<sup>332</sup>. Y aunque la mayoría de los casos han sido desestimados por falta de pruebas<sup>333</sup>, la prisión preventiva pedida por los fiscales se ha convertido en una verdadera pena, cuya función de una u otra manera se encuadra dentro de los fines que desde la dogmática penal se han elaborado para legitimar el poder punitivo del Estado.

---

<sup>332</sup> El último caso que se ha presentado en Ecuador es la sentencia del 29 de mayo de 2016 emitida por el Tribunal Garantías Penales de Loja que impone una pena de cuatro años prisión a dos indígenas por el delito de obstaculización del servicio público, en razón de una protesta en contra del gobierno efectuada el 17 de agosto de 2015, en la que estuvieron presentes una multitud de indígenas del pueblo Saraguro y de los cuales se detuvo a 29 personas en total. Disponible en: <http://www.elcomercio.com/actualidad/indigenas-saraguros-declarados-inocentes-juicio.html>.

<sup>333</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo informe sobre la situación de las defensoras y los defensores de derechos humanos en las Américas, 2012. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/defensores2011.pdf>



## CONCLUSIONES

A la vista de los temas abordados en este trabajo respecto de la influencia y las repercusiones que ha tenido el sistema penal en el desarrollo de los derechos de los pueblos indígenas, se puede enunciar las siguientes conclusiones:

1. Previo a la dominación ibérica, todos los pueblos indígenas contaban con distintas formas de solución de sus conflictos. En estos la idea de castigo no se inspiraba en conseguir un beneficio colectivo sino más bien únicamente lo que se pretendía era saldar el daño causado: ya sea aplicando la venganza privada o recurriendo a alguna forma de compensación. Más con el surgimiento del Estado y las formas del ejercicio del poder aparejadas al mismo, las resoluciones vindicativas de los conflictos por parte de los miembros de los grupos étnicos, comienzan a perder vigencia ante un nuevo sistema de control que asume el papel de ente regulador de los conflictos y de las sanciones, no con el objeto de buscar solucionar equitativamente a las partes en conflicto, sino más bien con la intención de proteger y fortalecer el orden imperante.

2. Se ha señalado que en la región andina el sistema jurídico del Imperio incaico fue el que más notoriedad alcanzó dado que los Incas fueron los que utilizando su gran capacidad política y su gran poderío militar consiguieron conquistar y despojar de grandes territorios a numerosos grupos étnicos. Su forma de actuar les permitió extender sus dominios e implantar su organización social basada en el respeto de la propiedad común, el trabajo colectivo y una rígida jerarquía social piramidal en cuya base estaba toda la masa de gente que integraba los ayllus y que expresamente estaba destinada/obligada a prestar su fuerza humana para desarrollar los trabajos y los tributos.

3. La organización de la vida comunitaria entorno al trabajo obligatorio y el pago de tributos determinaba que no quede ni un resquicio para la holganza o la vida disoluta. De ahí que para mantener el orden social y político del Imperio incaico se haya recurrido a la intimidación, la rudeza y crueldad en las formas de sanción de las conductas contrarias a las normas establecidas por el Inca, toda vez de que éste era quien establecía las leyes para dar continuidad al modelo económico y político que de una u otra forma gravitaba

dentro de la búsqueda de una mayor producción. Por ello es lógico mencionar que para mantener el orden social y político establecido, fue imprescindible la implantación de un sistema de justicia muy prohibitivo y severamente sancionador, donde muchos comportamientos por muy banales que pareciesen eran castigados con extrema dureza por el mero hecho de haber incumplido la ley, ya que implícitamente en todas las prohibiciones estaba envuelta la desobediencia a la voluntad del Inca, cosa que era suficiente gravosa como para imponer de por sí un castigo ejemplarizante.

4. Con la expansión del Imperio incaico en la zona andina se observa que el Estado pasa a asumir el monopolio del castigo, dejando atrás la arraigada costumbre de que el ofendido tenía la atribución de tomarse la justicia con sus propias manos y autoproclamarse con derecho a castigar. La red de funcionarios destinados a conocer los comportamientos prohibidos, asumieron de que cada comportamiento proscrito antes que ser una ofensa para la víctima que lo había sufrido, este representaba un incumplimiento a las leyes del Inca que en aquellos tiempos resultaban ser necesarias para combatir la desobediencia que se derivaba entre otros aspectos, de las recientes incorporaciones de pueblos, de los extenuantes trabajos y de los ineludibles tributos que se debían a favor del Estado.

5. Dentro del Imperio incaico se ha señalado que existió una trilogía de principios —*ama llulla*, *ama shua* y *ama quilla* (no mentir, no robar y no ser ocioso,)— que tenían el valor de normas de cumplimiento obligatorio. Dichos principios, que entremezclaban influencias divino-religiosas, buscaban imponer la conformación de las conductas según el orden social vigente ya que sobrepasando cualquier referencia ética que pueda atribuirse a estos principios, la estructura prohibitiva de los mismo lo que pretendía era afianzar y conservar fundamentalmente el Imperio, toda vez de que estos principios no estaban hechos bajo un prisma del deber ser: sé veraz, sé honrado, sé trabajador; sino en dirección de sancionar duramente las conductas que incumplían dichas prohibiciones.

6. La falta de escritura en los pueblos indígenas no supuso dificultad para que las normas después de su formulación sean inmediatamente llevadas y transmitidas a las diferentes regiones con la consiguiente advertencia de que

su incumplimiento aparejaba sanciones que reafirmaban la autoridad del Inca y, por supuesto, la vigencia de las normas. De hecho podría decirse que aquí se encuentra el verdadero mérito del Imperio incaico en virtud de que si bien este no fue el creador del sistema jurídico prehispánico, con sus métodos pudo instaurar una organización más o menos uniforme que daba apertura a la aplicación de las normas propias de los ayllus en conexión con el derecho estatal establecido por la autoridad central, lo cual cambió radicalmente la organización política de la región y también con ello las atribuciones jurisdiccionales que tenían las autoridades tradicionales.

7. Tras la dominación española inicia la desaparición de la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos indígenas pero también comienza la imposición de un nuevo orden social cuya conformación se consigue aplicando delitos y castigos similares a los que se tenía en la metrópoli española, dado que ante la novedad que despertaban los nuevos territorios y ante la inicial falta de disposiciones específicas que hicieran frente a la realidad encontrada, lo más lógico fue que para limitar los excesos de los conquistadores se impusiera lo que señalaba la legislación del Derecho castellano hasta que se elaborase régimen jurídico especial que estuviera más acorde a la realidad y a los intereses preponderantes del momento y que habría de denominarse, con posterioridad, como Derecho indiano.

8. En el plano normativo, el punto cumbre de las disposiciones vigentes en las Indias se alcanzó con la *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias* de 1680, en cuyo contenido se registró el reconocimiento limitado que en 1555 ya se había dado a los usos y costumbres practicados por los indígenas, con lo cual se puede señalar que así quedó reconocida, aunque sea mínimamente, la vigencia del derecho consuetudinario de los pueblos originarios, no sólo en lo que se refiere a sus usos y costumbres anteriores a la llegada de los españoles, sino también respecto de las nuevas formas jurídicas que puedan crearse dentro de sus propios procedimientos. Esta singular situación permite establecer que durante el período de sometimiento y dominación española dentro de los pueblos indígenas se produjo una hibridación legal, entre las leyes de la corona castellana y las leyes que rigieron a lo que un día se llamó el Estado imperial inca.



9. Por otro lado, se debe mencionar que el decaimiento del reconocimiento de los usos y costumbres dado por los monarcas a los indígenas se inicia con la reforma borbónica y se consolida con la Independencia de los Estados latinoamericanos al plantearse la necesidad de dar cumplimiento al principio liberal que, teóricamente, pregonaba de que todos los ciudadanos eran libres e iguales ante la ley. Así, pues, se eliminó formalmente los regímenes jurídicos diferenciados que estuvieron vigentes desde la etapa colonial en favor de los pueblos indígenas y junto a ellos también, mediante decretos, se procedió a eliminar el acceso a la propiedad colectiva de la tierra con las consiguientes afectaciones que esto suponía, dado que los pueblos indígenas paulatinamente se vieron sometidos a un sistema asimilacionista que no hacía más que desarraigarlos de todo lo que comprendía su cultura.

10. La legislación penal que elaborada tras la independencia de los países Latinoamericanos fue tomada y estructurada a partir de modelos punitivos surgidos en otras latitudes, ya que nunca se pensó que pudiera tener valor alguno el aporte que en esta materia pudieran brindar los pueblos indígenas, dado que el derecho indígena al estar desvalorado totalmente no podía ejercer ninguna influencia en las codificaciones penales, ya que este había sido despreciado trescientos años antes con la dominación española y más bien bajo el amparo de una nueva legislación penal lo que se hizo fue reeditar su inferioridad. Un claro ejemplo de ello fue la creación de centros penales agrícolas que parecieran ser una reedición de las reducciones organizadas por los misioneros durante la etapa colonial en donde se concentraba a los indígenas para modelar sus conciencias conforme a los dogmas de los buenos cristianos.

11. Se ha constatado que la dogmática penal latinoamericana, imbuida del etnocentrismo jurídico, al explicar la responsabilidad penal del indígena se inclinó por equiparar las facultades psíquicas de estos con la que tenían los menores de edad, en razón de que en los códigos que se importaron desde Europa no hacían ninguna referencia respecto de los indígenas porque sencillamente allí no los había. Fue en Latinoamérica donde los legisladores incluyeron en los códigos penales los distintos términos para referirse tanto a

los indígenas que iban asimilándose a la sociedad dominante, como a aquellos que seguían internados en las selvas y a los cuales se los catalogó como salvajes. Así los códigos penales fueron instrumentalizados para perpetuar la jerarquía existente en la sociedad, toda vez de que se desconoció que los indígenas eran sujetos normales pero con valores y patrones culturales distintos a los que manejaba la cultura hegemónica.

12. Destaca el hecho que en Latinoamérica hasta la década de los años ochenta del siglo pasado, oficialmente regía un único ordenamiento jurídico al que se encontraban sometidos todos los ciudadanos. La justicia ordinaria se convirtió en la única forma legal para juzgar a los miembros de las comunidades indígenas y de paso con la sujeción a sus disposiciones legales contribuía a conseguir las pretensiones de homogenización de los miembros de estas comunidades. Sin embargo, con la aprobación del Convenio 169 de la OIT esta situación sufrió un cambio paradigmático, al menos desde un punto de vista legal, dado que se reconoció que hay pueblos originarios que tienen reglas propias acorde a su cosmovisión.

13. La idea de pluralismo jurídico y el inicio de procesos que buscan la descolonización de las normativas han tenido una lenta evolución. Largas luchas en la arena política fueron necesarias para que los Estados, en las postrimerías del siglo XX, se proclamen como pluriculturales y por ende reconozcan formalmente la existencia de sistemas jurídicos distintos al del Estado. El pluralismo es la antípoda de la homogeneidad, en el rechazo al mantenimiento de una única vía de representación de la realidad, conforme lo proponían las teorías jurídicas positivistas según las cuales solamente podía llamarse derecho al sistema normativo formulado exclusivamente por el Estado y de la cual fueron adoptantes los nacientes países andinos.

14. La opción actual desde el reconocimiento internacional de la existencia de sistemas consuetudinarios y la incorporación de este reconocimiento en la norma constitucional de los países signatarios, ha sido limitar la acción penal pública cuando ciertos conflictos han encontrado solución conforme a sus normas y dentro de sus comunidades. Pero hay que resaltar que esto es más bien la excepción y no la norma, pues es común que los operadores jurídicos irrespeten este reconocimiento y sometan a los

indígenas a un tratamiento jurídico diferenciado, sea excluyendo su culpabilidad por defecto de uno de sus elementos o atenuándola en virtud de las particularidades culturales derivadas de la pertenencia a un grupo particularmente diferenciado.

15. En lo que atañe a la formulación de una ley de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y ordinaria, hay que decirse que ha quedado solamente como un buen intento dentro de la agenda política de los países de Colombia, Ecuador y Perú, más no así del caso Boliviano que se ha convertido, hasta la fecha, en el único país andino que ha desarrollado una ley específica sobre los mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia, aunque no de la manera más adecuada dado que la norma interrumpe y corta innecesariamente la posibilidad de incorporar y generar un sistema diverso, capaz de fomentar el desarrollo de las competencias de las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

16. Los ordenamientos consuetudinarios de resolución de conflictos de los pueblos indígenas, aunque tienen coincidencias entre algunos de ellos, **no son homogéneos** pues cada una de las comunidades indígenas se han regido por un conjunto de normas que han ido cambiando conforme los distintos momentos históricos que han atravesado, presididos siempre por relaciones de poder y dominación, así como por acciones de resistencia y emancipación que han influido para que el derecho indígena que hoy conocemos se encuentre conformado no solamente con normas de origen precolonial o colonial, sino también, y sobre todo, por las normas y principios que rigen el ordenamiento jurídico, en general, y el derecho penal, en particular.

17. La aplicación de la justicia indígena pese a que mantiene un cierto margen de flexibilidad, por no mantener una constante y determinante lineamiento normativo, no debe confundirse como un modelo de control social informal, por el contrario el mantenimiento de formas tradicionales alternativas al castigo de la justicia indígena hacen presuponer que el castigo no se basa en el rigor o severidad, sino que este se ejecuta cuando se ven comprometidos seriamente los lineamientos de las normas comunitarias, lográndose así restablecer la confianza de la comunidad y consiguiéndose el

retorno de la paz y armonía alterada por el hecho que causo la alarma social y por ende la intranquilidad de la comunidad.

18. Frente a la resistencia de los indígenas al neoextractivismo y la sobreexplotación de los recursos naturales, independientemente de que el discurso público les considere o no justificado, la actuación de los gobiernos ha sido utilizar el Derecho penal como un instrumento útil para restringir derechos y libertades. Las demandas políticas objetivadas en las movilizaciones exigiendo el respeto de los derechos son visto por los gobiernos como una amenaza para el desarrollo, el orden público y la seguridad ciudadana. De ahí que una primera tarea de los gobernantes ha sido comenzar a construir a una especie de enemigo interno que atentan contra el progreso económico del Estado

19. Aunque es difícil vislumbrar el futuro de la cultura y derechos indígenas por la pérdida cada vez más notable de sus tradiciones, usos, costumbres, idioma y leyes, hoy existe un llamado a revitalizar el derecho de decidir su organización social, económica, política y cultural a través de sus autoridades y representantes propios, quienes así mismo tienen la función de aplicar los sistemas normativos autóctonos dentro del marco del respeto a los derechos humanos, dado que el reconocimiento constitucional de la jurisdicción indígena implica que esta respete y garantice los derechos humanos que amparan a todos sus integrantes, dado que ninguno de los sistemas de justicia se puede **prestar para venganzas o retribuciones sociales**; así como tampoco que por la hegemonía que ha tenido que el derecho penal, continúe apropiándose de los conflictos que no le pertenecen, cuando estos encuentran una adecuada solución dentro de la jurisdicción indígena.



## BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN, Victoria. «Soveranía del Estado y responsabilidad internacional del individuo.» En *El Derecho en la facultad. Cuarenta años de la nueva facultad de Derecho de Barcelona*, de AA.VV, pp. 9-19. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001.
- ACOSTA, Alberto. «Los Derechos de la Naturaleza. Una lectura sobre el derecho a la existencia.» En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, de Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Comps.), pp. 317-367. Quito: Ed. Abya-Yala, 2011.
- AGUILAR, Edmundo. «Multiculturalismo y derecho.» *Revista multidisciplinar. Revista electrónica de la Facultad de Estudios Superiores de Acatlán*, 2009: pp. 69-80. Disponible en: «<http://catedra-laicidad.unam.mx/wp-content/uploads/2015/06/Multiculturalismo-y-derecho-Edmundo-Aguilar.pdf>».
- ALBÓ, Xavier. «Hacia el poder indígena en Ecuador, Perú y Bolivia.» En *Movimientos indígenas en América Latina*, de Ana Betancur (Ed.), pp. 133-167. Copenhague: Ed. IWGIA, 2011.
- . «Justicia indígena en la Bolivia plurinacional.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, de S. Santos y J. Exeni (Eds.), pp. 201-248. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012.
- Amnistía Internacional. «Para que nadie reclame nada. Criminalización del derecho a la protesta en Ecuador.» 2012: Disponible en: «<https://www.amnesty.org/es/documents/amr28/002/2012/es/>».
- AMRY, René. «Defensa cultural y pueblos indígenas: propuestas para la actualización del debate.» En *Derecho Penal y pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, de José Hurtado Pozo (Dir.), pp. 73-100. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Suiza, 2007.
- ANAYA, Jame. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta. Universidad Internacional de Andalucía, 2005.
- ANDRADE, Santiago. «Aportes al debate sobre justicia indígena. Observaciones y sugerencias al anteproyecto de "Ley de administración

- de justicia indígena en el Ecuador".» En *Justicia indígena. Aportes para un debate*, de Judith Salgado (Comp.), pp. 137-156. Quito: Ed. Abya Yala, 2002.
- ANITUA, Gabriel. *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del Puerto , 2005.
- APPIGNANESI, Richard, y Oscar ZARATE . *Freud para principiantes*. Buenos Aires: Ed. Era Naciente, 2002.
- ARDITO, Wilfredo. «Retos que el pluralismo jurídico plantea al poder judicial en el Perú.» En *Congresos internacionales sobre justicia intercultural en pueblos indígenas, comunidades andinas y rondas campesinas "Construyendo un País con Justicia Social"*, de Corte Suprema de Justicia de la República, Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y Centro de Investigaciones Judiciales del Poder Judicial, pp. 30-51. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial, 2011.
- ARIZA, Libardo, y Rolando ZAMBRANO. «Cárcel kapurúa: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia.» *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 13, N° 1*, 2012: pp.161-186. Disponible en: «[http://www.palermo.edu/derecho/revista\\_juridica/pub-13/06-Revista-Juridica-Carcel-Kapurua-las-rutas-del-encarcelamiento.pdf](http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-13/06-Revista-Juridica-Carcel-Kapurua-las-rutas-del-encarcelamiento.pdf)».
- ARIZA, Rosembert. *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2010.
- . *Pueblos indígenas de Colombia ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario/ Fundación Konrad Adenauer, 2013.
- ARMAZA, Julio. «Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica.» En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoria. Vol. I*, de Luis Arroyo y Ignacio Berdugo (Eds.), pp. 49-83. Cuenca: Eds.de la Universidad de Castilla-La Mancha, Eds. de la Universidad de Salamanca, 2001.
- ATIENZA, Manuel. *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1993.
- AVILA, María. «El Derecho Penal Indígena: Entre La Diversidad y Los Derechos Humanos.» *American University International Law Review*, vol.

- 28, N° 4, 2013: pp. 943-974. Disponible en: «<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1752&context=auilr>».
- ÁVILA, Ramiro. «La (in) justicia penal en la democracia constitucional de derechos.» *Repositorio digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*, 2010. Disponible en: «<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1090/1/CON-003-%C3%81vila%2c%20RLa%20injusticia%20penal%20en%20la%20democracia.pdf>».
- AYALA, Enrique. «El derecho ecuatoriano y el aporte indígena.» En *Justicia indígena. Aportes para un debate*, de Judith Salgado (Comp.), pp. 105-124. Quito: Ed. Abya Yala, 2002.
- . *Resumen de historia del Ecuador*. Tercera edición. Quito: Corporación Editora Nacional, 2008.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1999.
- . *Principios de Derecho Penal. Parte General*. 4ª ed. Madrid: Ed. Akal, 1997.
- . *Tipo y error*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Buschi S. A., 1973.
- BARATTA, Alessandro. Criminología. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal: introducción a la sociología jurídico-penal*. Traducido por Álvaro Búnster. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2004.
- BARIÉ, Cletus. «Derecho Indígena y medios alternativos de resolución de conflictos.» *Urvio, Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. N° 3, Quito, Enero, 2008: pp. 110-118.
- BASADRE, Jorge. *Historia del Derecho Peruano*. Segunda edición. Lima: Ediciones Gráficas Empresa Editora S.A., 1985.
- . *Los fundamentos de la historia del derecho*. Lima: Librería Internacional del Perú S.A., 1956.
- BAUMAN, Jürgen. *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1973.
- BAUMAN, Zygmunt. *La sociedad sitiada*. 1a ed. 5a reimpresión. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- BAZURCO, Martín, y José EXENI. «Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e*



- interculturabilidad en Bolivia*, de S. Santos y J. Exeni (Eds.), pp. 49-146. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012.
- BECCARIA, César. *Tratado de los delitos y de las penas*. Traducido por Guillermo Cabanellas de Torres. Brasil: Ed. Heliasta S.R.L., 1993.
- BECERRA, Carmen. «La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa.» *El Otro Derecho*, N° 35, 2006: pp. 213-236.
- BERDUGO, Ignacio, Luis ARROYO, Nicolás GARCÍA, Juan FERRÉ, y José SERRANO. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Barcelona: Ed. Praxis, 1999.
- BERGALLI, Roberto. «Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas socio-jurídicas .» En *Sistema penal y problemas sociales*, de Roberto Bergalli (Coord.), pp. 25-82. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 2003.
- BERGER, Peter, y Thomas LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires: Ed. Amorrortu, 2001.
- BERNAL, Jorge. «La idea de justicia.» *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*, Vol. 1, núm. 1, 2005: pp. 155-179.
- BERRAONDO, Miguel. *Los derechos medioambientales de los pueblos indígenas: la situación en la región amazónica*. Quito: Ed. Abya Yala. 2000. Disponible en: «<http://www.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/53826.pdf>».
- BERRAONDO, Mikel. «Derechos territoriales frente al reto permanente de su implementación.» En *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, de Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (Eds.), pp. 191-205. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013.
- BEUCHOT, Mauricio. «Bartolomé de las Casas, el humanismo indígena y los derechos humanos.» *Anuario Mexicano de historia del derecho*, N.- 6 (Universidad Nacional Autónoma de México), 1994: pp. 37-48.
- BLANCO, Jacqueline. «Logros y contradicciones de la jurisdicción especial indígena en Colombia.» *Revista Diálogos de Saberes*, N° 24, enero-junio, 2006: pp. 51-68. Disponible en: <https://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahU>

- KEwilnaqRsvrMAhUC7hoKHR1IC0AQFggcMAA&url=https%3A%2F%2F dialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F2740969.pdf&usg=AFQj CNEwR\_db9Bzzat0efibcuOqK».
- BLUM, Jorge. «Historia del Código Penal del Ecuador.» *Revista Ensayos Penales*, N.- 7, 2013: pp. 19-26.
- BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Traducido por Rafael de Asís Roig. Madrid: Ed. Sistema, 1991.
- BORAH, Woodrow. *El juzgado general de indios en la Nueva España*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
- BORJA, Emiliano. «Bases interculturales del Derecho penal.» *Cuadernos de Derecho Penal* N° 5, 2011: pp. 35-66. Disponible en: «<http://www.usergioarboleda.edu.co/cuadernos-de-derecho-penal/cdp5/ CUADERNO-DERECHO-PENAL-5.pdf>».
- . «Derecho indígena sancionador y derechos humanos.» En *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, de Laura Giraudo (Ed.), pp. 185-213. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- . *Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2001.
- . «Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica.» En *Derecho Penal y pluralidad Cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, de José Hurtado Pozo (Dir.), pp. 101-152. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Suiza, 2007.
- BRANDT, Hans-Jürgen, y Rocío VALDIVIA. *El tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*. Serie: Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Vol. 1. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2006.
- . *Normas, valores y procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en comunidades indígenas y campesinas en Ecuador y Perú*. Serie: Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Vol. 2. Lima: Instituto de Defensa Legal, 2007.
- BURGOS, Filipo. «Entre la justicia indígena y la ordinaria: dilema aún por resolver.» *Revista Derecho del Estado*, N.- 21, diciembre, 2008: pp. 95-

108. Disponible en: «<http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/494>».
- BURGUETE, Araceli. «Autonomía: la emergencia de un nuevo paradigma en las luchas por la descolonización en América Latina.» En *La autonomía a debate: autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina*, de Miguel Gonzáles y et.al (Coords.), pp. 63-94. Quito: FLACSO, 2010.
- BUSTAMANTE, Jorge. «La justicia como variable dependiente.» En *Temas y problemas de la administración de justicia en México*, de Jorge Bustamante, Jorge Carpizo, Héctor Fix-Zamudio, Sergio García, José Ovalle y Alfonso Quiroz Cuarón, pp. 13-44. México: UNAM, 1981.
- BUSTOS, Juan, y Hernán HORMAZABAL. *Lecciones de Derecho Penal Vol. I. Fundamento del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*. Madrid: Ed. Trotta, 1997.
- . *Lecciones de Derecho Penal Vol. II. Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*. Madrid: Ed. Trotta, 1999.
- CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario jurídico elemental*. Buenos Aires: Ed. Heliasta, 2006.
- CABEDO, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Valencia: Editorial de la UPV, 2004.
- CABELLO, Vicente. *Psiquiatría forense en el derecho penal. Tomo I*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 1982.
- CABODEVILLA, Miguel, y Milagros AGUIRRE. *Una tragedia oculta*. Quito: Fundación Alejandro Labaka, 2013.
- CANALS, Salvador. *Las civilizaciones prehispanicas de América*. Tercera edición. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1973.
- CARNEVALI, Raúl. «El multiculturalismo: un desafío para el derecho penal moderno.» *Política criminal*, N° 3, A6, 2007: pp. 1-28. Disponible en: «[http://www.politicacriminal.cl/n\\_03/a\\_6\\_3.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_03/a_6_3.pdf)».
- CARO, Luis. «El Poder Judicial frente a los conflictos de los pueblos indígenas en Argentina: nuevos desafíos.» En *Cuadernos de Deusto de Derechos Humanos N° 74. Justicia y formas de participación indígena*, de Alexandra Tomaselli, Silvia Ordóñez y Claire Wright (Eds.), pp. 33-48.

- Bilbao: Universidad de Deusto, 2014. Disponible en: «<http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/pdfs/cuadernosdcho/cuadernosdcho74.pdf>».
- CEPAL. *Los Pueblos Indígenas en América Latina. Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*. Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina, 2014. Disponible en: «<http://www.cimi.org.br/pub/lospueblosindigenasenamericalatinacepal.pdf>».
- CESANO, José. «Delito y diversidad cultural: Algunas reflexiones sobre el caso argentino.» *Revista del CESLA, Centro de Estudios Latinoamericanos, Universidad de Varsovia, N° 6*, 2004: pp. 49-70. Disponible en: «[http://revistadelcesla.com/web/files/Archivos\\_6\\_2004/RdC\\_6\\_49-70\\_CESANO.pdf](http://revistadelcesla.com/web/files/Archivos_6_2004/RdC_6_49-70_CESANO.pdf)».
- . «Redes intelectuales y recepción en la cultura jurídico penal de Córdoba (1900–1950).» *Rechtsgeschichte - Legal History*, 2012: pp. 156-169. Disponible en: «[http://data.rg.mpg.de/rechtsgeschichte/rg20\\_156cesano.pdf](http://data.rg.mpg.de/rechtsgeschichte/rg20_156cesano.pdf)».
- CHÁVEZ, Gina, y Fernando GARCÍA. *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*. Quito: Ed. FLACSO, 2004.
- CHIVI, Idón. «El largo camino de la jurisdicción indígena.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturabilidad en Bolivia*, de S. Santos y J. Exeni (Eds.), pp. 275-379. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012.
- CHUQUIMIA, René. «Historia, Colonia y derecho de los pueblos indígenas.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturabilidad en Bolivia*, de S. Santos y J. Exeni (Eds.), pp. 151-200. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012.
- CIEZA DE LEÓN, Pedro de. *Crónica del Perú. El señorío de los Incas*. Caracas: Biblioteca de Ayacucho, 2005.
- CLAVERO, Bartolomé. «Derechos indígenas y constituciones latinoamericanas.» En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, de Mikel Berraondo (Coord.), pp. 313-338. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2006.

- . «Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas.» *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* N° 6., 1994: pp. 61-86. Disponible en: «<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/hisder/cont/6/est/est5.pdf>».
- . «Pronunciamientos indígenas de las constituciones americanas.» *Alertanet-portal de derecho y sociedad*, 2007: Disponible en: «<http://alertanet.org/constitucion-indigenas.htm>».
- Comisión Andina de Juristas. *Marco Jurídico de la Justicia Indígena en los Países Andinos. Módulo Informativo para Autoridades Judiciales*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010.
- CÓNDOR, Eddie (Coord.), Mirva ARANDA, y Leonidas WIENER. *Experiencias de coordinación y cooperación entre sistemas jurídicos en la Región Andina*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010.
- CÓNDOR, Eddie. *Manual informativo para pueblos indígenas. La justicia indígena en los países andinos*. Lima: Comisión Andina Juristas, 2009.
- CONTRERAS, José. «El proceso penal en los pueblos de indios durante la Colonia.» *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, N° 18, 2006: pp. 231-251.
- CORDERO, Macarena. «Las penas y los castigos para la idolatría aplicados en las visitas de idolatría en Lima durante el siglo XVII.» *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [Sección Historia del Derecho Indiano]*, 2010: pp. 351-379.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal. Parte General*. 3ª ed. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1992.
- CUNILL, Caroline. «El indio miserable: nacimiento de la teoría legal en la América colonial del siglo XVI.» *Cuadernos Inter.c.a.mbio sobre Centroamérica y el Caribe*. Vol. 8, N° 9, 2011: pp. 229-248. Disponible en: «<http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/intercambio/article/view/2223>».
- DELACAMPAGNE, Christian. *Racismo y occidente*. Barcelona: Ed. Argos Vergara, 1983.
- DONNA, Edgardo. *Teoría del delito y de la pena, Tomo 2*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1995.

- DOUGNAC, Antonio. *Manual de historia del Derecho Indiano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de investigaciones jurídicas, 1994.
- DUSSEL, Enrique. *1492 el encubrimiento del otro. Hacia el origen del mito de la modernidad*. La Paz, Bolivia: Plural Editores, 1994.
- . *20 tesis de Política*. México: Ed. Siglo XXI, 2006.
- ENCALADA, Karla. «Racismo en la justicia ordinaria.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, de S. Santos y A. Grijalva (Eds.), pp. 185-206. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, 2012.
- ESLAVA, Juan. *Verdugos y torturadores*. Madrid: Ed. Temas de hoy, 1993.
- ESPINOZA, Waldemar. *La civilización Inca*. Madrid: Ed. Istmo, 1995.
- ETCHEBERRY, Alfredo. *Derecho penal. Parte General Tomo I*. Tercera edición. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1999.
- FERNÁNDEZ, Beatriz. «El mito del buen salvaje y su repercusión en el gobierno de las indias.» *Agora*, N.- 8, 1989: 145-150.
- FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y Garantismo*. 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2010.
- . *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Prólogo de Norberto Bobbio*. Madrid: Ed. Trotta, 1995.
- FERRÉ, Juan. «Diversidad cultural y sistema penal.» *Revista Penal*, N° 22, julio, 2008: pp. 33-42. Disponible en: «<http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/article/viewFile/360/351>».
- FIGUERA, Sorily. «La jurisdicción especial indígena y su reconocimiento en el sistema jurídico español.» (Tesis doctoral). Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Administrativo Financiero y Procesal. Universidad de Salamanca, 2011. Disponible en: «[http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/108961/1/DDAFP\\_Figuera\\_Vargas\\_SC\\_LaJurisdicci%c3%b3nEspecial.pdf](http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/108961/1/DDAFP_Figuera_Vargas_SC_LaJurisdicci%c3%b3nEspecial.pdf)».
- FONTAN, Carlos. *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 1998.
- FOUCAULT, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. 2ª ed. Traducido por Aurelio Garzón del Camino. Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2009.

- FRANCIA, Luis. «Pluralidad cultural y Derecho penal.» *Derecho. PUCP*, N° 47, 1993: pp. 493-523.
- FRIEDERICI, Georg. *El carácter del descubrimiento y de la Conquista de América*. Traducido por Wenceslao Roces. México: Fondo de Cultura Económica, 1987.
- GALEANO, Eduardo. *Las venas abiertas de América Latina*. septuagesimosexta edición . México: Ed. Siglo XXI , 2004.
- GALVIS, María, y Ángela RAMÍREZ. *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria*. Washington: Fundación para el Debido Proceso, 2013.
- GARCÍA VITOR, Enrique. «Culturas diversas y sistema penal.» En *Derecho Penal. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, de Sergio García Ramírez (Coord.), pp. 117-177. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2005.
- GARCÍA, Fernando. «Estado del arte del derecho del derecho indígena en Ecuador.» *Revista IIDH, N° 41, Edición especial sobre derecho indígena (Enero-Junio)*, 2005: pp. 151-170. Disponible en: «<http://www.iidh.ed.cr/Publicaciones/Revista41/Derecho%20indigena.pdf>».
- . «Experiencias de dos comunidades de las provincias de Chimborazo y Tungurahua .» En *Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Colombia y Ecuador*, de Eddie Cóndor Chuquiruna (Coord.), pp. 59-110. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2012.
- . *Formas indígenas de administrar justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*. Quito: FLACSO, 2002.
- GARCÍA, Ramiro. «Informe sobre la aplicación del concepto de terrorismo en el Ecuador.» En *Terrorismo y derecho penal*, de Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Christian Steiner (Eds.), pp. 319-319. Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, 2015.
- GARCÍA-PABLOS, Antonio. *Introducción al Derecho Penal*. Madrid: Ed. Ramón Areces, 2005.
- . *Tratado de Criminología*. Tercera edición. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

- GARCILASO DE LA VEGA . *Comentarios Reales I*. Caracas: Biblioteca de Ayacucho, 1986.
- . *Comentarios Reales II*. Caracas: Biblioteca de Ayacucho, 1986a.
- GIMÉNEZ, Gilberto. «Cultura, territorio y migraciones. Aproximaciones teóricas.» *Alteridades*, vol. 11, núm. 22, julio-diciembre, 2001: pp. 5-14. Disponible en: «<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=74702202>».
- GINER, Salvador. *Historia del pensamiento social*. 3ª ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1982.
- GOMES, Luiz. «El principio de legalidad penal y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de la garantía de la "lex populi".» En *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, in memoria*. Vol. I, de Luis Arroyo y Ignacio Berdugo (Eds.), pp. 1027-1055. Cuenca: Eds. de la Universidad de Castilla-La Mancha, Eds. de la Universidad de Salamanca, 2001.
- GÓMEZ, Divinia. «Pueblos indígenas en África.» En *Los derechos indígenas tras la Declaración. El desafío de la implementación*, de Felipe Gómez Isa y Mikel Berraondo (Eds.), pp. 191-205. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013.
- GÓMEZ, Mª del Carmen (Coord.). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2010.
- GÓMEZ, Magdalena. «El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.» En *Pueblos indígenas y derechos humanos*, de Mikel Berraondo (Coord.), pp. 133-152. Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2006.
- GÓNGORA, Mario. *El Estado en el Derecho indiano*. Chile: Ed. Universidad de Chile, 1951.
- GONZÁLES, Jorge. «Una filosofía del derecho indígena: desde una historia presente de las mentalidades jurídicas.» *Boletín Mexicano de derecho Comparado, nueva serie, año XXX, N° 89, mayo-agosto*, 1997: pp. 523-538.
- . «El reconocimiento del derecho indígena en el Convenio 169 de la OIT.» En *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la OIT. IX Jornadas Lascasianas*, de José Rolando Ordoñez (Coord.), pp. 81-97. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.



- GRANJA, Roberto. *Derecho penal en la Audiencia de Quito*. Quito: Fundación Antonio Quevedo. Editora Nacional, 1996.
- GRIJALVA, Agustín. «Del presente se inventa el futuro: justicias indígenas y Estado en Ecuador.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, de S. Santos y A. Grijalva (Eds.), pp. 51-76. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, 2012.
- HÄBERLE, Peter. «Derechos humanos y globalización.» *Contextos 3: publicación del Seminario de Derecho Público de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 2012: pp. 41-58. Disponible en: «<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/context/cont/3/pr/pr1.pdf>».
- HEATH, Joseph, y Andrew POTTER. *Revelarse vende. El negocio de la contracultura*. Traducido por Gabriela Bustelo. Madrid: Ed. Taurus, 2005.
- HILLMANN, Karl-Heinz. *Diccionario enciclopédico de sociología*. Segunda impresión. Barcelona: Ed. Herder, 2005.
- HOBSBAWM, Eric. «Identidad.» *Revista Internacional de filosofía política*, N° 3, 1994: pp. 5-17.
- HUARCAYA, Sergio. *No os embriaguéis...: borrachera, identidad y conversión evangélica en Cacha, Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2003.
- HURTADO, José. «El indígena ante el derecho penal: caso peruano.» En *La ciencia penal en el umbral del siglo XXI*, de Moisés Moreno (Coord.), pp. 29-45. México: Ed. CEPOLCRIM, 2001.
- . «Impunidad de personas con patrones culturales distintos.» *Derecho. PUCP*, N° 49, 1995: pp. 157-167. Disponible en: «[http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi5tc-Zq6zKAhWBQhQKHVXUCEAQFggfMAA&url=http%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5085277.pdf&usg=AFQjCNFLzxiMioe5cQPzGOoD0o\\_65O6RRg&sig2=enZ](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwi5tc-Zq6zKAhWBQhQKHVXUCEAQFggfMAA&url=http%3A%2F%2Fdialognet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5085277.pdf&usg=AFQjCNFLzxiMioe5cQPzGOoD0o_65O6RRg&sig2=enZ)».
- ILAQUICHE, Raúl, y Lourdes TIBÁN. *Manual de administración de justicia indígena en el Ecuador*. Cotopaxi: Ed. Fudeki, 2004.
- IÑESTA, Emilia. «Antecedentes históricos-jurídicos del Código Penal chileno de 1874.» En *Derecho, Instituciones y Proceso Historicos: XIV Congreso*

- del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Tomo III*, de José de la Puente y Jorge Guevara (Eds.), pp. 203-242. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2008.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Traducido por Joaquin Contreras y José Serrano. Madrid: Ed. Marcial Pons, 1995.
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Principios de derecho penal: la ley y el delito*. Buenos Aires: Ed. Sudamericaba, 1997.
- . *Tratado de Derecho penal, Tomo I*. 3ª ed. Buenos Aires: Ed. Losada, 1964.
- JIMÉNEZ DE LA ESPADA, Marcos. *Tres relaciones de Antigüedades peruanas*. Madrid, 1979.
- JIMÉNEZ, Fco. Javier. «El proceso penal de los Pueblos indígenas de Latinoamérica: Una visión desde Europa .» *Revista Sistemas Judiciales*, N° 12, 2007: pp. 16-41.
- KELSEN, Hans. *¿Qué es la justicia?* Editado por Trad. Ernesto Garzón Valdés. México: Distribuciones Fontamara, 1991.
- KREIMER, Osvaldo, y Viviana FIGUEROA. *Los derechos de los pueblos indígenas explicados para todas y para todos*. Buenos Aires: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2008.
- KROTZ, Esteban. «Sociedades, conflictos, cultura y derecho desde una perspectiva antropológica.» En *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, de Esteban Krotz (Ed.), pp. 13-49. Barcelona: Anthropos Editorial, 2002.
- KUPPE, René, y Richard POTZ. «La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro.» En *Antropología jurídica*, de José Ordoñez (Coord.), pp. 9-45. México: IJJ/UNAM, 1995.
- KYMLICKA, Will. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*. Barcelona: Ed. Paidós, 1996.
- LAS CASAS, Bartolomé de. *De las Antiguas Gentes del Perú*. 1948.
- LAS HERAS, José de. *La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla*. Salamanca: Ed. Universidad de Salamanca, 1991.
- LETÉLIER, Valentín. *Génesis del Dercho*. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1967.

- LEVENE, Ricardo. *Manual de Historia del Derecho argentino*. Buenos Aires: Depalma, 1969.
- LLANO, Hernando. «La Minga: una democracia telurica en movimiento.» En *Los movimientos sociales en la construcción del Estado y de la nación intercultural*, de David BONDIA y Manuel MUÑOZ, pp. 113-142. Barcelona: Ed. Huygens, 2011.
- LLÁSAG, Raúl. «Movimiento indígena del Ecuador a partir del siglo XX: visibilizando el resurgir, sus avances y retrocesos.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, de S. Santos y A. Grijalva (Eds.), pp. 83-156. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, 2012.
- LLOBET, Javier. *Derechos humanos y justicia penal*. Costa Rica: Poder Judicial, 2007. Disponible en: «[http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuela-judicial/documentos/penal/5\\_Libro%20Derechos%20Humanos%20Justicia%20Penal.pdf](http://sitios.poder-judicial.go.cr/escuela-judicial/documentos/penal/5_Libro%20Derechos%20Humanos%20Justicia%20Penal.pdf)».
- LÓPEZ DE GÓMARA, Francisco. *Historia General de las Indias y vida de Hernán Cortéz; prólogo y cronología Jorge Gurria Lacroix*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 1999.
- LÓPEZ, Patricio. «Cóndición jurídica del indígena americano en hispanoamérica durante los siglos XVI y XVII.» *Fuego y Raya*, vol. 2, N° 4, 2012: pp.123-149. Disponible en: «<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4065644>».
- LUMIA, G. *Principios de teoría e ideología del derecho*. Traducido por A. Ruiz. Madrid: Ed. Debate, 1982.
- MAINE, Henry. *El Derecho antiguo*. Madrid: Escuela Tipográfica del Hospicio, 1893.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. 6ª ed. Barcelona: Ed. Ariel, 1982.
- MALO, Claudio. «Cultura e interculturalidad.» En *Justicia indígena. Aportes para un debate*, de Judith Salgado (Comp.), pp. 15-22. Quito: Ed. Abya Yala, 2002.
- MARIÁTEGUI, José. *7 ensayos de interpretación de la realidad peruana*. Tercera edición con correcciones y adiciones de nuevos textos. Venezuela: Fundación Biblioteca de Ayacucho, 2007.

- MARÍN, Ma. Isabel. «El castigo ejemplar a los indígenas en la época de José de Gálvez en el Virreinato de Nueva España.» Editado por Departamento de Ciencias Históricas. Universidad de Chile. *Cuadernos de Historia*, N° 31, Septiembre 2009: pp. 27-43.
- MARTÍ, José. *Nuestra América*. Tercera edición. Caracas: Fundación Biblioteca de Ayacucho, 2005.
- MARTÍN, José. *¿Para qué servimos los jueces?* Madrid: ED. Catarata, 2010.
- MARTÍNEZ COBO, José. «Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas.» Documento de Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8, 1983.
- MARTÍNEZ, Esperanza. «Prólogo.» En *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, de Alberto Acosta y Esperanza Martínez (Comps.), pp. 7-23. Quito: Ed. Abya-Yala, 2011.
- MATA, Ricardo. «Delitos y Penas en el Nuevo Mundo.» *Revista de Estudios Colombinos*. N° 6, junio 2010: pp. 65-81.
- MATHIESEN, Thomas. *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*. Traducido por Amanda Zamuner. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2003.
- MAYER, Max Ernest. *Normas Jurídicas y Normas de Cultura*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi, 2000.
- MELOSSI, Dario, y Massimo PAVARINI. *Cárcel y Fábrica los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Quinta edición. México: Ed. Siglo veintiuno, 2005.
- MENDOZA, Marco. «Experiencias de justicia indígena en el departamento de Oruro-Bolivia.» En *Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Bolivia y Perú*, de Eddie Córdor (Coord.), pp. 11-67. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010.
- MEZGER, Edmund. *Derecho Penal. Libro de estudio. Parte general*. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.
- MIQUEL, Joan. *Curso de Derecho Romano*. Barcelona : Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1987.
- MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 9ª ed. Barcelona: Ed. Reppertor, 2011.
- . *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ed. Ariel, 1994.

- MONTEMAYOR, Carlos. «Los indígenas de México.» En *Derechos indígenas y elecciones*, de Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, pp. 11-30. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Carlota Armero, 2003.
- MUÑOS CONDE, Francisco. *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. Estudios sobre el Derecho penal en el Nacionalsocialismo*. Cuarta edición. Valencia: Tirant lo blanch, 2003.
- . «Recensión del libro ROXIN, Claus, Derecho penal, Parte General, tomo II, Especiales formas de aparición del delito, Civitas/Thomson Reuters, 2014.» *Revista de Derecho*, N° 17, 2014: pp. 203-205. Disponible en: «<http://www.lamjol.info/index.php/DERECHO/article/viewFile/1928/1730>»
- . «De nuevo sobre el «derecho penal del enemigo».» *Revista Penal*, 2005: pp. 123-137.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, y Mercedes GARCÍA ARÁN. *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2010.
- NINO, Carlos Santiago. *Los límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1980.
- NUÑEZ DEL ARCO, Francisco. *El Ecuador y la Alemania nazi. Los secretos de una relación ocultada*. Quito, 2013. Disponible en: «<https://coterraneus.files.wordpress.com/2014/04/el-ecuador-y-el-tercer-reich.pdf>».
- OIT. *Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica: una guía sobre el convenio núm. 169 de la OIT / Organización*. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo, 2009.
- ONU. *Informe sobre el desarrollo humano 2004. La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*. New York : Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2004.
- ORDÓÑEZ, José. «Conceptualizaciones jurídicas en el Derecho Internacional Público moderno y la Sociología del derecho: "indio", "pueblo" y "minorías".» *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm.3, Antropología Jurídica*, 1995: pp. 47-86.
- . «Restitución de la armonía cósmica. Propuesta jurídica de los pueblos originarios de Abya Yala.» *Crítica Jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, N.-30, 2010: pp. 37-85. Disponible en: «<http://revistas.unam.mx/index.php/rcj/article/view/35460>».

- OTS, José. *El Estado Español en las Indias*. Cuarta edición. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1965.
- PACARI, Nina. «Pluralidad jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida.» En *Justicia indígena. Aportes para un debate*, de Judith Salgado (Comp.), pp. 83-89. Quito: Ed. Abya Yala, 2002.
- PARADA, Gilberto. «Orden y revolución en la ley penal colombiana (1819-1837). Un debate historiográfico.» *Anuario colombiano de historia social y de la cultura*, Vol 36, N° 2, 2009: pp. 177-206. Disponible en: «<http://www.bdigital.unal.edu.co/21834/1/18357-59470-1-PB.pdf>».
- PÁSARA, Luis. *El uso de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- PEASE, Fránklin. *Los Incas. Una introducción*. Segunda edición. Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica de Perú, 1992.
- PEÑA, Guillermo de la. «Costumbre, ley y procesos judiciales en la antropología clásica: apuntes introductorios.» En *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, de Esteban Krotz (Ed.), pp. 51-68. Barcelona: Anthropos Editorial, 2002.
- PERAFAN, Carlos. *Sistemas Jurídicos Tukano, Chamí, Guambiano, Sikuani*. Bogotá: Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Colciencias, 2000.
- PÉREZ, Carlos. *Justicia indígena*. Cuenca: Universidad de Cuenca, 2010.
- POLAINO-ORTS, Miguel. *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*. Barcelona: Ed. Bosch, 2009.
- POMA DE AYALA, Guamán. *Nueva coronica y buen gobierno*. Vol. I. México: Biblioteca de Ayacucho, 1989.
- . *Nueva coronica y buen gobierno*. Vol. II. México: Biblioteca de Ayacucho, 1989a.
- POVEDA, Carlos. «Jurisdicción Indígena. Reconocimiento de Derechos, exigibilidad de obligaciones.» *Revista FORO N° 8, UASB-Ecuador, Corporación Editora*, 2007: pp. 179-189.
- . «La Cocha: 2002-2010. Retrocesos en un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente,

- unitario, intercultural, plurinacional y laico.» *Novedades Jurídicas*, Año VII, N° 49, julio, 2010: pp. 6-14.
- PRESCOTT, Guillermo. *Historia de la conquista del Perú, con observaciones preliminares sobre la civilización de los incas*. Madrid: Imprenta y librería de Gaspar y Roig, Editores, 1851.
- QUIJANO, Aníbal. *De Indio a Campesino. Cambios en la Estructura Social del Perú Colonial*. Lima: CISEPA/PUCP, 1974.
- QUIJANO, Arturo. *Ensayo sobre la evolución del derecho penal en Colombia*. Bogotá: Imprenta de Medardo Rivas, 1898.
- Recopilación de leyes de los reinos de las Indias. Mandadas a imprimir y publicar por la magestad católica del Rey Don Carlos II*. 5ª ed. Madrid: Ed. Boix, 1841.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso. *Imputabilidad*. Bogota: Ed. Temis, 1997.
- . *Inimputabilidad*. Bogotá: Ed. Temis, 1989.
- RICO, José. *Crimen y justicia en América Latina*. 5ª ed. México: Ed. Siglo XXI, 1998.
- RIGHI, Esteban. *La culpabilidad en materia penal*. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 2003.
- RIVA-AGÜERO, José de la. *Estudios de historia peruana. Las civilizaciones primitivas y el Imperio incaico*. Lima: Publicaciones del Instituto Riva-Agüero, 1966.
- RIVERA, Eliana. «Experiencias de justicia indígena en el departamento de Cusco-Perú.» En *Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Bolivia y Perú*, de Eddie Córdor (Coord.), pp. 69-106. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2010.
- RIVERA, Iñaki. «Historia y legitimación del castigo ¿Hacia dónde vamos?» En *Sistema penal y problemas sociales*, de Roberto Bergalli (Coord.), pp. 83-126. Valencia: Ed. Tirant lo blanch, 2003.
- ROA, Jorge. «Pluralismo jurídico y mecanismos de coordinación entre los sistemas de justicia indígena y el sistema nacional de justicia en Colombia.» *Derecho del Estado* N° 33, *Universidad Externado de Colombia*, julio-diciembre, 2014: pp. 101-121.
- ROCHER, Guy. *Introducción a la Sociología general*. Barcelona: Ed. Herder, 1990.

- RODRÍGUEZ, Leonardo. «Sobre el fundamento de los Derechos Humanos.» *Salmaticensis. N.- 43*, 1996: pp. 51-64.
- RODRÍGUEZ, Luis. *Criminología*. México: Ed. Porrúa, 1981.
- ROHRMOSER, Rodolfo. «La operatividad del Convenio 169 de la OIT en el derecho interno guatemalteco.» En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Tomo II*, de Jan Woischnik (Ed.), pp. 779-796. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- ROMERO, Nelson. «Experiencias de justicia indígena en el departamento del Tolima-Colombia.» En *Normas, procedimientos y sanciones de la justicia indígena en Colombia y Ecuador*, de Eddie Cóndor Chuquiruna (Coord.), pp. 11-58. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2012.
- ROSTWOROWSKI, María. *Historia del tahuantinsuyu*. Perú: Instituto de Estudios Peruanos, 1988.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte General Tomo I*. Madrid: Ed. Civitas, 1997.
- . *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Traducido por Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Valencia: Ed. tirant lo Blanch alternativa, 2000.
- RUIZ, Juan. «La justicia comunitaria en la jurisprudencia peruana: entre el acceso a la justicia y la autodeterminación.» En *Justicia intercultural en los países andinos. Contribuciones para su estudio*, de Aníbal Gálvez y Cecilia Serpa (Eds.), pp. 312-342. Lima: Red Andina de Justicia de Paz y Comunitaria, 2013.
- RUIZ, Oswaldo. «La justicia indígena en el Ecuador: Pautas para una compatibilización con el derecho estatal.» En *Aportes andinos sobre derechos humanos. Investigaciones monográficas*, de César Gamboa, Oswaldo Ruiz, Mirian Masaquiza, Laura Carreño, Lourdes Camacho y Rodrigo Trujillo, pp. 53-92. Quito: Ed. Abya Yala, 2005.
- SAMBUC, Boël. «La justicia frente a la diversidad cultural: reflexiones sobre la tentación culturalista en derecho penal.» En *Sistema de control penal y diferencias culturales. Anuario de Derecho Penal 2010*, de José Hurtado (Dir.), pp. 173-202. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.



- . «Los peligros del relativismo cultural.» En *Derecho penal y pluralidad cultural. Anuario de Derecho Penal 2006*, de José Hurtado (Dir.), pp. 258-271. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007.
- SANCHEZ, Esther. «Derecho indígena y Derecho oficial: principales problemas y algunas pautas de coordinación para Oaxaca.» En *Justicia y pueblos indígenas*, de Fundación para el Debido Proceso Legal, pp. 29-33. Oaxaca: Carteles Editores, 2005.
- . «Reflexiones en torno a la jurisdicción especial indígena en Colombia.» *Revista IIDH, N.- 41. Edición especial sobre derecho indígena (Enero-Junio)*, 2005: pp. 225-251. Disponible en: «<http://www.iidh.ed.cr/Publicaciones/Revista41/Derecho%20indigena.pdf>».
- SÁNCHEZ, Pamela, y Roxana CHOQUE. *Investigación social y asesoramiento legal Potosí (ISALP)*. Potosí-Bolivia: Talleres Gráficos KIPUS, 2011.
- SÁNCHEZ-ARCILLA, José. «En torno al Derecho indiano vulgar.» *Cuadernos de Historia del Derecho N° 1*, 1994: pp. 13-24.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. «Cuando los excluidos tienen derecho: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, de S. Santos y A. Grijalva (Eds.), pp. 13-50. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala, 2012.
- . «Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes.» En *Pluralismo epistemológico*, de León Olivé, y otros, pp. 31-84. La paz: CLACSO - Muela del Diablo Editores- Comunas - CIDES - UMSA, 2009.
- SANZ, Nieves. «Diversidad cultural y política criminal. Estrategias para la lucha contra la mutilación genital femenina en Europa (especial referencia al caso español).» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2014: pp. 11:1-11:49. Disponible en: «<http://criminet.ugr.es/recpc/16/recpc16-11.pdf>».
- SARRULLE, Oscar. *Dogmática de la culpabilidad*. Buenos Aires: Ed. Universitaria, 2001.
- SEMPER, Frank. «Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.» En *Anuario de Derecho*

- Constitucional Latinoamericano, Tomo II*, de Jan Woischnik (Ed.), pp. 761-778. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- SILVEIRA, Héctor. «La exclusión del otro y la democracia de las diferencias.» En *El límite de los derechos*, de AA.VV., pp. 133-163. Barcelona: Ed. EUB, 1996.
- SOBERO, Yolanda. *Conflictos étnicos: el caso de los pueblos indígenas*. Tesis Doctoral, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1997.
- SOBREVILLA, David. «En torno al pluralismo jurídico: Sobre el derecho de los pueblos indígenas latinoamericanos.» *Revista de Estudios filosóficos. Universidad de Antioquia*, 2008: pp. 109-125. Disponible en: «[http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/estudios\\_de\\_filosofia/article/view/12878/11597](http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/estudios_de_filosofia/article/view/12878/11597)».
- SOLER, Sebastián. *Derecho Penal Argentino. Tomo I*. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina "tea", 1992.
- SORIANO, María. «El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina.» *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 2012: pp. 183-213. Disponible en: «<http://universitas.idhbc.es/numero16.htm>».
- SORUCO, Ximena. *Apuntes para un Estado plurinacional*. La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2011.
- SOTOMAYOR, Juan. «La responsabilidad penal del indígena en Colombia. Entre el mundo real y un mundo posible.» *Jueces para la democracia*, N° 26, julio, 1996: pp. 89-96.
- STAVENHAGEN, Rodolfo. «¿Es posible una nación multicultural?» En *Los Retos de la etnicidad en los estados-nación del siglo XXI*, de Leticia Reina (Coord.), pp.325-347. México: CIESAS/INI/Porrúa, 2000.
- . «Cómo hacer que la Declaración de los Derechos Indígenas sea efectiva.» *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos*, 2010: pp. 141-169.
- . «Derecho consuetudinario indígena en América Latina.» En *Entre la ley y la costumbre: el derecho consuetudinario indígena en América Latina*, de Rodolfo Stavenhagen y Diego Iturralde (Comp.), pp. 27-46. México: Instituto Indigenista Interamericano/Instituto Interamericano de Derechos Humanos., 1990.

- . «Derecho internacional y derechos indígenas.» En *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, de Esteban Krotz (Ed.), pp. 171-209. Barcelona: Ed. Anthropos, 2002.
- . «Introducción al derecho indígena.» En *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. I Jornadas Lascasianas: Derechos humanos de los pueblos indígenas*, de Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 303-316. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1991.
- . «Las identidades indígenas en América Latina.» *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos*, 2010: pp. 171-189.
- . «Los derechos Humanos en las Américas: Nuevos desafíos.» En *Los Derechos Humanos en las Sociedades Contemporáneas*, de Gloria Ramírez (Coord.), pp. 21-38. México: Ed. Nuevo León, 2008.
- STRUENSEE, Eberhard, y Julio MAIER. «Introducción.» En *Las reformas procesales penales en América Latina*, de Julio MAIER, Kai AMBOS y Jan WOISCHNIK (Coords.), pp. 17-34. Argentina: Ed. Ad Hoc, 2000.
- SUÁREZ, Miguel. «La situación jurídica del indio durante la conquista española en América. Una visión de la incipiente doctrina, y legislación de la época tendiente al reconocimiento de derechos humanos.» *Revista de la Facultad de Derecho de México*, N° 242, 2004: pp. 229-260.
- SUAY, Celia. *Introducción al Derecho Penal Sustantivo y Procesal*. 2ª ed. Barcelona: Grupo Artyplan-Artymprés, S.A, 2000.
- TAMBURINI, Leonardo. «La jurisdicción indígena y las autonomías indígenas.» En *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturabilidad en Bolivia*, de S. Santos y J. Exeni (Eds.), pp. 249-270. La Paz: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012.
- TAU, Víctor. *¿Qué fue el derecho indiano?* Argentina: Ed. Abeledo-Perrot, 1982.
- TAU, Víctor, y Eduardo MARTIRE. *Manual de historia de las instituciones argentinas*. Séptima Edición. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005.
- TAYLOR, William. *Cristóbal Colón*. Barcelona: Ed. Dalmau Socías, 1989.
- TEMOCHE, Patricia. *Breve historia de los Incas*. Madrid: Ediciones Nowtilus, S.L., 2007.
- TODOROV, Tzvetan. *La conquista de América. El problema del Otro*. 9ª edición. México: Ed. Siglo XXI, 1998.

- TOMAS Y VALIENTE, Francisco. *El Derecho penal de la Monarquía absoluta (Siglos XVI-XVII-XVIII)*. Madrid: Ed. Tecnos, 1969.
- . *Manual de historia del derecho español*. Cuarta edición. Madrid: Ed. Tecnos, 1983.
- VARELA, Consuelo. «La vida en la colonia durante el virreinato colombino.» En *Congreso Internacional Cristóbal Colón 1506-2006. Historia y Leyenda*, de Consuelo (Coord.) VARELA, pp. 257-273. España: Ed. Adalid Seráfico, 2006.
- . *La caída de Cristóbal Colón: el juicio de Bobadilla*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2006a.
- VARGAS, Luis. «La nacionalidad Achuar del Ecuador.» En *Identidades indias en el Ecuador contemporáneo*, de José Almeida (Coord.), pp. 23-45. Quito: Ed. Abya Yala, 1995.
- VELÁSQUEZ, Fernando. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Bogotá: Ed. Temis, 1995.
- VILLEGAS, Myrna. «Entre la exculpación y la justificación. Apuntes de legislación comparada latinoamericana sobre pluralismo jurídico y derecho penal.» *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile*. Vol. XXV, N°2, 2012: pp. 177-205. Disponible en: «<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art08.pdf>».
- VILLORO, Luis. *Estado plural, pluralidad de culturas*. México: UNAM/Paidós, 1998.
- VITALE, Gustavo. «Estado constitucional de Derecho y Derecho Penal.» En *Teorías actuales en el derecho penal*, de VV.AA, pp. 71-130. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc, 1998.
- VON LISZT, Franz. *La idea de fin en el derecho penal*. Primera reimpresión. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.
- WELZEL, Hans. *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Traducido por José Cerezo Mir. Buenos Aires: Ed. B de F, 2004.
- . *Teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1951.
- YRIGOYEN, Raquel. «El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización.» En *El derecho en América*

- Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, de César Rodríguez (Coord.), pp. 139-160. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- . «Hacia una jurisprudencia pluralista.» En *Anuario de derecho penal*, de José Hurtado Pozo (Dir.), pp. 377-415. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad de Friburgo, Suiza, 2007.
- . *Litigio estrategico en Derechos Indígenas. La experiencia de la Comunidad Nativa "Tres Islas" Madre de Dios-Perú*. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad-IIDS, 2013.
- . *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Guatemala: Fundación Myrna Mack, 1999.
- . «Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos.» *EL OTRO DERECHO*, N° 30, ILSA, Bogotá, junio, 2004: pp. 171-195.
- . «Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador).» *Revista Pena y Estado*, N° 4, Ed. el Puerto, Buenos Aires, 2000: Disponible en: «[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080527\\_43.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_43.pdf)».
- . «Retos para construir una juridicidad pluricultural (Balance de los Proyectos de Ley sobre el art. 149 de la Constitución).» *ALERTANET-Portal de derecho y sociedad*, febrero 2001: Disponible en: «[http://www.alertanet.org/ryf-proyectos.htm#\\_edn8](http://www.alertanet.org/ryf-proyectos.htm#_edn8)».
- YRURETA, Gladys. *El indígena ante la ley penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1981.
- ZABALLA, Ana de. «Del Viejo al nuevo mundo. Novedades jurisdiccionales en los tribunales eclesiasticos ordinarios en Nueva España.» *Los indios ante los foros de justicia religiosa*, 2010: pp. 17-46.
- ZAFFARONI, Eugenio. «La influencia del pensamiento de Cesare Beccaria sobre la política criminal en el mundo.» En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 42, pp. 521-551. Madrid, 1989.
- . *Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo I*. Buenos Aires: Ed. Ediar, 1998.

- . *Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo IV*. Buenos Aires: Ed. Ediar, 1999.
- . *Códigos penales de los países de América Latina*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2000.
- . «Prólogo.» En *Juicio a la prisión. Una evaluación crítica*, de Thomas Mathiesen, pp. 11-25. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2003.
- . «Presentación del Anteproyecto de Código Orgánico de Garantías Penales del Ecuador.» En *Anteproyecto de Código Organico de Garantías Penales. La constitucionalización del derecho*, de Ramiro Ávila (Coord.), pp. 11-19. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- . *La Pachamama y el humano*. Buenos Aires: Ed. Madres de Plaza de Mayo, 2011.
- . *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio, Alejandro SLOKAR, y Alejandro ALAGIA. *Derecho Penal. Parte General*. 2ª ed. Buenos Aires: Ed. Ediar, 2002.
- . *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2005.
- ZAFFARONI, Eugenio, y Guido CROXATTO. «El pensamiento alemán en el derecho penal argentino.» *Rechtsgeschichte - Legal History*, 2014: pp. 192-212. Disponible en: «[http://data.rg.mpg.de/rechtsgeschichte/rg22\\_192zaffaroni.pdf](http://data.rg.mpg.de/rechtsgeschichte/rg22_192zaffaroni.pdf)».
- ZAMBRANO, Patricia. «Sistemas penales comparados: teoría del error.» *Revista Penal*, N° 20, 2007: pp. 187-234.