

El fenómeno criminológico y la pena indígena

Ab. Marcelo Icaza Díaz

1. Introducción

Antes de abordar el fenómeno criminológico indígena, considero oportuno el encontrar una definición de derecho indígena que abarque sus principales características; por tanto que conceptualice la esencia del mismo, englobando los principales lineamientos que lo diferencian del derecho ordinario o común.- La doctrina, principalmente el autor Herinaldy Gómez Valencia ha definido al derecho indígena de la siguiente forma:

“Derecho indígena es una denominación académica generalizada en la literatura antropológica latinoamericana desde la década de 1970 que se distancia de la acepción derecho primitivo, acuñada en la década de 1930 por la antropología clásica eurocentrista; mientras esta última concibió el derecho de sociedades no occidentales contemporáneas como un derecho distante del occidental, constituido al margen de las relaciones que dieron origen a los Estados nacionales, al derecho positivo y a la ley escrita, la acepción derecho indígena se ha ido modificando hasta concebirlo como un derecho ancestral transformado y dinámico producido en el contexto histórico de las relaciones con la sociedad occidental y la formación de los Estados nacionales, como un derecho tridimensional constituido, conflictivamente, por el derecho propio, el nacional y el internacional”¹.

Bajo esta exposición conceptual, se puede afirmar que la justicia penal indígena es una forma de administración de justicia independiente, y paralela a la del derecho ordinario, que se forja sin necesidad de derecho escrito o de un Estado

¹ GOMEZ, Herinaldy, *“Representaciones legales de la alteridad indígena”*, Colombia, 2008, Ed. Universidad del Cauca, ps.208

que lo reconozca; nace del seno de las comunidades indígenas, respetando la sabiduría ancestral, cuyos procedimientos y sanciones buscan restaurar el armonía o la paz de la comunidad.

La definición otorgada al derecho indígena abarca criterios no solo jurídicos, sino que es creada por aspectos antropológicos, criminológicos, sociológicos e históricos que lo convierten en un derecho concebido conforme a las necesidades que enfrenta la comunidad. Por tanto, el derecho indígena no es un derecho estático, está en constante renovación y transformación, es evolutivo, crea nuevas soluciones, asume experiencias e inclusive genera normas a través de su derecho consuetudinario, siempre que sean válidas para resolver sus conflictos.

2. Fenómeno criminológico indígena.

La cuestión criminológica indígena o fenómeno criminológico indígena como lo he catalogado, ha sido objeto de discusión por algunas décadas, debido a que nos encontramos ante dos posturas divididas, por un lado están las teorías criminológicas que consideran que el indígena debe ser inimputable por ser inmaduro psicológicamente e inferior al resto de la sociedad; y, por otro lado las posturas que enfocan el factor criminológico indígena desde el punto de vista de la pluralidad y diversidad cultural; este último criterio más evolucionado nos lleva obligatoriamente a definir una cosmovisión completamente distinta del derecho penal.

En una primera postura el autor Baraona Becerra en su obra sobre la cuestión criminal indígena explica que: “*la solución se inclinaba a declarar al indígena como inimputable*”², situación que a mi criterio iba a generar una serie de conflictos debido a que podía provocar la impunidad de los delitos cometidos por los indígenas. Voy a tomar el ejemplo de Colombia, donde el legislador desde principios de 1980 vio la necesidad de regular de manera especial las conductas

² BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, “Teratologización y Penalización: los fundamentos ideológicos de respresnetación del indígena en la sociedad y justicia colombiana”, editado y compilado por Herinaldy Gómez Cristobal Gnecco, (representaciones legales de la alteridad indígena), Colombia, 2008, Ed. Universidad del Cauca, ps.107

delictivas de los indígenas, quienes por ser considerados diferentes debían ser juzgados de manera distinta que el resto de la población, “*el anteproyecto de 1974 sostenía la inimputabilidad del indígena en una norma penal especial, independientemente de las categorías de trastorno mental e inmadurez psicológica, pero limitando esta calificación del sujeto a las circunstancias particulares del caso.- El proyecto de 1976, en cambio, estableció una presunción general: todos los indígenas no integrados a la colectividad debían ser considerados como inimputables*”³, reflexiones que a pesar de ser bien intencionadas, a mi criterio no encontraban una solución concreta, debido a que el Estado no puede promover la inimputabilidad de un ciudadano basado exclusivamente en la inmadurez psicológica por el entorno social en el cual se desarrolló, sin que exista un estudio antropológico sobre los factores culturales que lo asechan.

La inimputabilidad de una persona está desarrollada por la culpabilidad dentro de la teoría del delito, y apunta sobre aquellas personas que no han podido comprender la criminalidad de su acto, Kalinsky advierte “*Las causas de inimputabilidad están previstas en caso de que, entre cosas, la persona no sea “normal” pues, como se nos dijera en más de una oportunidad, se legisla para gente en sus cabales*”⁴, el indígena por el solo hecho de ser indígena no deja de ser una persona normal y en sus cabales, simplemente tiene una cosmovisión distinta, la misma que al momento de ser juzgado necesariamente se debe tomar en cuenta como parte de su criminología, la cual va más allá de una imputabilidad mal concebida, rasga en factores culturales, antropológicos y sociales.

En el tema que compete al presente trabajo resulta necesario exponer los criterios de la escuela positivista de la criminología, ya que las teorías sobre la inimputabilidad dentro del fenómeno criminológico indígena a mi forma de entender son un rezago de ésta corriente de pensamiento. En la escuela positivista en oposición a la escuela clásica, que se preocupó de estudiar y

³ BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, Op. cit. Ps. 108

⁴ KALINSKY, Beatriz, “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, BAIGÚN David (Dir), “Pena y Estado, Justicia Criminal en las comunidades indígenas”, Editores del puerto, Buenos Aires 1999, pág. 33.

analizar principalmente las causas y los efectos del delito, se enfocaron en analizar al autor de los ilícitos, es decir en desarrollar un derecho penal de autor y no de acto. Por medio de un estudio de la persona “delincuente” buscaron encontrar las posibles causas que justifiquen su accionar injusto. Adicionalmente esta escuela negó completamente el libre albedrío de los individuos para escoger conductas lícitas o ilícitas, basándose en que el delincuente ya estaba sentenciado como tal por factores sociológicos antropológicos y psicológicos.

Esta postura comparada con la inimputabilidad del indígena guarda similitudes. Históricamente desde el tiempo de la colonización de América, se le catalogó al indígena de manera arbitraria hasta absurda como un ser inferior al europeo o blanco; y, acorde a lo expuesto incluso se lo debía considerar inimputable por causa de su inmadurez psicológica; algo similar a lo que sostenía Cesare Lombroso sobre la naturaleza del delincuente previo haber analizado su cráneo, descrito en las siguientes palabras: “... *un ser atávico que reproduce en su persona los instintos feroces de la humanidad primitiva y los animales inferiores. Las manifestaciones eran las mandíbulas enormes, los pómulos altos, los arcos superciliares prominentes, las líneas aisladas de la palma de la mano, el tamaño excesivo de las órbitas, las orejas en forma de asa que se encuentran en criminales, salvajes y monos, la insensibilidad al dolor, la visión extremadamente aguda, tatuajes, indolencia excesiva, afición a las orgías, y la búsqueda irresistible del mal por el mal mismo, el deseo de no solo quitar la vida a la víctima, sino también de mutilar el cadáver, rasgar la carne y beber la sangre*”⁵, definición que de acuerdo a la teoría de la inimputabilidad indígena reflejaba aspectos similares a lo que se vive dentro de las comunidades indígenas.

Se confunde las costumbres ancestrales con una forma primitiva de vivir, además de ello se suma los cordones de pobreza que rayan en la miseria en la que se ven inmersas estas poblaciones, lo que provoca una falta de educación que más allá de ser un problema social, es un forma aceptada de sobrevivencia por parte de los

⁵ TAYLOR, Ian – WALTON, Paul – YOUNG, Jock: “La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada”, Amorrortu, Buenos Aires, 1977, p. 59.

indígenas; donde las costumbres que emanan del derecho consuetudinario de los pueblos tienen un concepto distinto sobre la familia, educación, dinero, trabajo, entre otros aspectos. Julio César Trujillo, jurista ecuatoriano defensor de los derechos de los indígenas con relación a las costumbres de las poblaciones indígenas advierte: *“todas las comunidades de ahora y de siempre viven el devenir de Heráclito en el que la unidad brota de la diversidad, es decir la comunidad es la misma y quiere preservarse como tal, diferente de las otras comunidades y para ello se renueva constantemente mediante la eliminación de lo que no le sirve o le perjudica, sea porque le impide avanzar o sea porque le degrada, y/o mediante la adopción de nuevos elementos que nacen de su propia experiencia o de la experiencia de los otros con los que mantiene contactos, no forzosamente pacíficos; elementos todos que le permiten sobrevivir y avanzar sin dejar de ser ella misma”*⁶; que si bien es una fuente normativa distinta a las de vida, donde se han rescatado otros valores que alimentan a la propia población generando una cosmovisión distinta de vida, sin que los actos ilícitos que son costumbres aceptadas en los pueblos indígenas sean producto de la inmadurez psicológica.

Continuando con la similitud de la inimputabilidad del indígena por inmadurez con relación a la escuela positivista, se debe citar a Garófalo quien va un poco más allá, pues estudia al delincuente dentro de su plano psicológico, ahonda sobre la teoría de que el delito es una infracción hacia los sentimientos colectivos de una sociedad, y que los mismos debían ser reivindicados con la pena. En lo concerniente a su estudio sobre las características del delincuente, existe mucha similitud con la postura de inferioridad del indígena con relación al resto, debido a que el delincuente no era un enfermo mental como lo veía Lombroso sino que su falencia era psíquica y moral, la misma que consistía en variaciones psíquicas a causa de las transmisiones hereditarias por parte de padres a hijos de razas inferiores con relación a las civilizaciones modernas, estas colectividades las

⁶ TRUJILLO, Julio César, *“Administración de Justicia Indígena”*, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/540/1/RAA-02-Trujillo>

llamaba tribus degenerativas ya que consideraba que se iba en contra de la razón moderna que era el pilar de las sociedades modernas, infundiendo el temor hacía el resto por la peligrosidad que representaban estos individuos por ser de razas inferiores, poniendo en peligro la integridad de los valores colectivos⁷.

Es una teoría que se adapta a la corriente de inimputabilidad por inmadurez ya que lamentablemente en la región el indígena siempre fue tratado como un ser inferior, mucho se debe al sometimiento que fue objeto desde que los europeos llegaron al continente, donde sus pueblos han sido tratados como tribus incivilizadas ajenas a la modernidad, que incluso representaban un peligro para la sociedad por lo que se fomentó la eliminación de la raza indígena principalmente en el sur del continente, sin considerar o respetar la diversidad cultural existente.

Por otro lado como antítesis a la teoría de la inimputabilidad indígena, existe la postura que defiende el tratamiento criminal del indígena acorde a la cosmovisión de sus pueblos y comunidades, las cuales negándose a la colonización –situación admirable desde todo punto de vista- han optado por continuar sus prácticas ancestrales, no como una forma de generar anarquía, por el contrario identificándose como poblaciones originarias regidas por el derecho natural. Ya lo dice Sánchez Botero *“la aplicación de la justicia propia implica una lucha, una disputa por un equilibrio de poder, por la posibilidad de fortalecer y legitimar sus principios y procedimientos haciéndolos creíbles porque son eficaces. La legitimidad de las formas institucionales y los modos de racionalidad se reconocen y se valoran, en ese contexto, en el entendimiento de que promueven y fortalecen la etnicidad y la cultura, es decir, de que tienen capacidad interna de dar salida a sus problemas y de que constituyen el capital simbólico que puede hacerlo bajo su propio sistema de derecho”*⁸; donde la idiosincrasia indígena no necesita de norma escrita o de derecho positivo que regule sus relaciones jurídicas y extrajurídicas

⁷ TERAN LOMAS, Roberto A.: “Derecho penal”, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1980, T1, p. 84.

⁸ SANCHEZ BOTERO, Esther, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y los Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares”, HUBER, Rudolf (Dir), “Hacia sistemas jurídicos plurales”, editorial Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá 2008, pág. 147.

incluso las que competen al derecho penal, porque su derecho es un derecho natural que abarca cuestiones religiosas étnicas y culturales que hace eficaz su derecho de autodeterminación, y que le constituye como una justicia paralela a la justicia común debido a que es una cosmovisión distinta a los demás.

Las poblaciones indígenas que han mantenido su *modus vivendi*, no han renunciado a sus prácticas ancestrales, se rigen bajo el derecho natural e incluso no han necesitado de un Estado que les reconozca. Silvina Ramírez considera que la redacción del artículo 75 de la Constitución de la República Argentina⁹ sobre los pueblos indígenas, es una manera de reconocer poblaciones preexistentes, y simplemente se define una pluriculturalidad y pluralismo jurídico que obligatoriamente debe ser considerado en el actuar penal del indígena, *“Este artículo al reconocer la preexistencia de los pueblos indígenas con nuestros territorio, se convierte en el punto de partida para la protección del resto de los derechos. Los derechos de los pueblos indígenas no constituyen una “concesión” otorgada por el Estado, sino que se conforman con antelación a la construcción de los Estados modernos, tal como los conocemos, lo que permite también reconsiderar el perfil que debe asumir un Estado intercultural, que “tome en serio” los derechos de los pueblos originarios”*¹⁰. Esta afirmación apunta hacia una arista sobre la cual se ratifica lo previsto en los tratados internacionales y en las Constituciones que aceptan el derecho indígena en la región, la misma que consiste en que la justicia penal indígena existe sin la necesidad del reconocimiento por parte de un Estado, o de una norma positiva dentro de un ordenamiento jurídico vigente, y por tanto debe ser respetado y aplicado por la justicia ordinaria en los casos que ameriten.

⁹ El art. 75 de la Constitución Argentina en lo que compete a los pueblos indígenas establece el siguiente texto: “Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intelectual; reconocer la personería jurídica de sus comunidades; y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

¹⁰RAMÍREZ, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, GARGARELA Roberto, “Teoría y crítica del Derecho Constitucional”, editorial Abeledo Perrot, tomo II, Buenos Aires, 2009, Pág. 914.

El problema criminológico indígena ha evolucionado con relación a las corrientes que catalogan al indígena como inferior al resto; las respuestas a las inquietudes que permitan entender la criminalidad del indígena se basa en una aceptación de la pluralidad jurídica y pluriculturalidad que gozan los países de América Latina.

Sin embargo de lo dicho el derecho penal de manera equivocada junta a todas las civilizaciones en una sola norma sin importar su etnia o cultura; para Beatriz Kalinsky *“El derecho penal resume las creencias del “hombre medio”. Pero ¿quién es él? Cualquiera de nosotros que encarna los valores que hacen posible la vida en sociedad. El contenido de esos valores es contingente. Es el “molde” lo que interesa para evaluar el por qué se aviene o no a lo que se espera de él. Al “hombre medio” solo le interesa conocer si hubo o no delito, y en caso de que hubiera, si pudo comprender o no la criminalidad del hecho”*¹¹. Bajo esta reflexión se presupone que el derecho penal no consideraría la existencia de diversidad ni pluralidad cultural de las comunidades indígenas; por el contrario, erróneamente se da por hecho que la cosmovisión de los pueblos indígenas es similar o semejante con relación a la del resto de la sociedad, no se consideran factores sociológicos, culturales y antropológicos que puedan incidir criminológicamente en los pueblos originarios.

Adicionalmente la autora citada realiza la siguiente crítica: *“Pero, ¿es acaso la “creencia del hombre medio” una metáfora que expresa sólo los intereses de quienes han podido efectivamente formar parte de un ficticio “contrato social”? ¿Una universalización de lo que es crudamente sectorial? ¿una ficción que da por descontado que las diferencias nunca se transforman en desigualdades? ¿Son acaso los bienes jurídicos protegidos por la ley sólo aquellos que están en el podio de un sistema social que usa la regla de exclusión para los que no se conjugan con él?”*¹²; planteando, a mi criterio, interrogantes acertadas ya que las respuestas a las mismas están enfocadas hacia una concepción de aceptar la diversidad existente en los pueblos indígenas. No se puede universalizar el derecho penal a

¹¹ KALINSKY, Beatriz, “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”... op. Cit. , pág. 33.

¹² KALINSKY, Beatriz, “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”, op. Cit., pág. 34.

todos los individuos sin que cuenten las diferencias marcadas que son latentes al momento de adentrarse a una cultura indígena. Tampoco podemos aludir cuestiones de inferioridad del indígena con relación al resto porque esto sería simplemente involucionar en los estudios criminológicos a las culturas indígenas, así como incurrir en un error conceptual basado en las no similitudes del sistema con relación a las poblaciones originarias.

Silvina Ramírez, por su parte, puntualiza un poco más el conflicto de la criminología indígena; la tratadista considera que en el derecho penal se puede observar con mayor exactitud el problema de la diversidad cultural con relación al derecho común, situación que emerge debido a que el Estado ejerce su mayor poder punitivo en contra de sus soberanos en el derecho penal *“tal vez sea dentro del ámbito del sistema penal, las diferencias y los conflictos se presentan más nítidamente. No sólo porque el derecho penal se encuentra fuertemente influenciado por determinadas valoraciones sociales (que al tratarse de cosmovisiones diferentes, son estas valoraciones las que agudizan dichas diferencias), sino porque es uno de los ámbitos más sensibles del ordenamiento jurídico, en donde la verdadera fuerza del Estado se hace ostensible, al considerarse que existe legitimidad para que infrinja una pena como consecuencia de una norma que lo disponga”*¹³. El derecho penal concebido como un derecho general donde todos somos iguales, no tendría objeto en poblaciones indígenas ya que muchos de sus miembros podrían ser juzgados y penados por un acto que constituye una costumbre aceptada dentro de la población indígena. Adicionalmente, sí la pena busca reivindicar a la sociedad frente a una agresión a los sentimientos colectivos, tenemos que realizarnos la siguiente pregunta ¿ante qué sentimientos colectivos agredidos nos encontramos?, principalmente porque el indígena responde a otro tipo de cosmovisión completamente distinta a la de la sociedad común. Por tanto, bajo el derecho penal puede verse como que hay sentimientos ofendidos por el injusto perpetrado por un indígena sin que en

¹³ RAMIREZ, Silvina, *“Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”*, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>, tomado en la fecha 20/11/2012.

realidad el indígena haya resquebrajado algún sentimiento de la sociedad; y así, la pena no tenga sentido.

Concluyo esta problemática aduciendo que la solución al tratamiento criminológico indígena radica en el aceptar una pluralidad jurídica y una diversidad cultural distinta de las poblaciones indígenas con relación al resto de las sociedades modernas. Además de aquello, resulta necesario el instaurar una discriminación positiva que acepte que penalmente hablando, por los factores ya mencionados anteriormente, los pueblos indígenas no son homogéneos con relación a la sociedad común. Finalizo citando a la autora Esther Sánchez Botero quien respecto a esta postura sostiene lo siguiente: *“las personas distintas y como tales, requieren un trato discriminatorio positivo, puesto que el reconocimiento de la igualdad formal debe trascender al de la igualdad real.- Uno de los derechos reconocidos por su calidad de distintos es el derecho a la “autodisposición”.- Implica que el grupo, pueda organizarse y gobernarse de acuerdo con su propia visión del mundo, sus tradiciones y deseos.- Este incluye por lo tanto, el derecho del pueblo indígena a regirse por sus propias normas, a lo que a su vez incluye la posibilidad de crear y aplicarlas”*¹⁴.

3. La pena en la justicia penal indígena.

En una segunda parte del presente trabajo me parece importante topar un tema trascendental que le compete a la criminología, principalmente porque consiste en el fundamento de la pena que los pueblos indígenas han desarrollado para los casos en que existan resoluciones condenatorias dictadas por los miembros de su comunidad. A estas, se las han criticado de no ser típicas, y a más de ello de ser crueles, inhumanas, e incluso atentatorias a la dignidad de la persona por tratarse de sanciones consistentes en flagelaciones, latigazos, limpiar el cuerpo con ortiga,

¹⁴ SANCHEZ BOTERO, Esther, *“Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI”*, Quito-Ecuador 2000, Ed. Argudo Hermanos, ps.62

caminar descalzo sobre piedras calientes, entre otras, prácticas criticadas y repudiadas por el derecho penal.

Para Carlos Poveda Moreno, *“Los castigos comunitarios, como la flagelación, el uso del azote, el baño en agua fría, la ortiga, la caminata entre piedras dentro de una plaza pública, a veces el uso de insectos o plantas en el cuerpo humano, el fuate, genera en la mayor parte de la población mestiza un rechazo a la sanción comunitaria. El argumento más común es que estos castigos, prima facie, son incompatibles con algunos Derechos Humanos. Se puede considerar, por ejemplo, que la flagelación es un acto cruel e inhumano y que el azote es una forma de tortura. De este modo, incluso se ha calificado a los castigos indígenas como la manifestación de una justicia incivilizada, cruel y deshumanizante”*¹⁵; problemática importante ya que si las penas son catalogadas como inhumanas, y hasta incivilizadas constituyen un conflicto que debe ser solucionado dentro del sistema criminal. Partamos de que los medios utilizados podrían constituir figuras delictivas que se encuentran tipificadas en el código penal; y, que por tanto serían castigos ilícitos basados en el injusto de la pena. Sin embargo, a su vez, hay que considerar que estas formas de penas responden a la cosmovisión indígena, fundada en teorías que involucran una diversidad cultural diferente a la del derecho común, tal como se lo analizó en el numeral anterior.

La pena indígena no busca un objetivo diferente a la teoría de la pena del derecho penal, ya que las comunidades indígenas al aplicar estas sanciones tienen el propósito de reinsertar al condenado a la población por medio de la purificación de su alma y su cuerpo, además de la armonización y la revalorización de los sentimientos colectivos de los pueblos indígenas que se pudieron ver afectados con la perpetración del ilícito. Aspecto que tiene incluso una connotación mayor, ya que el indígena no considera que las penas privativas de la libertad sean la

¹⁵ POVEDA MORENO, Carlos, *“Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”*, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1425>, en la fecha 28/11/2012.

mejor forma de sanear el ilícito frente a la sociedad, y tampoco constituye una manera aceptada de reinsertarle a la comunidad.

El castigo o sanción en los pueblos indígenas a primera vista no se ajustaría a la teoría de la pena prevista en el derecho penal, ya que la doctrina aduce que no se busca el castigar por castigar, el infligir algún dolor que revista la venganza del poder punitivo del Estado o del titular de la vendetta pública. En la actualidad, particularmente Emilie Durkheim sobre la pena afirma lo siguiente: *“Pero hoy día, dicen, la pena ha cambiado de naturaleza; la sociedad ya no castiga por vengarse sino para defenderse. El dolor que inflige no es entre sus manos más que un instrumento metódico de protección. Castiga, no porque el castigo le ofrezca por sí mismo alguna satisfacción, sino a fin de que el temor de la pena paralice las malas voluntades. No es ya la cólera, sino la previsión reflexiva, la que determina la represión”*¹⁶. Bajo esta postura doctrinaria, el tinte de la pena es netamente utilitarista, la misma que está enfocada en la prevención general más que en una prevención especial, debido a que no recae específicamente sobre quien comete el delito sino que por el contrario es útil para la generalidad, para todos los individuos para que se abstengan de cometer ilícitos con esta medida ejemplificativa si cabe el término.

Entonces es válido realizarse la siguiente pregunta: ¿en realidad la pena está cumpliendo con las funciones asignadas por el antes referido autor o por el contrario la pena dentro de las comunidades indígenas ha sido más eficaz? esta no deja de ser una duda interesante ya que si comparamos los dos sistemas, la pena del derecho penal común cada vez goza de menor credibilidad ante el individuo y ante la sociedad; y, por el contrario las penas de las comunidades indígenas, consistentes en limpiar el alma y el cuerpo del infractor, a más de sanear los sentimientos colectivos de la sociedad también apunta hacia una prevención reflexiva. Las poblaciones indígenas han venido afianzando su identidad sin que esto signifique la anarquía dentro de las naciones, sino que han

¹⁶ DURKHEIM, Emilie, “División del Trabajo Social”, Editorial Planeta, Barcelona 1994, pág.66

logrado encontrar la verdadera utilidad de la pena por medio de sus prácticas ancestrales, que emanan del derecho consuetudinario, y que son aceptadas por todos los miembros de la población indígena.

A más de aquello en mi criterio es necesario añadirle un factor adicional que de manera lamentable ocurre al momento de aplicar una pena; hoy en día el delincuente que es privado de la libertad y enviado a una cárcel, además de ser categorizado como un “ejemplo a no seguir” por parte de los ciudadanos de una sociedad, resulta ser la forma más fácil del Estado de librarse del delincuente, y que la sociedad tenga la tranquilidad de que el infractor ha sido neutralizado sin que se logre que la pena cumpla una función de rehabilitación o de reinserción del preso a la colectividad, discriminándolo e incluso limitándole el ejercicio de muchos derechos sin razón alguna. Kalinsky, reafirma esta reflexión de la siguiente manera: *“La idea de un resarcimiento, de un pago exigido a quien no ha hecho las cosas “correctamente” tiene un profundo arraigo social. El “malviviente”, el peligroso delincuente”, el “asesino”, el ladrón” deben ser objeto de castigos ejemplares para disuadir de cometer actos ofensivos a los valores apreciados por nuestra sociedad. Por el contrario, parece ser la mejor manera de poner fuera de circulación a quienes no son queridos para vivir dentro de las normas que deberían respetarse”*¹⁷. El ponerle fuera de circulación al infractor no es la mejor manera de solucionar el conflicto criminológico de una sociedad, por el contrario genera mayor resentimiento por parte del infractor, y la sociedad obtiene un respiro momentáneo porque el individuo al momento de cumplir la pena a diferencia del derecho indígena no limpia su interior, ni mucho menos se reconcilia con los sentimientos colectivos que pudo haber vulnerado con su actuar injusto; convirtiéndose así en un círculo vicioso donde el único perjudicado es la sociedad en general.

Dentro de la teoría de la pena indígena no se contempla el sufrimiento o la denigración de la persona como un método de remediar el daño causado por el

¹⁷KALINSKY, Beatriz “No matarás”: el delito en la diversidad cultural”..., op. Cit. Pág. 34.

cometimiento de un ilícito, sino que por el contrario busca que el miembro de la comunidad comprenda y repruebe su actuar por medio de procedimientos ancestrales, aceptados por toda la comunidad y que son justos para cada delito. Poveda, a su vez, al respecto agrega “*No conviene criminalizar a las personas a través del conflicto penal. Quienes hemos ejercido la judicatura conocemos que mientras más contienda generemos a través del uso de la justicia penal, menos armonía en la comunidad logramos. Se debe utilizar medios reparatorios que devuelvan tranquilidad y armonía al interior de una comunidad. Me parece que con estos principios podemos dar respuesta, en términos genéricos, a la comprensión del Derecho indígena, y queda pendiente el aprender de su sistema, que curiosamente se puede vislumbrar en las etnias europeas, asiáticas o latinoamericanas: diálogo, consejo, reparación, educación, resocialización, armonía, equilibrio y paz interna*”¹⁸. Tal como se mencionó, las sanciones privativas de libertad no siempre cumplen el objetivo de reinserción social del condenado; y, por el contrario han generado una suerte de resentimiento social porque las cárceles están siendo olvidadas por los gobiernos de turno, convirtiéndolas en lugares de hacinamiento donde el trato a los condenados se aleja a los derechos fundamentales de la persona. Por lo tanto, se debería replantear la utilidad de la pena con sistemas educativos, armónicos que generen paz y no conflicto como acertadamente realiza la justicia indígena.

Al razonamiento expuesto en el párrafo anterior se le debe sumar el hecho de que a diferencia del derecho penal ordinario o común, en donde las penas por la consumación de un delito principalmente consisten normalmente en la privación de la libertad de acuerdo a la gravedad de la infracción; en la justicia penal indígena la pena de privación de libertad no tiene sentido, donde incluso existen precedentes donde la justicia común ha utilizado factores antropológicos del derecho indígena. El autor Ramiro Ávila agrega: “*La privación de la libertad es*

¹⁸ POVEDA MORENO, Carlos, “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1425>, en la fecha 26/11/2012.

una pena sin sentido porque rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso (Padilla 2008: 172). Sin embargo, esta pena existe, es corta (no dura más de siete días) y es realmente excepcional (Brandt y Valdivia 2006: 147). En un caso conocido por la Corte Constitucional de Colombia, en el que la comunidad impuso una pena de privación de libertad de 8 años, y luego la revisó e impuso la pena de 20 años. En base a estudios antropológicos, la Corte constató el hecho de que "en la cárcel... no se ve a la familia y se fuma marihuana, bazuco, se aprende de homosexual, se aprende 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 cárcel no corrige, antes daña..." (Corte Constitucional 1996) y se estableció que la comunidad había impuesto una sanción ajena a sus normas ancestrales, que preveía, para hechos similares, 3 años de trabajos comunitarios y tiempos cortos de cepo"¹⁹, este es un caso ejemplificativo, ya que la Corte Constitucional de Colombia rectificó un fallo de una comunidad indígena basándose en aspectos propios de la pena de estas poblaciones, donde el trabajo comunitario es más valioso que el encerrar a un miembro de su grupo, y que sea perdido por la maldad que pueda engendrar en la cárcel.

Finalmente la pena privativa de la libertad que se cumple en las cárceles va en contra de los valores culturales del indígena. A manera de ejemplo, la República del Ecuador ha elevado a norma constitucional los principios de la sana convivencia indígena resumidos de la siguiente forma: "*Ama Killa, no ser ocioso; Ama shua, no robar; y Ama llulla, no mentir*"²⁰; por tanto el estar privado de la libertad el indígena considera que no ayuda al individuo ni a la sociedad debido a que fomenta la ociosidad o desocupación, lo que genera a su vez perder un miembro de la comunidad, y que aquel no se rehabilite sino que por el contrario

¹⁹ AVILA SANTAMARIA, Ramiro, "La Justicia Penal en la democracia constitucional de derechos" Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1090/1/CON-003-%C3%81vila%2c%20R-La%20in-justicia%20penal%20en%20la%20democracia.pdf>, tomado en la fecha 25/11/2012.

²⁰ CONSTITUCIÓN de la República del Ecuador, artículo 86, numeral 2.

caiga en prácticas no aceptadas como son el robo, la droga, entre otros; haciéndonos razonar y reflexionar en el sentido de que la pena en el derecho indígena es más eficaz que las penas en el derecho común.

4. Conclusión personal.

La solución criminológica a la problemática planteada, consiste en que el Estado debe crear una justicia paralela donde los indígenas sean juzgados por sus pares, y bajo las normas emanadas por su derecho propio; y, que se reducen a las normas consuetudinarias de sus poblaciones, siempre y cuando estén enmarcadas en el respeto a los derechos fundamentales de los indígenas, entre los cuales predomine el derecho a la autodeterminación, con el objeto de que dentro del campo criminológico se pueda diferenciar lo que constituye un ilícito, de una costumbre practicada por la comunidad indígena, aceptando una diversidad cultural y una diversidad jurídica.

La diferencia de las comunidades indígenas con relación al resto de la sociedad radica en la cosmovisión distinta que existe entre ambas, aspecto que necesariamente nos lleva aceptar una diversidad cultural distinta a la nuestra y un pluralismo jurídico que más allá de ser una forma independiente de administración de justicia debe ser un modelo a seguir en aquellas prácticas de aplicación de la pena, donde la utilidad de la pena se la vislumbra tanto desde una prevención especial, es decir que recae específicamente sobre el infractor, así como una prevención general donde la pena también ayuda a la sociedad para que se abstenga de cometer ilícitos.

Las penas que nacen de las poblaciones indígenas no son métodos crueles, inhumanos o atentatorios a los derechos humanos para la concepción indígena, más cruel es encerrar a una persona por un tiempo largo olvidándose para siempre de él. Sus penas no buscan el castigar por castigar, buscan reinsertar al infractor a la comunidad por medio de la purificación de su alma y su cuerpo, ya

sea por medio de la ortiga, el agua fría, etc., el no perderlo como miembro activo de la misma y lograr una reivindicación del sentimiento colectivo mediante una sanción que comprenda el trabajo para una comunidad, y que sea fiscalizado por los propios miembros de la población.

Como se ha visto en el desarrollo de esta investigación la pena dentro del derecho indígena abarca conflictos directos en lo que se refiere a que su aplicación no guardaría coherencia con los derechos humanos; sin embargo, hay que enfatizar y tolerar diversas cosmovisiones donde es interesante el recalcar que los objetivos de la pena son los mismos que los del derecho penal e incluso tiene un tinte más eficaz en lo que concierne a la utilidad de la misma.

La justicia penal indígena es un método alternativo de solución de conflictos reconocido tanto por la Constitución como los Tratados Internacionales sobre el tema. En la práctica, no se ha podido armonizar completamente el derecho penal común con el derecho indígena; sin embargo, de aquello es importante recalcar que con relación a la pena se ha querido unificar criterios, ya que con el fin de que un miembro de una comunidad indígena no sea penado dos veces por un mismo hecho, se considera que si la pena aplicada por el derecho indígena ha cumplido sus objetivos no se encuentra la razón de castigar nuevamente. Con relación a este particular Zaffaroni afirma: *“En el derecho nacional es necesario tener en cuenta que la Constitución prescribe reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantizar el respeto a su identidad y el derecho a un educación bilingüe e intercultural (art. 75 inc. 17). En función de esta disposición, cuando éstos hayan aplicado sanciones a ilícitos cometidos por sus miembros, el estado no puede imponer otra pena sin violar el principio de prohibición de la doble punición, por lo menos cuando la pena haya sido grave”*²¹. Me reafirmo nuevamente en mi postura de que se debe considerar más allá de la gravedad de la pena si la misma ha cumplido los objetivos de purificación,

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011, pág. 581.

arrepentimiento del individuo, y armonización con la sociedad; más no se debe penar por una segunda vez a través de la justicia ordinaria.

Adicionalmente de lo expuesto, no se puede dejar de aplaudir como las comunidades indígenas con la aplicación de la pena no buscan la tortura o el castigar por castigar sino que por el contrario logran el revalorizar los sentimientos colectivos por medio de la armonización comunitaria, aspecto que se logra con la purificación interna y externa del infractor más no con el encierro cruel e inhumano en una cárcel.

BIBLIOGRAFÍA:

- GOMEZ, Herinaldy, "Representaciones legales de la alteridad indígena", Colombia, 2008, Ed. Universidad del Cauca.
- BARONA BECERRA, Guido, y ROJAS CURIEUX, Tulio, "Teratologización y Penalización: los fundamentos ideológicos de respresnetación del indígena en la sociedad y justicia colombiana", editado y copilado por Herinaldy Gómez Cristobal Gnecco, (representaciones legales de la alteridad indígena), Colombia, 2008, Ed. Universidad del Cauca.
- KALINSKY, Beatriz, "No matarás": el delito en la diversidad cultural", BAIGÚN David (Dir), "Pena y Estado, Justicia Criminal en las comunidades indígenas", Editores del puerto, Buenos Aires 1999.
- TAYLOR, Ian – WALTON, Paul – YOUNG, Jock: " La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada", Amorrortu, Buenos Aires, 1977.

- TRUJILLO, Julio César, “Administración de Justicia Indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/540/1/RAA-02-Trujillo>
- TERAN LOMAS, Roberto A.: “Derecho penal ”, Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1980, T1.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, “Principios básicos y formas de funcionamiento de la justicia que se imparte entre los Paeces y los Wayú como forma cultural adecuada, legítima y viable para resolver conflictos y coaccionar a sus sociedades particulares”, HUBER, Rudolf (Dir), “Hacia sistemas jurídicos plurales”, editorial Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá 2008.
- RAMÍREZ, Silvina, “Derechos de los pueblos indígenas: protección normativa, reconocimiento constitucional y decisiones judiciales”, GARGARELA Roberto, “Teoría y crítica del Derecho Constitucional”, editorial Abeledo Perrot, tomo II, Buenos Aires, 2009.
- RAMIREZ, Silvina, “Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/538>.
- SANCHEZ BOTERO, Esther, “Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI”, Quito-Ecuador 2000, Ed. Argudo Hermanos.
- POVEDA MORENO, Carlos, “Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones”, Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar ,<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1425>, en la fecha 28/11/2012.
- DURKHEIM, Emilie, “División del Trabajo Social”, Editorial Planeta, Barcelona 1994.
- AVILA SANTAMARIA, Ramiro, “La Justicia Penal en la democracia constitucional de derechos” Ed. Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, tomado de la Biblioteca Digital de la Universidad Andina Simón Bolívar ,<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1090/1/CON-003-%C3%81vila%2c%20R-La%20in-justicia%20penal%20en%20la%20democracia.pdf>, tomado en la fecha 25/11/2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, “Manual de Derecho Penal, parte general”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2011.
- Constitución de la República Argentina.
- Constitución de la República del Ecuador.