

---

---

# **EL DERECHO PENAL INDÍGENA: ENTRE LA DIVERSIDAD Y LOS DERECHOS HUMANOS**

MARIA PAZ AVILA ORDÓÑEZ\*

I. INTRODUCCIÓN .....	944
II. EL SISTEMA DE DERECHO PENAL INDÍGENA Y EL SISTEMA DE DERECHO PENAL OCCIDENTAL .....	945
A. PRINCIPIOS BÁSICOS Y FINALIDAD DE LOS SISTEMAS PENALES .....	948
i. El Principio de Legalidad .....	949
ii. El Principio de Presunción de Inocencia.....	950
B. LA FINALIDAD DE LA PENA EN EL SISTEMA PENAL OCCIDENTAL .....	953
i. La Finalidad de la Pena en el Sistema Penal Indígena .....	954
C. EL SISTEMA DE DERECHO PENAL INDÍGENA Y LOS DERECHOS HUMANOS .....	956
i. La Universalidad de los Derechos Humanos.....	956
ii. Tortura, los Castigos Físicos y los Linchamientos.....	958
iii. Las Sanciones y el Debido Proceso Dentro del Sistema Penal Indígena.....	961
iv. La Pena de Privación de Libertad.....	965
D. ALGUNOS DEBATES SOBRE LOS CRITERIOS DE TERRITORIALIDAD, PERSONAL Y MATERIAL EN LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA .....	967
E. LA DINAMIZACIÓN DE UNA CULTURA Y EL ROL DE LA MUJER EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS .....	969
III. CONCLUSIONES.....	973

---

\* Abogada ecuatoriana. Magíster en Derecho Constitucional, con un Diplomado en Derechos Humanos en American University. Ha sido visitante profesional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Costa Rica), Asesora en la Corte Constitucional del Ecuador y Analista del Ministerio de Justicia de Ecuador. Actualmente se desempeña como profesora universitaria.

---

---

“Las violaciones a los derechos humanos no son accidentes ni coincidencias... Las violaciones a los derechos son síntomas de patologías de poder estrechamente vinculadas a condiciones sociales que determinan quien sufre y quien está protegido.”<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo consiste en un análisis crítico y comparativo respecto de las relaciones entre el sistema de derecho penal indígena<sup>2</sup> y el sistema de derecho penal occidental (sistemas oficiales de Sudamérica, Centroamérica y Europa continental), sus relaciones y conflictos frente al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Para ello se ha tomado como fuente principal el diagnóstico socio jurídico que sirvió de base para la elaboración del proyecto de ley orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria en Ecuador, así como el trabajo conjunto y retroalimentado con miembros de las comunidades indígenas.

En la primera parte se analizará las relaciones entre el sistema penal occidental e indígena, mediante una categorización consistente en tres instancias de relacionamiento: la invisibilización, el rechazo y el reconocimiento. Posteriormente se analizará dos de los principios básicos del sistema penal occidental: el principio de legalidad y el principio de presunción de inocencia frente a la cosmovisión indígena, para luego examinar las características y la finalidad que persigue cada uno de los sistemas penales, mediante un estudio

---

1. PAUL FARMER, *PATHOLOGIES OF POWER: HEALTH, HUMAN RIGHTS AND THE NEW WAR ON THE POOR* [PATOLOGÍAS DE PODER: SALUD, DERECHOS HUMANOS Y LA NUEVA GUERRA CONTRA LOS POBRES] 7 (2005) (traducción por autor).

2. Véase Rodolfo Stavenhagen, *Introducción al derecho indígena*, en 17 CUADERNOS DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS: I JORNADAS LASCASIANAS: DERECHOS HUMANOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 303, 307 (Universidad Nacional Autónoma de México, 1991) (resumiendo que en los pueblos indígenas la denominación de términos como “derecho” es de naturaleza occidental); Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas*, Comisión de los Derechos Humanos, U.N. Doc. E/CN.4/Sub.2/1983/21/Add.8 (24 mayo 1984) (por José R. Martínez Cobo) (definiendo el término “indígena” como “comunidades, pueblos y naciones indígenas” que tienen una historia de invasiones o colonizaciones que se desarrollaron en su territorio y que “están decididos a preservar, desarrollar y transmitir a las generaciones futuras sus territorios ancestrales y su identidad étnica”).

comparativo y crítico que tiene como objetivo detallar algunas diferencias y complementariedades, teniendo en cuenta que dentro del sistema de justicia indígena no existe una diferenciación entre las diversas ramas del derecho como existe en el derecho occidental, diferenciación que se denota en el presente ensayo con fines comprensivos respecto de la delimitación temática en cuestión. En la tercera parte de este ensayo se hará un análisis respecto al derecho penal indígena y la tensión existente con los derechos humanos universales. Finalmente, desde la perspectiva de la invisibilización, respecto a las relaciones entre el sistema occidental e indígena, se analizará brevemente el rol y la problemática de la mujer indígena desde la construcción de su propio discurso feminista.

## II. EL SISTEMA DE DERECHO PENAL INDÍGENA Y EL SISTEMA DE DERECHO PENAL OCCIDENTAL

Desde la época de la Colonia hasta nuestros días, las relaciones entre el sistema occidental y los pueblos indígenas han ido variando en consideración a varios factores (educación, discriminación, pobreza, dominación, monovisión, etc).<sup>3</sup> En este trabajo se han categorizado las relaciones entre los pueblos indígenas y el sistema occidental en tres instancias: 1) el rechazo, 2) la invisibilización, y el 3) reconocimiento. Estas instancias de relacionamiento no se presentan de forma aislada o subsecuencial, pues en muchos casos constituyen patrones conjuntos y evolutivos de relación, y en torno a ello se desarrollarán los planteamientos y debates de este ensayo.<sup>4</sup>

La primera posibilidad de relacionamiento entre el sistema penal occidental y el sistema penal indígena es el “rechazo,”<sup>5</sup> en virtud del

---

3. Véase Rodolfo Stavenhagen, *Los derechos de los pueblos indígenas: esperanzas, logros y reclamos*, en PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS en 21, 22–23 (Universidad de Deusto ed., 2006) (señalando que factores como el racismo, teorías como el Darwinismo, “fragmentación de los imperios coloniales” e “intereses vinculados a la economía globalizada” han dictado la dinámica entre el sistema occidental y los pueblos indígenas).

4. Véase Martín Hopenhayn, *El reto de las identidades y la multiculturalidad*, PENSAR IBEROAMÉRICA: REVISTA DE CULTURA, feb. 2002, <http://www.oei.es/pensariberoamerica/ric00a01.htm> (identificando que la evolución de asimilación cultural del rechazo al reconocimiento está presente en la historia de los indígenas).

5. *Id.* (explicando que la negación de la cultura indígena es por la

cual se ha establecido la preeminencia de un sistema sobre otro por la constante discriminación hacia los pueblos indígenas, llegando incluso a considerarlos como pueblos salvajes o primitivos en la aplicación de sus costumbres.<sup>6</sup> Esta etapa de relacionamiento se presenta básicamente durante la época de la Colonia, en donde coexistieron diversos sistemas jurídicos, uno propio para los colonizadores y otro para los “indios,” en virtud de una categorización que parte de criterios discriminatorios frente a los pueblos indígenas.<sup>7</sup> De esta manera, cada uno conservó sus propias normas para la regulación de sus conflictos sociales, “en tanto no se afectasen ‘la ley humana o divina,’ el orden económico, político colonial ni la religión católica,” cuestión que, podría decirse, aun subsiste pero con distintos matices.<sup>8</sup>

La segunda posibilidad de relacionamiento es la “invisibilización,” mediante la cual el sistema occidental, o más bien dicho el sistema dominante, se convierte en el sistema oficial (idioma, religión, sistema penal), creando así un monopolio en la regulación de las relaciones sociales, mediante el establecimiento de las autoridades legitimadas para el ejercicio del *ius puniendi*, ignorando la existencia de las autoridades propias de los pueblos indígenas.<sup>9</sup> Esta etapa se presenta básicamente con la independencia de los Estados, cuando se estableció un sistema fundamentado en el monismo jurídico (teorías kelsenianas), en virtud del cual la costumbre solo se aplica supletoriamente a falta de ley, siempre que no sea contraria a aquella.<sup>10</sup> De esta manera, en el ámbito penal, el Estado se convierte

---

confrontación ideológica).

6. Véase Stavenhagen, *supra* nota 3, en 22 (aludiendo que los imperios coloniales se referían a los pueblos indígenas como “bárbaros” y “salvajes”).

7. Véase Bolívar Beltrán, *Sistema Legal Indígena*, REVISTA YACHAYKUNA: REVISTA SEMESTRAL INSTITUTO CIENTÍFICO DE CULTURAS INDÍGENAS, nro. 2, dic. 2001, en 22, disponible en <http://icci.nativeweb.org> (reconociendo que en una escuela de pensamiento coexistían dos diversos sistemas entre los colonizadores y el pueblo indígena).

8. Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Reconocimiento constitucional del derecho indígena y la jurisdicción especial en los países andinos*, REVISTA PENA Y ESTADO, nro. 4, 2000, en 2.

9. Juan Carlos Ferré Olivé, *Diversidad cultural y sistema penal*, REVISTA PENAL, nro. 22, jul. 2008, en 36, disponible en <http://www.uhu.es/revistapenal/index.php/penal/issue/view/24/showToc> (discutiendo como el derecho penal occidental fue imponiéndose sobre los pueblos indígenas).

10. Véase *id.* en 36-37 (mencionando como la nueva clases de gobernantes que

en el único ente legítimo para el uso de la fuerza ante el cometimiento de conductas catalogadas, por dicho ente, como delitos.<sup>11</sup>

Otra de las etapas de relacionamiento es el “reconocimiento” que inicia en 1989, cuando la Conferencia General de la OIT aprobó el Convenio 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales, constituyéndose como el primer instrumento internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, formado por un Comité de Expertos, ante quienes se pueden denunciar las violaciones al Convenio por parte de las autoridades nacionales.<sup>12</sup> En base a ello, se dan reformas constitucionales en varios países de Latinoamérica que reconocen los derechos colectivos de los pueblos indígenas dentro de los cuales están las funciones jurisdiccionales para la resolución de sus conflictos.<sup>13</sup> De esta manera, dentro del régimen internacional de los derechos humanos se van configurado los derechos colectivos de los pueblos indígenas con la introducción de una visión que va más allá de la esencia individualista de la dignidad humana propia de la tradición occidental.<sup>14</sup>

---

surgieron después de la independencia que los pueblos indígenas tenían la “misma nacionalidad pero no los mismos derechos”).

11. Véase *id.* en 37 (exponiendo que los Estados arbitrariamente trataban a los indígenas como seres “jurídicamente incapaces” y distinguiéndolos como parte de una categoría humana distinta a los “civilizados”).

12. Rodolfo Stavenhagen, *Los derechos de los pueblos indígenas en el ordenamiento internacional*, en AVANCES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 1, 16–17 (Fernando M. Mariño Menéndez & J. Daniel Oliva Martínez eds., 2004) (discutiendo los resultados y efectos del convenio).

13. *Por ejemplo*, CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA [C.P.] arts. 246, 247 (“Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial [...] La ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios”); CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA art. 190 (“Las naciones y pueblos indígena originarios campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios.”); CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR art. 171 (“Las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.”).

14. Véase James Anaya, *Pueblos indígenas, comunidad internacional y derechos humanos en la era de la globalización*, en AVANCES EN LA PROTECCIÓN

Finalmente, en el año 2007 se aprueba la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en donde ya se hace referencia a la asimilación forzada, el resarcimiento, la prevención y la reparación por la violación de sus derechos de los pueblos indígenas.<sup>15</sup> Sin embargo, y a pesar del reconocimiento constitucional e internacional de los derechos de los pueblos indígenas, la visibilización de relacionamiento desde la cultura occidental continúa cuestionado la existencia y legitimidad del sistema judicial indígena para la solución a los conflictos que se presentan entre los integrantes de las comunidades indígenas, en gran medida, por considerarlos contrarios a los derechos humanos.<sup>16</sup> En base a este cuestionamiento, en el presente trabajo se analizarán diversos contextos en los que se vislumbran las relaciones entre el sistema penal occidental y el sistema penal indígena.

#### A. PRINCIPIOS BÁSICOS Y FINALIDAD DE LOS SISTEMAS PENALES

En este acápite se detallarán algunas características de dos de los principios básicos del sistema penal occidental—el principio de legalidad y el principio de presunción de inocencia—y se realizará un análisis comparativo respecto de la aplicación de dichos principios dentro del sistema penal indígena. En este punto se debe aclarar que el sistema indígena, originario o nativo, como también se lo denomina, no es uno solo, de ahí su denominación como un sistema, pues cada comunidad, dependiendo de su integración, exposición a las costumbres occidentales, asentamiento territorial y pertinencia a una nacionalidad, tiene sus propias costumbres.<sup>17</sup> Sin embargo, se podría afirmar que la mayoría comparten criterios comunes en cuanto a sus principios y finalidad, por ello se hará

---

DE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS 89, 93 (Fernando M. Mariño Menéndez & J. Daniel Oliva Martínez eds., 2004) (comparando el enfoque comunitario de los pueblos indígenas con la perspectiva individualista de la tradición occidental).

15. Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, A.G. Res. 61/295, Doc. O.N.U. A/RES/61/295 (13 sept. 2007).

16. Organización Internacional del Trabajo [OIT], *Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales*, art. 8, Doc. 011989169 (27 jun. 1989), disponible en [www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/-normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-normes/documents/publication/wcms_100910.pdf).

17. Véase A.G. Res. 61/295, *supra* nota 15, art. 16 (indicando que los pueblos indígenas tienen el derecho de establecer sus propios medios de información conforme su propia cultura).

referencia en general al sistema penal indígena o derecho penal indígena.<sup>18</sup>

*i. El Principio de Legalidad*

El sistema de derecho penal occidental plantea como uno de sus principios fundamentales el principio de legalidad, en virtud del cual nadie puede ser reprimido, ni sufrir una pena por un acto que no esté expresa y previamente establecido por la ley como delito.<sup>19</sup> Si se parte de una concepción democrática de la soberanía, las leyes son determinadas por representación popular, administrada por un poder legislativo. Desde este punto de vista, la ley penal, como mecanismo de definición de los límites de convivencia social, sólo puede ser aprobada, por tanto, por la voluntad general representada por la soberanía popular.<sup>20</sup>

Entonces, sobre este punto se podría considerar que el sistema penal indígena no cumple con el principio de legalidad, debido a que no cuenta con normas escritas, previas y claras establecidas por el poder legislativo (único legitimado para crear normas) que fundamenten el juzgamiento de las infracciones y la imposición de una sanción. Conforme la visión occidental, el sistema de derecho penal indígena no cuenta con normas que contemplen la aplicación de una conclusión (sanción) frente a un silogismo determinado (acción prohibida por ley-delito-sanción).<sup>21</sup>

Sin embargo, desde una visión propia del sistema de derecho penal indígena, el principio de legalidad puede ser concebido simplemente como la previsión o la costumbre de determinado pueblo en el juzgamiento de cierta conducta, teniendo en cuenta que la principal fuente de producción de derecho dentro del sistema penal indígena es la costumbre. De hecho “el conocimiento de la norma por los miembros de la comunidad se explica por el hecho de que es una

---

18. *Id.* anexo.

19. Emiliano Borja Jiménez, *Sobre la existencia y principios básicos del sistema penal indígena*, en *DIVERSIDAD CULTURAL: CONFLICTO Y DERECHO: NUEVOS HORIZONTES DEL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LATINOAMÉRICA* 259, 260 (Emiliano Borja Jiménez coord., 2006).

20. *Id.*

21. *Véase id.* en 260–61 (resaltando que en la cultura occidental hay una forma más estructurada de establecer sanciones que no es paralela al sistema penal indígena).

comunidad relativamente pequeña, en la que el grado de interacción social es mucho más alto que el de nuestra sociedad, en donde es indispensable la escritura y la taxatividad de los escritos para que, por una lado, sea posible sostener el principio de que la ignorancia de la ley no excusa su incumplimiento, sin el cual no sería posible el funcionamiento del ordenamiento jurídico, y, por el otro, para que los asociados tengan un mínimo de certeza respecto de la actuación de las autoridades.”<sup>22</sup>

A este respecto, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado ciertos criterios mínimos de previsibilidad en la aplicación del sistema penal indígena,<sup>23</sup> al señalar que “las autoridades están obligadas necesariamente a actuar conforme lo han hecho en el pasado, con fundamento en las tradiciones que sirven de sustento a la cohesión social” sin que ello signifique una aplicación irrestricta de sus costumbres, pues éstas están sujetas a cierta variabilidad, de conformidad con la dinámica de su cultura.<sup>24</sup>

En base a lo expuesto, el principio de legalidad, entendido como pilar fundamental dentro del sistema penal occidental, no puede ser aplicado ni entendido de la misma forma que el sistema de derecho penal indígena, en primer lugar por la diversidad de fuentes en las que se fundamentan (ley-costumbre), y en segundo lugar por que las cosmovisiones respecto a la resolución de conflictos varían en cuanto a su finalidad y procedimiento.<sup>25</sup> En conclusión, mediante la costumbre, los miembros de las comunidades indígenas conocen que determinadas reglas son obligatorias y que existen sanciones aplicables en caso de incumplimiento.

### *ii. El Principio de Presunción de Inocencia*

Otro de los principios fundamentales del sistema de derecho penal occidental es el principio de presunción de inocencia, en virtud del cual ninguna persona puede ser considerada como culpable hasta que

---

22. Corte Constitucional [C.C.], 8 ago. 1996, Sentencia T-349/96, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.] (Colom.), *disponible en* <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/t-349-96.htm> [en adelante C.C. Sentencia T-349/96].

23. *Id.*

24. *Id.*

25. C.C. Sentencia T-349/96.



se demuestre lo contrario.<sup>26</sup> En base a este principio, la carga de la prueba recae sobre quien alega el hecho, e incluso en ciertos delitos dicha carga de la prueba la asume el Estado.<sup>27</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 respecto del principio de inocencia dispone:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.<sup>28</sup>

Así mismo la Convención Interamericana de Derechos Humanos dentro de las garantías judiciales, en el art. 8.2 dispone:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.<sup>29</sup>

En cuanto al principio de presunción inocencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que este principio constituye un fundamento de las garantías judiciales<sup>30</sup> que 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,<sup>31</sup> pues una persona no puede ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. En este sentido, la presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de

---

26. Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 11, G.A. Res. 217 (III) A, Doc. ONU. A/RES/217/III (10 dic. 1948).

27. *Id.* (indicando que quien presenta una acusación tiene la carga de la prueba, pues toda persona es inocente hasta que “no se pruebe su culpabilidad”).

28. *Id.*

29. Organización de Estados Americanos [OEA], Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8.2, 22 Nov. 1979, O.A.S.T.S. Nro. 36, 1144 U.N.T.S. 123, 125 [en adelante Convención Americana].

30. Suárez Rosero v. Ecuador, Fondo, Sentencia, Corte Int-Am. D.H. (ser. C) No. 35 ¶ 77 (12 de noviembre de 1997); Chaparro Álvarez v. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Int-Am. D.H. (ser. C) No. 170 ¶ 145 (21 de noviembre de 2007); Cabrera García v. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Int-Am. D.H. (ser. C) No. 35 ¶ 182 (26 de noviembre de 2010).

31. Ricardo Canese v. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Corte Int-Am. D.H. (ser. C) No. 111 ¶ 154 (31 de agosto de 2004).

que es culpable.<sup>32</sup>

Respecto a lo anotado, se podría afirmar, en un primer momento, que el derecho penal indígena atenta contra el principio de presunción de inocencia, pues dentro del mismo juzgamiento que realizan varios de los pueblos indígenas se evidencia lo contrario, ya que en la mayoría de casos se parte de una concepción de culpabilidad, y en otros se obliga al acusado a declarar en su contra.

Empero, al igual que el principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia tiene diferentes matices dentro del derecho penal indígena, en el cual el acervo probatorio se configura por la cohesión de la comunidad, es decir, existe un estricto escrutinio de los actos de cada uno de los miembros de una comunidad, por ello se conoce con gran acierto la conducta de una determinada persona.<sup>33</sup>

En base a lo expuesto, la concepción occidental del principio de presunción de inocencia difiere en el sistema penal indígena debido a la cohesión social de la comunidad, lo que genera por tanto mayor control de la conducta de los “individuos” si es que se puede denominar así en estos casos.<sup>34</sup> Se vislumbra así, como el ejercicio de las funciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas plantea ciertos debates en relación con el derecho penal occidental, en el que figuran ciertos principios elementales que han pretendido ser asimilados en algunos casos a las culturas indígenas.<sup>35</sup>

Pues bien, una vez analizados dos de los principios que rigen el sistema occidental y su aplicación dentro del sistema penal indígena es necesario referirnos a la finalidad que persigue cada uno de los sistemas para comprender de mejor manera la raíz de las diferencias.<sup>36</sup>

---

32. Cabrera García, Corte Int-Am. D.H. (ser. C) No. 220 ¶ 184.

33. Emiliano Borja Jiménez, *Sobre los ordenamientos sancionadores originarios de Latinoamérica*, 14 PUEBLOS INDÍGENAS Y DERECHOS HUMANOS 663, 675 & n.15 (Universidad de Deusto ed., 2006) [en adelante *Ordenamientos*].

34. *Id.* en 673 (destacando que el derecho penal indígena atiende más los valores “supraindividuales” que el correspondiente a la sociedad occidental debido a la mayor cohesión social).

35. Véase *id.* en 682 (calculando consecuencias del derecho propio cuando hay integración y asimilación).

36. Véase *infra* Parte II.B.

## B. LA FINALIDAD DE LA PENA EN EL SISTEMA PENAL OCCIDENTAL

Las finalidades de la pena, para las teorías absolutas, consisten en la retribución del daño causado y el restablecimiento del orden social. Para esta teoría la pena no tiene un fin si no es el fin mismo.<sup>37</sup> Posteriormente con las teorías relativas se consideran como fines de la pena la prevención general y especial. La prevención general tiene dos vertientes: una positiva y una negativa. La prevención general positiva propone generar el respeto y cumplimiento de los ciudadanos a las normas jurídicas, pues el delito no es más que la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social.<sup>38</sup> La prevención general negativa busca generar en la sociedad un efecto intimidatorio por la amenaza de la aplicación de una pena cuando se comete un delito.<sup>39</sup>

La prevención especial por otro lado, se enfoca en los efectos de la pena en el individuo que la soporta, por tanto la prevención especial positiva busca por un lado la rehabilitación y resocialización del individuo y la prevención especial negativa tiene como objetivo evitar que el individuo vuelva a cometer un delito, es decir busca eliminar la reincidencia.<sup>40</sup>

Ahora bien, sobre este punto cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿se cumplen las finalidades de la pena dentro del sistema penal occidental? Foucault, en su obra “Vigilar y Castigar” responde a esta pregunta y señala que la pena de prisión ha logrado su cometido que es estigmatizar y segregar ya que indudablemente la prisión, al contrario de lo que se propugnan por las teorías prevencionistas, lanza a un individuo marcado a una sociedad que lo discriminará.<sup>41</sup>

Tomando en cuenta estas consideraciones se podría afirmar

---

37. Véase Mario Durán Migliardi, *Teorías absolutas de la pena: origen y fundamentos*, 67 REVISTA DE FILOSOFÍA 123, 140 (identificando comentarios respecto de las teorías de Immanuel Kant y Hegel).

38. Gunther Jakobs, DERECHO PENAL: PARTE GENERAL: FUNDAMENTOS Y TEORÍA DE LA IMPUTACIÓN 1113 (Marcial Pons ed., Joaquín Contreras trans., 2a ed. 1997).

39. Véase Percy García Cavero, *Acerca de la Función de la Pena*, 21 REVISTA JURÍDICA, 2006, en 6-7, [www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/21/21\\_Acerca\\_de\\_la\\_funcion.pdf](http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2005/21/21_Acerca_de_la_funcion.pdf) (identificando como la teoría general negativa se presenta en sociedad).

40. Véase *id.* en 10 (explicando la teoría de prevención especial de Von Listz).

41. Véase generalmente MICHEL FOUCAULT, VIGILAR Y CASTIGAR: NACIMIENTO DE LA PRISIÓN (Siglo XXI ed., 2002).

entonces que las finalidades de la pena en el sistema occidental ha cumplido sus “objetivos” muy poco o casi nada, pues el tratamiento que se brinda en los centros carcelarios es sumamente deficiente, debido no sólo al hacinamiento y las condiciones en las que se mantienen los centros de detención, si no también por ser centros en los que frecuentemente se vulneran los derechos humanos.<sup>42</sup>

*i. La Finalidad de la Pena en el Sistema Penal Indígena*

Si bien, como se señaló anteriormente, no todos los pueblos indígenas comparten las mismas costumbres para la resolución de sus conflictos sociales, cabe recalcar que la mayoría de ellos comparten ciertas características básicas, específicamente en cuanto a la finalidad que persigue su sistema penal.<sup>43</sup> Pues bien, para comprender la finalidad del sistema de derecho penal indígena, en primer lugar es necesario comprender su cosmovisión comunitaria, pues “en el [d]erecho [p]enal indígena [. . .] los valores individuales se supeditan a favor de los intereses del grupo.”<sup>44</sup> En los pueblos originarios no se percibe el individuo fuera “del origen étnico, de la cultura indígena,” ni “de la imagen del grupo de procedencia.”<sup>45</sup> Este concepto del individuo es distinto del concepto occidental y es visible particularmente en el área de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.<sup>46</sup> En contraste, en el mundo occidental el individuo se percibe en una manera independiente de la comunidad primariamente en cuanto a las libertades.<sup>47</sup>

Para el sistema de derecho penal occidental, el delito implica responsabilidad individual cuya sanción generalmente es la pena privativa de la libertad.<sup>48</sup> En el derecho penal indígena el delito

---

42. Véase Juan Fernando Jaramillo, et al., *Intervención judicial en cárceles*, FORO CONSTITUCIONAL IBEROAMERICANO, nro. 12, 2005/2006 en 129-130, [http://www.idpc.es/revista/index.php?option=com\\_content&task=view&id=84&Itemid=32](http://www.idpc.es/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=84&Itemid=32) (afirmando que el “tema polémico” de la cárcel es criticado por “su ineficacia y atrocidad”).

43. Véase *Ordenamientos*, *supra* nota 33, en 681 (aludiendo a las bases fundamentales en el derecho penal de los pueblos indígenas).

44. Borja Jiménez, *supra* nota 19, en 316.

45. *Id.*

46. *Id.*

47. *Id.* en 317.

48. Véase María Luisa Soriano González, *El derecho a un sistema jurídico propio y autónomo en los pueblos indígenas de América Latina*, UNIVERSITAS REVISTA DE FILOSOFIA, DERECHO Y POLITICA, nro. 16, julio 2012, en 205, 211,

produce desequilibrio social; y por tanto la sociedad busca reparar esa armonía colectiva.<sup>49</sup> Es por ello que la cárcel no resulta una medida reparatoria dentro de su cosmovisión, pues aislar al responsable no devuelve la armonía y el equilibrio a la comunidad.<sup>50</sup>

Por ejemplo en el Sistema de Derecho Chachi en Ecuador se “parte de la noción de rompimiento del orden o tejido social que constituye motivo de accionamiento del conjunto de la justicia. Este rompimiento sucede cuando uno o más miembros de la comunidad violan las normas internas propias de la cultura Chachi ocasionando un problema o conflicto que debe ser resuelto.”<sup>51</sup>

En las comunidades indígenas generalmente las bases sociales están compuestas por las familias, tribus, estirpes, es decir “[. . .] la vida social en los poblados originarios se estructura con base en el criterio comunitario, según el cual los intereses y derechos individuales no se le atribuyen al sujeto por el mero hecho de su calidad de ser humano individual, sino, antes bien, por ser miembro de su comunidad, de su aldea, poblado o étnia.”<sup>52</sup> Por esta razón, en el sistema penal indígena cuando una persona comete un delito no solo afecta al sujeto pasivo de la infracción sino también a toda la comunidad.<sup>53</sup>

En algunos pueblos indígenas se aplica una reclusión de horas hasta varios días, cuyo objetivo principal es brindarle al acusado de una infracción, un espacio para la reflexión hasta que la autoridades o la comunidad decidan sobre la sanción y los mecanismos de reparación que se emplearán.<sup>54</sup> En este sentido, la finalidad del

---

<http://universitas.idhbc.es/numero16.htm> (enseñado la perspectiva del indígena contra la sanción en derecho penal occidental de privación de libertad).

49. Véase *id.* en 204 (resaltando que el derecho indígena “[p]romueve la armonía comunitaria, ya que las autoridades debe obedecer a lo que la comunidad establezca en la asamblea”).

50. Véase *id.* en 205, 211 (destacando que los pueblos indígenas no concuerdan con la pena de prisión porque no promueve la “paz social” en la comunidad).

51. Fernando García, *Diagnostico socio jurídico para la elaboración de la ley orgánica de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción indígena* 79 por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y Cultos de Ecuador (diciembre de 2009).

52. Véase Borja Jiménez, *supra* nota 19, en 296.

53. Véase *Ordenamientos*, *supra* nota 33, en 676 (presentando que una forma en la cual la comunidad entera es afectada y se involucra en el delito de un individuo es en el proceso de “determinar la culpabilidad” e “imponerle sanción”).

54. Véase *id.* en 680 (detallando el castigo de reclusión en una casa comunal).

sistema penal indígena, a diferencia del sistema penal occidental, consiste en reintegrar a la comunidad a la persona acusada de un delito, reparar el daño causado mediando entre las partes afectadas y reestablecer la paz y la armonía de la comunidad.<sup>55</sup>

### C. EL SISTEMA DE DERECHO PENAL INDÍGENA Y LOS DERECHOS HUMANOS

Desde la visión occidental se ha planteado como límite infranqueable para la aplicación del derecho penal indígena el respeto a los derechos humanos, especialmente el derecho a la vida, la integridad física y la prohibición de la tortura.<sup>56</sup> Sin embargo, cabe preguntarse ¿acaso el sistema penal occidental no restringe derechos humanos? La respuesta a esta pregunta evidentemente sería afirmativa en primera instancia, pues el sistema penal occidental emplea mayoritariamente la pena de privación de la libertad para la resolución de los conflictos sociales.

Para adentrarnos en el análisis y para poder responder de mejor manera la interrogante planteada, nos detendremos a examinar en primer lugar la característica de la universalidad de los derechos humanos para luego dar paso a la prohibición de la tortura, los castigos físicos como sanción dentro del sistema penal indígena y la privación de libertad como sanción principal dentro del sistema penal occidental, así como la distinción entre la justicia penal indígena y los linchamientos.

#### *i. La Universalidad de los Derechos Humanos*

Una de las características fundamentales de los derechos humanos es la universalidad, así lo establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la cual tenía como propósito fundamental erradicar las barbaries suscitadas en la primera y segunda guerra mundial,<sup>57</sup> es así que en el preámbulo, y también en varios artículos de la Declaración se establece el compromiso de todos los Estados al respeto y aplicación universal de los derechos

---

55. Véase *id.* en 678–79 (sobre el concepto de reintegración y la importancia que le dan los pueblos indígenas).

56. *Id.* en 667.

57. Véase Declaración Universal *supra* nota 26, preámbulo (aludiendo a lo significativo que fueron las guerras en la creación de los derechos).

humanos.<sup>58</sup>

Pero entonces en ¿qué consiste la universalidad de los derechos humanos? Pues bien, la universalidad es una característica de los derechos humanos que busca fortalecer el consenso de los Estados para el respeto de dichos derechos, sin embargo esto presenta una seria problemática cuando de diversidad se trata,<sup>59</sup> pues ¿qué son los derechos humanos para los pueblos indígenas? o bien, ¿la universalización de los derechos humanos implica también una interpretación universal respecto de la aplicación de dichos derechos?

Ciertamente el universalismo de los derechos humanos ha sido criticado como la cobertura ideológica del imperialismo y colonialismo europeo occidental o, simplemente, como una pretensión de imposible cumplimiento.<sup>60</sup> En base a estas críticas se origina el relativismo cultural, cuando las identidades culturales entran en contradicción con los conceptos de derechos humanos universales, pues cada cultura tiene una concepción propia respecto de dichos derechos.<sup>61</sup>

Pero ¿cómo resolver esta dicotomía entre la universalidad y el relativismo cultural? Muchos autores han planteado un diálogo intercultural para establecer ciertos mínimos infranqueables de los derechos humanos, específicamente en cuanto al derecho a la vida y la integridad física.<sup>62</sup> La Corte Constitucional Colombiana ha

---

58. Véase *id.* arts. 3–5.

59. Véase Rafael Enrique Aguilera Portales, *Universalidad de los derechos humanos y crítica de las teorías de la naturaleza humana en el pragmatismo de Richard Rorty*, UNIVERSITAS REVISTA DE FILOSOFIA, DERECHO Y POLITICA, nro. 5, enero 2007, en 61–62, 71, <http://universitas.idhbc.es/numero5.htm> (proponiendo que se debe considerar la diversidad e integrar los valores de otras sociedades cuando se habla de la propagación de los derechos humanos universales).

60. Eusebio Fernández García, *La Declaración de 1948. Dignidad Humana, Universalidad de los derechos Humanos*, en *Derechos de las Minorías en una sociedad Multicultural*, 225, 242 (Javier Lucas Martín, Dir; Consejo General del Poder Judicial, 1999).

61. Véase Felipe Gómez Isa, *Globalización, Derechos Humanos y Pueblos Indígenas*, GLOBALIZACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y PUEBLOS INDÍGENAS 130 (Álvaro Bello M. & José Aylwin O. compiladores, 2008) (reconociendo que el relativismo cultural es una de las teorías que surgen respecto al tema de derechos universales).

62. *Por ejemplo*, Ricardo Chueca Rodríguez, *Los derechos fundamentales a la vida y la integridad física: el poder de la disposición sobre el final de la vida*

señalado que una primera solución para este tipo de conflictos podría ser “un diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia, que cubran los diferentes sistemas de valores.”<sup>63</sup> Es decir, lograr un consenso en aquel mínimo necesario para la convivencia entre las distintas culturas, sin que aquello implique renunciar a los presupuestos esenciales que marcan la identidad de cada una.”<sup>64</sup> Analicemos entonces la prohibición de la tortura en el derecho internacional de los derechos humanos y la cosmovisión del sistema penal indígena frente a ello.<sup>65</sup>

*ii. Tortura, los Castigos Físicos y los Linchamientos*

La Declaración de los Derechos Humanos en el artículo 5 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.<sup>66</sup> Además, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanas o Degradantes señala que la tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionadamente 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 [ . . . ] No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”<sup>67</sup>

En este sentido, los castigos físicos que emplea el sistema penal indígena han sido catalogados por la visión occidental como un atentado a los derechos humanos, pues a nuestro entender, no son más que tratos inhumanos crueles o degradantes a los cuales se somete a una persona para escarmentarla frente a la comunidad.<sup>68</sup> Sin

---

*propia*, DERECHO Y SALUDO, DS Vol. 16 XVI Congreso, 2008 en 1–5 (exaltando que el derecho a la vida y a la integridad física son derechos fundamentales).

63. Corte Constitucional [C.C.], 15 de octubre de 1997, Sentencia T-523/97, Gaceta de la Corte Constitucional [G.C.C.], disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/t-523-97.htm>.

64. *Id.*

65. Véase *infra* Parte II.C.ii.

66. Convención Americana, *supra* nota 29, art. 5.

67. Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanas o Degradantes, art. 1 A. G. Res 39/46, Doc. ONU A/Res 3946 (Diciembre de 1984).

68. Véase *Ordenamientos*, *supra* nota 33, en 680 (aludiendo a la perspectiva occidental que cataloga a la pena de los latigazos como “bárbara y cruel”).



embargo, desde la cosmovisión indígena no se busca castigar sino sanar al individuo que ha cometido un delito, de hecho, dicho mecanismo ritual tiene un procedimiento a seguir.<sup>69</sup>

En respuesta a ello, y para profundizar en el análisis de lo que significa ciertamente la tortura, la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Constitucional Colombiana han señalado que la intensidad de los dolores o sufrimientos provocados deben ser graves y crueles, por tanto “la intensidad deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como 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>70</sup>

Concretamente respecto a los “castigos físicos” que emplea el sistema penal indígena, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que, dichos castigos, en la mayoría de casos constituyen mecanismos con una función ritual que buscan la sanación de la persona para reintegrarse a la comunidad, “[a]unque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo.”<sup>71</sup> Es pues una figura simbólica o, en otras palabras un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.”<sup>72</sup>

La aplicación del cepo, el látigo o los ortigazos no constituyen un trato inhumano cruel o degradante para el sistema penal indígena, pues no tienen como objetivo causar un dolor innecesario en la persona y menos aún obtener la confesión del acusado, sino por el contrario prepararlo para su reintegración a la comunidad, por tanto ello no configura un linchamiento o ajusticiamiento como comúnmente se suele denominar, ya que las comunidades indígenas prevén un procedimiento para la aplicación de dicho mecanismo, en función de las costumbres de cada comunidad.<sup>73</sup>

---

69. Véase *id.* en 680 (enfaticando que hasta en la pena de latigazo hay un procedimiento de enseñanza ya que cada latigazo “viene acompañado de un consejo”).

70. C.C. Sentencia T-523-97, *supra* nota 63.

71. *Id.*

72. *Id.*

73. Véase *Ordenamientos*, *supra* nota 33, en 679 n.25 (aclarando que las sanciones de los pueblos indígenas se “llevan a cabo a través de un procedimiento”

Sin embargo, la cobertura mediática, que en la mayoría de casos ignora los procedimientos y el derecho propio de la justicia penal indígena, no ha dejado de cuestionar fuertemente la legitimidad y la aplicación de los castigos físicos en el sistema de derecho penal indígena.<sup>74</sup> No se puede negar que, en ciertas ocasiones, se han presentado excesos que han generado a una dura crítica al sistema penal indígena, pero también es cierto que en la mayoría de ocasiones los medios de comunicación han influido para generar un rechazo a la justicia indígena asimilándola con los linchamientos, generalmente por desconocimiento de las implicaciones que aquello conlleva.<sup>75</sup>

El linchamiento, por su parte, consiste en la aplicación de un castigo que puede llevar hasta la muerte, sin que exista un juzgamiento ni un procedimiento previo. En base a lo expuesto, no se puede asimilar los linchamientos con la justicia penal indígena, pues como se expuso anteriormente, en ella existen procedimientos basados en sus costumbres y derecho propio que obedecen a su cosmovisión.<sup>76</sup>

Finalmente, cabe destacar que el art. 9 del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas señala que “[e]n 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

---

con el fin de hacer cambios sustantivos en la persona acusada y no para humillarlo o causarle dolor).

74. Véase Bolívar Beltrán Gutiérrez, *El proceso penal indígena: desde el delito hasta la sanción*, ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 807, 808 (2006) (observando que los medios de comunicación reportan actos de linchamientos sugiriendo que las matanzas son prácticas de la justicia indígena, cuando en realidad los linchamientos no son parte del sistema legal indígena y solo atestan a el “estado de descomposición de la justicia en general”).

75. Véase *id.* en 809 (enfazando que el sistema de justicia indígena tiene autoridad y normas, y opera como sistema completo con sus propios procedimientos. Indicando que el resultado de la confusión entre los linchamientos y la justicia indígena ha provocado resistencia y negatividad en diferente sectores contra el sistema penal indígena).

76. Véase Beltrán, *supra* nota 74, en 811 (clarificando que las comunidades indígenas son sociedades que están en un proceso permanente de perfeccionamiento, un sistema que permite que los individuos se desarrollen vía procesos incluyentes y comunitarios, una cosmovisión que no promueve el linchamiento).

para la represión de los delitos cometidos por sus miembros,<sup>77</sup> teniendo en cuenta para ello, el principio de diversidad cultural, en virtud del cual no se puede juzgar la legalidad o constitucionalidad de los procedimientos únicamente conforme la visión occidental sino conforme la cosmovisión y costumbres de la comunidad indígena.

*iii. Las Sanciones y el Debido Proceso Dentro del Sistema Penal Indígena*

Para fortalecer la afirmación de que las sanciones en el sistema penal indígena no constituyen un mecanismo de tortura es necesario hacer referencia a algunas de las sanciones más comunes empleadas por los pueblos indígenas, el debido proceso y la finalidad que éstas persiguen. En los sistemas penales indígenas se pueden encontrar varias sanciones originarias y otras provenientes de la época colonial, por ejemplo el látigo o cepo es una costumbre de la época colonial que, sin embargo, contiene raíces propiamente indígenas en cuanto a las consideraciones simbólicas y de limpieza o sanación que conlleva.<sup>78</sup> Por ejemplo, en la nacionalidad Kichwa de la Sierra en Ecuador, el látigo representa la fuerza del rayo que limpia de la mala energía a la persona acusada del cometimiento de un delito, para que así recupere su buena energía y de esta manera se pueda reintegrar a la sociedad y por ende retorne la paz, el equilibrio y la armonía a la comunidad.

La pena más grave en la mayoría de sistemas penales indígenas es la expulsión de la comunidad, que equivale a una muerte simbólica de la persona, pues aquello implica que la comunidad se olvida de su existencia. Otras sanciones para delitos menores pueden comportar desde consejos hasta el control social de parte de la comunidad.<sup>79</sup>

Se ha criticado que en algunos sistemas penales indígenas existen aún delitos como el adulterio,<sup>80</sup> cuestión que para nuestra legislación

---

77. Organización Internacional del Trabajo, *Convenio No. 169 Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes* art. 9, junio 27, 1989, [http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio\\_169\\_07.pdf](http://www.oit.org.pe/WDMS/bib/publ/libros/convenio_169_07.pdf).

78. Véase Borja Jiménez, *supra* nota 19, en 281 (clarificando que aunque las sanciones indígenas tienen influencias coloniales, todos sistemas jurídicos son el resultado de influencias de otras culturas).

79. *Id.*

80. *E.g., id.* En n..40 (indicando que el Artículo 54 del reglamento interno de la comunidad indígena Ustupu en Panamá sanciona el adulterio “con la multa de 25

carece de fundamento penal debido a nuestra cosmovisión individualista en la cual el adulterio no trasciende más allá de las fronteras familiares. Por el contrario, en las comunidades indígenas el adulterio implica una problemática familiar y social y por ende sus consecuencias son mucho más graves.<sup>81</sup>

Otra de las sanciones más comunes en el sistema penal indígena es el trabajo a favor de la comunidad. Según lo señala la Corte Constitucional Colombiana, en la comunidad embera-chamí (Colombia) “el homicidio se sanciona con penas que combinan el cepo en las noches y el trabajo forzado (en empresas comunitarias) durante el día, por períodos que oscilan entre los tres y los ocho años, de acuerdo con las circunstancias que rodearon el hecho.”<sup>82</sup>

Existen pueblos indígenas que no tienen formas propias de resolución de conflictos y sanción,<sup>83</sup> ya sea debido a procesos violentos como la época colonial o los conflictos armados permanentes en países como Colombia o Guatemala. Sin embargo, dichas mutaciones no solo son resultado de procesos violentos, también se han dado procesos de adopción de otras costumbres. Diferentes factores por ejemplo en “el caso de Guatemala la fuerte irrupción de organizaciones religiosas en la vida social de las comunidades, está produciendo un paulatino abandono de las formas tradicionales del ejercicio de la autoridad, y con ello, de los modos ancestrales de resolver los conflictos . . . .”<sup>84</sup>

También existen pueblos indígenas que combinan ciertas normas de convivencia con la remisión de los delitos más graves al sistema estatal, por ejemplo en Panamá, en el archipiélago de San Blas, la étnia Kuna Yala, a pesar de su autonomía se remite el juzgamiento de los delitos más graves al sistema penal estatal.<sup>85</sup> Así mismo en Ecuador la comunidad shuar IpaKuim, ubicada en la provincia de

---

Balboas y el acarreo de gravas a cada uno”).

81. Véase García, *supra* nota 51 (anotando que en el sistema de Derecho Secoya en el Ecuador en un caso de infidelidad, el esposo estaba facultado para matar a su esposa, sin embargo, actualmente solo se exige la separación de la comunidad o el cese de sus actividades profesionales).

82. C.C. Sentencia T-349/96.

83. Borja Jiménez, *supra* nota 19, en 284.

84. *Id.* en 285.

85. Véase Borja Jiménez, *supra* nota 19, en 303 (explicando que los kuna en Kuna-Yala remiten a las autoridades estatales al sospechoso de infracciones graves como asesinatos, violaciones, y tráfico de drogas).

Morona Santiago, en el cantón Méndez, el Síndico de la comunidad, quien es elegido mediante una Asamblea General, coordina con el Fiscal Indígena (designado por el Estado), la persecución del delito.<sup>86</sup>

Otros sistemas de derecho penal indígena reciben una constante influencia del derecho estatal, un ejemplo de ello son las actas escritas, en las cuales se hace constar la decisión de las autoridades indígenas o la Asamblea respecto al juzgamiento de una persona.<sup>87</sup> Por ejemplo en el Caso “La Cocha,”<sup>88</sup> suscitado en la parroquia de Zumbahua en la Comunidad la Cocha en el Ecuador existieron actas de juzgamiento, en donde se hizo constar los testimonios, las circunstancias de los hechos y la resolución de las autoridades indígenas, tal como se emplea en el sistema occidental.<sup>89</sup>

Por otra parte, el debido proceso en mayoría de sistemas penales indígenas varía de acuerdo a la gravedad del delito. Cuando se trata de un delito leve, generalmente se resuelve intrafamiliarmente y cuando se trata de un delito más grave se somete a juzgamiento de las autoridades o a la Asamblea.<sup>90</sup> En los pueblos Kichwas de Chimborazo, en Ecuador se puede afirmar que existen cuatro instancias de resolución de sus conflictos sociales. “La primera instancia es el ámbito familiar, la segunda la asamblea comunitaria y en ella se resuelven la mayoría de los conflictos. La tercera es la asamblea de la organización de segundo grado de ese pueblo y en ella se resuelven pocos conflictos; y la última es la asamblea de la

86. Entrevista personal a un miembro de la comunidad shuar Ipakuim.

87. *Id.* en 305 (observando que algunas comunidades aymara, quechua, y guaraní documentan sus procedimientos).

88. “La Cocha” fue un caso emblemático en el año 2010 en Ecuador, por la cobertura mediática que tuvo frente al asesinato de un miembro de dicha comunidad. Los responsables fueron “sancionados” conforme las costumbres de la comunidad, cuyos mecanismos empleados fueron catalogados como tortura. Las autoridades estatales intervinieron para evitar la “tortura” y aprisionaron a los implicados. Sin embargo, hasta la fecha la justicia ordinaria no ha resuelto el caso.

89. Véase C.C. Sentencia T-349/96 (describiendo el proceso y las dos resoluciones que tomó la comunidad embera-chamí en el tratamiento jurídico del acusado).

90. Comisión Andina de Juristas, *Manual informativo para pueblos indígenas* 36 (Eddie Córdor Chuquiruna coord., 2009) (“... [G]eneralmente los conflictos familiares (maltrato entre parejas, adulterio) se resuelven dentro del círculo familiar (dentro de la casa), con la ayuda de padrinos, padres y otros parientes. Igualmente, en casos de mayor gravedad, como violaciones de menores de edad o asesinatos, se tiende a preferir otras instancias comunales o la justicia estatal.”). Véase también Jiménez, *supra* nota 19, en n.33.

---

---

organización de tercer grado de ese pueblo y en ella se resuelven casos muy especiales y excepcionales.”<sup>91</sup>

El proceso de juzgamiento se concreta en varias etapas dependiendo de la comunidad y de sus costumbres, un ejemplo de ello es la comunidad indígena de Llinllin en Ecuador; la cual tiene seis fases.

1. El agraviado o la agraviada, o cualquiera de sus familiares ponen en conocimiento de la autoridad el problema.
2. Las autoridades junto con los familiares del infractor y del agraviado inician la investigación del caso.
3. Concluida la investigación si se encuentra culpable se procede a convocarlo para que se presente ante la asamblea comunitaria. Si el infractor no se presenta ante la asamblea o se ha escondido o salido de la comunidad lo buscan hasta encontrarlo y luego lo encierran en la casa comunal hasta que se reúna la asamblea para tratar el caso. No pueden quedarse encerrado más de tres días.
4. La asamblea comunitaria fija la garantía económica que debe depositar el infractor para ser tratado el problema. La garantía va desde 20 dólares hasta 500 dólares, dependiendo de la gravedad de la culpa y de cómo sea el infractor, (bravo, rebelde o que no quiera hacer caso a la autoridad).
5. Cuando el infractor reconoce la culpa y se porta bien con la autoridad se le devuelve la garantía. Caso contrario la garantía se utiliza para comprar alimentos para los asambleístas (dependiendo de la cantidad se compra panes, colas o cualquier otro alimento para los asambleístas). En el mes de diciembre las autoridades rinden cuentas a la asamblea general anual sobre las garantías y las multas que han cobrado a los infractores y los gastos realizados en administración de justicia.<sup>92</sup>

---

91. García, *supra* nota 51, en 68.

92. Comisión Andina de Juristas, *Normas, Procedimientos y Sanciones de la Justicia Indígena en Colombia y Ecuador* 101-02 (Eddie Cóndor Chuquiruna coord.).

6. Se procede a la imposición de la sanción y a su ejecución.<sup>93</sup>

El sistema de justicia Kichwa en la provincia de Chimborazo en Ecuador, ante el conocimiento de un conflicto social se acude al pastor, diácono o dirigente de la comunidad, quienes investigan el problema, recogen las versiones de los ofendidos y acusados y aplican una sanción que puede conllevar consejos o incluso castigos físicos que comprenden ortigamiento, baño de agua fría y la aplicación del fuste de la cintura para abajo.<sup>94</sup>

*iv. La Pena de Privación de Libertad*

La Declaración Universal de los Derechos Humanos y varios tratados internacionales también prevén el derecho a la libertad como un derecho humano universal,<sup>95</sup> sin embargo, la mayoría de sistemas penales occidentales prevén la pena de privación de libertad como mecanismo principal para la sanción de los delitos.

¿Entonces el sistema penal occidental también restringe los derechos humanos? La respuesta inicial también sería afirmativa, pero se debe tener en cuenta que tanto el sistema penal occidental como el indígena, ante el cometimiento de un delito, como sanción restringen ciertos derechos del individuo, en el primer caso el derecho a la libertad, a la familia, al domicilio, y en el segundo caso el derecho a la integridad física, entendido desde la perspectiva occidental.

Las penas privativas de libertad tienen muy poca relevancia en el sistema penal indígena, esto se debe por un lado a que en las comunidades indígenas no existen construcciones destinadas para dicha sanción, y las casas comunales generalmente no son apropiadas para ello.<sup>96</sup> Por otro lado debido a la cosmovisión comunitaria y la cohesión social, propia de las comunidades indígenas, la persona se vuelve tan dependiente del entorno social de su comunidad, que no

---

93. *Id.*

94. Fernando García Serrano, *Experiencias de dos Comunidades de las Provincias de Chimborazo y Tungurahua*, en *NORMAS, PROCEDIMIENTOS Y SANCIONES DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN COLOMBIA Y ECUADOR* 59, 101-02 [en adelante *Experiencias de dos Comunidades*] (Eddie Córdor Chuquiruna coord., 2012).

95. Declaración Universal de Derechos Humanos, A.G. res. 217 A (III), ONU Doc. A/810 p. 71 (1948), art. 3.

96. Borja Jiménez, *supra* nota 19, en 340-41.

tiene ninguna pretensión ni posibilidad de escapar del ámbito geográfico en que ha desarrollado toda su existencia.”<sup>97</sup> Es más, la mayoría de pueblos indígenas desconfían de los sistemas penales estatales pues consideran a la cárcel como un mecanismo que aísla al individuo,<sup>98</sup> que genera rebeldía contra la sociedad, y finalmente termina excluyendo sin rehabilitar al sujeto que soporta de dicha pena.

Un testimonio de una mujer Kichwa de Ecuador, ex dirigente de la organización provincial, sintetiza lo que considera los aciertos y desaciertos de la justicia ordinaria:

Lo que conocemos es que en esa justicia atienden algunos temas que se suscitan en sus pueblos, como los robos, las violaciones sexuales, peleas, asesinatos, hurtos, violencia contra la mujer, abandono de niños niñas, problema de alimentos entre algunas más que no lo sé. Pero en los Kichwas, si hemos hecho valer a nuestras organizaciones, hemos ido a arreglar los problemas ante nuestras autoridades que es más fácil porque hablamos nuestro idioma, tenemos más confianza a nuestros líderes y sabemos que no son malos como los policías. La justicia ordinaria, claro que hemos oído que resuelve los problemas de la gente, pero hay muchas oficinas para arreglar los problemas, hay también las leyes que nosotros los Kichwas no sabemos nada, no conocemos, no sabemos lo que dice el juez o el abogado, por eso los indígenas somos víctimas de robo por parte de abogados y otros que piden plata para hacer pasar papeles o escribir a la conveniencia de cualquiera de las partes, todo eso por dinero no por solucionar los problemas a conciencia, bueno, pero creo también si resuelven de manera justa, han de existir esos casos.<sup>99</sup>

En conclusión, 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, debido a que sus costumbres y derecho propio establecen sanciones distintas conforme a su cosmovisión, la cual no se orienta hacia el castigo propiamente dicho, sino hacia el restablecimiento de la armonía y la paz social.

---

97. *Id.*

98. Véase C.C. Sentencia T-349/96 (describiendo el estudio del antropólogo Carlos Cesar Perafán indicando que el sistema jurídico embera-chamí prefiere sancionar con el cepo en las noches y el trabajo forzado en el día porque castigar con el cepo es más corto y permite que el culpable vea y atienda a su familia y este con otra gente cuando trabaja).

99. García, *supra* nota 51, en 92.



D. ALGUNOS DEBATES SOBRE LOS CRITERIOS  
DE TERRITORIALIDAD, PERSONAL Y MATERIAL  
EN LOS CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Un tema sumamente debatido son los límites que se establecen entre la competencia estatal (sistema de derecho penal occidental) y el sistema de derecho penal indígena, y por ello se han puesto en debate varios criterios para demarcarla. A continuación se exponen algunos de esos debates y sus posibles soluciones.

El primero de ellos es el ámbito territorial pues, varios países como Colombia, Perú, y Ecuador comparten este criterio para el establecimiento de su competencia.<sup>100</sup> La pregunta central en torno a este criterio consiste entonces en delimitar que es el territorio.

Generalmente el territorio ha sido concebido como el lugar donde las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas desarrollan sus actividades económicas, culturales y sociales.<sup>101</sup> Sin embargo, el conflicto se presenta frente a pueblos que no tienen un asentamiento definitivo, es decir aquellos pueblos nómadas que se trasladan de un lugar a otro, o bien frente a aquellos miembros de las comunidades indígenas que desarrollan sus actividades económicas y sociales en las ciudades.<sup>102</sup> En base a lo expuesto, el concepto de territorio resulta insuficiente para determinar definitivamente la competencia frente a conflictos sociales que se puedan presentar, por este motivo se vuelve necesario tener en cuenta el criterio personal.<sup>103</sup> En función del criterio personal, cuando se suscita una problemática

---

100. Véase Raquel Z. Yrigoyen Fajardo, *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, REVISTA PENA Y ESTADO 4 (2000), <http://alertanet.org/PENA-ESTADO.htm> (indicando que estos países andinos establecen la jurisdicción territorial de las comunidades indígenas en sus Constituciones).

101. E.g., L. 2164, diciembre 7, 1995, DIARIO OFICIAL [D.O.] (Colom.) (definiendo territorios indígenas como “las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales”).

102. Véase Edgar Solano González, *La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana* 159, 175, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1333/11.pdf>.

103. Véase *id.* (resaltando que la Corte en su sentencia T-496 de 1996 determinó que el concepto de territorio es insuficiente para delinear definitivamente donde empieza y termina la competencia indígena, y que por eso se toma en cuenta el criterio personal para determinar mejor la jurisdicción indígena).

entre dos personas pertenecientes a una comunidad, generalmente las autoridades competentes para resolver el problema serán las pertenecientes a las comunidades indígenas.<sup>104</sup> Sin embargo, el conflicto se presenta cuando se suscita un problema entre una persona indígena y otra no indígena.<sup>105</sup> Aquí, es preponderante el papel de la víctima, pues si el sujeto pasivo del delito fue un miembro de una comunidad indígena, dentro del territorio de una comunidad, lógicamente correspondería a las autoridades indígenas el juzgamiento del sujeto activo del delito.<sup>106</sup>

Empero, el someter a juzgamiento a una persona no indígena podría causar un grave conflicto entre la justicia indígena y ordinaria.<sup>107</sup> Sin embargo, entendido el espíritu reparador de la armonía de las comunidades indígenas, en la mayoría de los casos, las autoridades indígenas resuelven el tema de la reparación económica y remiten su juzgamiento a las autoridades estatales, ya que, al no ser parte el sujeto de la comunidad, no tiene transcendencia la aplicación de sus sanciones reintegradoras ni de sanación.<sup>108</sup>

Ahora bien, en el caso de que el agresor sea un miembro de una comunidad indígena en contra de una persona que no es indígena, si dicho acontecimiento se presentó en el territorio indígena, obviamente se someterá a juzgamiento de sus autoridades, pero si dicho acontecimiento se presentó fuera de sus territorios, éste tendría la facultad de someterse a la justicia indígena u ordinaria.<sup>109</sup>

Respecto a la materia también se ha aducido que las autoridades indígenas solo podrán resolver respecto de sus conflictos internos,<sup>110</sup> pero ¿qué se entiende por conflicto interno? Un conflicto interno puede ser todo problema que altere la paz y la armonía de la comunidad, y aquello puede presentarse tanto dentro, como fuera de

---

104. Véase Raúl Llasag Fernández, *Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario*, ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO 749, 755–56 (2006).

105. *Id.* en 756–57.

106. *Id.* en 756.

107. Véase *id.* en 755–57 (ejemplificando situaciones que pueden causar una superposición de jurisdicción cuando se presentan conflictos entre indígenas e indígenas, indígenas y no indígenas, en el territorio indígena y fuera del territorio).

108. *Id.*

109. *Id.*

110. Beltrán, *supra* nota 75, en 810.

la comunidad o bien entre una persona indígena y otra no indígena. Algunas tendencias han considerado que los conflictos internos son sólo aquellos de poca trascendencia como conflictos de tierras, problemas intrafamiliares, y que los conflictos como el homicidio, violación ya no comportan esta calidad, por tanto se legitima la intervención del sistema penal estatal.

De hecho, como se ha anotado anteriormente, algunas comunidades indígenas que tienen mucha influencia del sistema occidental remiten el juzgamiento y sanción de delitos más graves al sistema estatal. Sin embargo, dentro de las comunidades que mantienen un sistema de administración justicia no existe una diferenciación en cuanto a la materia, pues tanto un conflicto de tierras como un homicidio o una violación alteran la paz y la armonía de la comunidad y para ello es necesario la mediación y la resolución entre sus propios miembros sin intervención de las autoridades estatales, pues las formas de resolución distan mucho en cuanto a su finalidad y características como lo examinamos anteriormente.

#### E. LA DINAMIZACIÓN DE UNA CULTURA Y EL ROL DE LA MUJER EN LAS COMUNIDADES INDÍGENAS

No se puede negar que las culturas indígenas están en constante dinamización por la evolución de sus costumbres que están sujetas a una menor rigurosidad. En esta dinamización de la cultura, juega un rol preponderante la mujer indígena, quien lamentablemente está sometida no sólo a la discriminación por las estructuras sociales de discriminación racial y pobreza sino también a una discriminación de género que la enfrenta a su vez con el universalismo y el relativismo de los derechos humanos.

El papel de la mujer en las comunidades indígenas refleja una etapa de relacionamiento de “invisibilidad” dentro de las propias comunidades indígenas, como dentro del sistema occidental.<sup>111</sup> En esta conflictiva encrucijada, la mujer indígena ha sido sometida a estructuras patriarcales que la han invisibilizado en la vida

---

111. Susel Paredes Pique, *Reporte 2004 Invisibles Entre los Arboles* 12 (2005), disponible en [http://www.flora.org.pe/pdfs/INVISIBLES\\_ENTRE\\_SUS\\_ARBOLES%5B1%5D.pdf](http://www.flora.org.pe/pdfs/INVISIBLES_ENTRE_SUS_ARBOLES%5B1%5D.pdf) (explicando que algunos de los factores que hacen a la mujer indígena invisible y restringen sus derechos son “la falta de respeto por la cultura a la que pertenecen las mujeres indígenas, así como la situación de pobreza”).

comunitaria y en la participación política, pues en la mayoría de casos, la mujer ha estado destinada a la realización de su papel reproductor que conlleva tareas domésticas no remuneradas como “resultado de una diferenciación sistémica en el hogar y en la comunidad desde la edad más temprana”<sup>112</sup> sumado a ello el escaso acceso a la salud<sup>113</sup> y educación<sup>114</sup> y sobre todo la violencia de género<sup>115</sup> han colocado a la mujer indígena en una fuerte situación de vulnerabilidad.<sup>116</sup>

---

112. Manuela Lavinás Picq, *La violencia como factor de exclusión política: mujeres indígenas en Chimborazo* en PARTICIPACIÓN Y POLÍTICAS DE MUJERES INDÍGENAS EN AMÉRICA LATINA 125, 128 [en adelante *La violencia*] (Andrea Pequeño Comp., 2009).

113. Organización de las Naciones Unidas Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, China, 4 a 15 de septiembre de 1995, *Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer*, ONU Doc. A/CONF.177/20/Rev. 1 (1996). En el Foro de Mujeres Indígenas del Ecuador las mujeres explicaron las alarmantes condiciones sanitarias en sus comunidades. Aunque muchas aldeas cuentan con servicios básicos de salud, esos servicios siguen siendo inadecuados y no satisfacen las necesidades de la población. En 1990, por ejemplo, en el Ecuador murieron 517 niños indígenas de cada 1000 nacidos vivos como consecuencia de infecciones respiratorias e intestinales o malnutrición, enfermedades fácilmente curables. *Id.*

114. *Indicadores con perspectiva de género para los pueblos indígenas*, COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS (8 de febrero de 2009), [http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com\\_content&task=view&id=244&Itemid=54](http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&task=view&id=244&Itemid=54). Por citar un ejemplo, en países como México, donde se han realizado estudios estadísticos respecto del acceso a la educación de los pueblos indígenas, el analfabetismo en municipios indígenas (15 años en adelante) es de 42.2% en el caso de las mujeres y en caso de los hombres 26.4%. Esta tasa refleja la diferencia de género existente en cuanto al acceso a la educación. Así mismo el 25.9% de mujeres de 15 y 59 años no cuenta con ningún tipo de instrucción mientras que ello se reduce en el caso de los hombres al 14.8%. *Id.*

115. *Triple Discriminación excluye a las mujeres rurales, revela estudio de PNUD y ONU Mujeres*, ONU MUJERES (17 de noviembre de 2001), disponible en [http://www.unifemandina.org./index.php?option=com\\_content&view=article&id=617:triple-discriminacion-excluye-a-las-mujeres-rurales-revela-estudio-de-pnud-y-onu-ujeres&catid=26:colombia&Itemid=30](http://www.unifemandina.org./index.php?option=com_content&view=article&id=617:triple-discriminacion-excluye-a-las-mujeres-rurales-revela-estudio-de-pnud-y-onu-ujeres&catid=26:colombia&Itemid=30). En la última encuesta de Profamilia (2010), el 11.6% de mujeres que viven en sectores rurales expresó haber sido víctima de alguna manifestación de violencia física por parte de personas diferentes al esposo o compañero; el 28.9% que alguna vez tuvo pareja, fue víctima del compañero o esposo; y el 52.7% de alguna forma de control (violencia psicológica); y el 29.8% dijo haber recibido amenazas. *Id.*

116. Véase Paredes Pique, *supra* nota 111, en 50 (presentando testimonios revelan que las mujeres indígenas “están en una situación de vulnerabilidad tan grave como no se encuentra quizás en ningún otro grupo humano del país por no tener acceso a la justicia nacional).

La desigualdad en la educación como lo señala Manuela Lavinas en su ensayo<sup>117</sup> implica también brechas en el trabajo, pues los salarios de las mujeres corresponden al 34% de los salarios que reciben los hombres, lo que nos lleva a pensar que esto se debe más bien a una cuestión de discriminación respecto al género, sumado a la discriminación por su condición de indígena.<sup>118</sup>

En la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, y las Formas Conexas de Intolerancia, fue reconocido que la discriminación racial se manifiesta de forma diferenciada para las mujeres y las niñas y llevan al deterioro de sus condiciones de vida, pobreza, violencia, formas múltiples de discriminación, limitación o denegación de sus derechos humanos.<sup>119</sup>

Debido a ello, las mujeres indígenas, en un proceso arduo y lento han querido hacer escuchar sus voces, tanto así que “el impulso al desarrollo de la población indígena con perspectiva de género y diversidad cultural constituye una prioridad para la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio para combatir la pobreza, conseguir la igualdad de género, mejorar la salud, disminuir o eliminar las brechas en el acceso a los recursos, las oportunidades y el bienestar que separan hoy a continentes, naciones y amplios sectores de la población en todo el mundo.”<sup>120</sup>

Actualmente las mujeres indígenas participan en gran número de espacios internacionales como el Foro Permanente para las

---

117. *La violencia*, supra nota 112, en 128.

118. Nina Pacari Vega, *La mujer indígena: Reflexiones sobre su identidad de género*, en CIUDADANÍA Y PARTICIPACIÓN POLÍTICA. MEMORIA DEL SIMPOSIO “EL ABORDAJE DE GÉNERO EN AMÉRICA LATINA Y SU INCIDENCIA EN LOS CAMBIOS SOCIO-POLÍTICOS,” 59, 62–63 (Guadalupe León comp. 1998) (indicando que mujeres indígenas no solo padecen de discriminación por ser mujer, pero también discriminación étnica por ser parte de una comunidad indígena).

119. Conferencia Mundial contra el Racismo, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban, Sudáfrica, 31 de agosto al 8 de septiembre de 2001, *Declaración y Programa de Acción*, 14, ONU Doc. E/CN.4/RES/2002/68 (2002).

120. *Trabajando contra la discriminación étnica/racial y de género. Programa para el ejercicio efectivo de los derechos de las mujeres indígenas latinoamericanas*, ONU MUJERES, 15 de enero de 2012, disponible en [http://www.unifemandina.org/index.php?option=com\\_content&view=article&id=100:trabajando-contrala-discriminacion-etnicaracial-y-de-genero-programa-para-el-ejercicio-efectivo-de-los-derechos-de-las-mujeres-indigenas-latinoamericanas&catid=10:areas-de-trabajo&Itemid=39](http://www.unifemandina.org/index.php?option=com_content&view=article&id=100:trabajando-contrala-discriminacion-etnicaracial-y-de-genero-programa-para-el-ejercicio-efectivo-de-los-derechos-de-las-mujeres-indigenas-latinoamericanas&catid=10:areas-de-trabajo&Itemid=39) [en adelante Unifemandina].

Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (UNPFII) que ha prestado especial atención a las mujeres indígenas.<sup>121</sup> Sin embargo, en la mayoría de ocasiones el discurso feminista de las mujeres indígenas ha servido como instrumento estatal para deslegitimar e intervenir en la justicia indígena, o bien como instrumento interno de las comunidades para deslegitimar el discurso feminista por considerarlo parte del sistema occidental e individualista que interfiere en la cosmovisión colectiva de la comunidad.<sup>122</sup> Es por ello que las mujeres indígenas, como parte de su lucha por la discriminación, han empezado a construir su propio discurso de defensa en la igualdad de género, que parte desde su propia cosmovisión colectiva, “para así construir una mirada propia del ser mujer inserta en las lógicas y modelos culturales, recuperando la cosmovisión como referente simbólico para repensar los roles de género.”<sup>123</sup>

Para ello, también es necesario tener en cuenta que las costumbres y tradiciones difieren de un pueblo indígena a otro, y por lo tanto sus formas de relacionamiento cambian, es así que en algunos pueblos Kichwas del Ecuador se visualiza una cosmovisión dual que difiere de otros pueblos indígenas de tradición netamente patriarcal y que incluye a la mujer no sólo en su historia, sino en sus relaciones de poder, lo cual podría traducirse en ciertos casos como una mayor protección a los derechos de la mujer que el mundo occidental. Por citar solo un ejemplo, la mujer indígena Kichwa que es violada puede decidir criar o no al bebe, y en caso de negarse se encarga de la crianza del niño o la niña al padre, sea éste soltero o casado.<sup>124</sup> En algunos países de tradición occidental, todavía se “discute” si la mujer, que fue sometida a una situación de violencia, tiene o no ese derecho y se invisibiliza el rol que pueda asumir el hombre frente a ello, pues este rol corresponde exclusivamente a la mujer.

---

121. *Voces de los Pueblos Indígenas en las Naciones Unidas*, ONU FORO PERMANENTE PARA LAS CUESTIONES INDÍGENAS, <http://social.un.org/index/Default.aspx?alias=social.un.org/index/indigenouses>.

122. Véase generalmente, María Teresa Sierra, *Mujeres Indígenas, Justicia y Derechos*, IDENTIDADES, ETNICIDAD Y RACISMO EN AMÉRICA LATINA 269 (Fernando García comp. 2008) (citando Morna Macleod, *Género, cosmovisión y movimiento maya en Guatemala*, POLÍTICA, ETNICIDAD E INCLUSIÓN DIGITAL EN LOS ALBORES DEL MILENIO (Scott Robinson coord.. 2007).

123. *Id.* en 272.

124. Entrevista personal a Nina Pacari Vega (enero de 2012).

Finalmente, como lo señala Nina Pacari<sup>125</sup> la lucha por la igualdad de género va de la mano con la lucha por una igualdad no sólo étnica, sino en general de oportunidades pues “ la lucha del movimiento de las mujeres . . . [e]s uno de los movimientos que ha ido fortaleciéndose en el panorama nacional, internacional y mundial.<sup>126</sup> Es un movimiento que crece y tiene grandes retos para lograr cambios en la sociedad. Pero para la mujer indígena es diferente . . . [pues prioriza la] perspectiva como pueblos indígenas sin que signifique que se excluya el tema y los derechos de la mujer. Más aún, consideramos que, en la medida en que nos liberemos como pueblos avanzaremos en la liberación como individuos indígenas.”<sup>127</sup> De esta manera, se pone en debate no sólo la reivindicación de los pueblos indígenas sino también el papel de la mujer indígena, en aras de un cambio de estructuras, construcciones y prejuicios respecto de aquellas.

### III. CONCLUSIONES

La historia de los pueblos indígenas enmarca una situación de discriminación, pobreza y olvido que hoy en día reclama el establecimiento de la igualdad y el respeto a la identidad. Para lograr este objetivo no sólo es necesario el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, sino un reconocimiento mutuo entre el sistema penal indígena y occidental que conlleve un cambio de estructuras sociales y una verdadera cooperación, es decir una nueva fase de relacionamiento que supere el reconocimiento unilateral y se transforme en un reconocimiento mutuo e intercultural para la dinamización y protección de los derechos.

Este reconocimiento implica tener en cuenta que sistema penal indígena no es sólo un sistema para la resolución de conflictos sociales, sino una propia cosmovisión del mundo que merece ser fortalecida, valorada y respetada.

En cuanto a la cooperación propuesta entre estos dos sistemas, ésta comprende la creación de mecanismos que fomenten mayores

---

125. Mujer indígena y líder en Ecuador, ha desempeñado cargos como Ministra de Relaciones Exteriores, primera mujer diputada indígena y jueza de la Corte Constitucional del Ecuador.

126. Nina Pacari Vega, *supra* nota 118, en 66.

127. *Id.*

---

---

niveles de acceso a educación, servicios de salud y trabajo, mediante una colaboración mutua que garantice la democratización de los recursos, ya no desde una perspectiva asistencialista sino de generación y aprovechamiento igualitario de oportunidades.

Adicionalmente, y desde la perspectiva de la administración de justicia, se vuelve necesario la transversalización de los derechos colectivos, pues en la mayoría de casos, los mismos funcionarios y funcionarias judiciales desconocen el sistema penal indígena, lo que ha generado la perennización de esta monovisión cultural en la cual se minimiza el sistema de justicia indígena por considerarlo contrario a los derechos humanos.

Respecto al enfrentamiento que pueda surgir entre la administración de justicia indígena y los derechos humanos, a más de un diálogo intercultural para establecer mínimos intangibles a los derechos humanos, se requiere una interpretación intercultural que refleje el respeto a la identidad y permita, tanto al sistema occidental como indígena, rescatar los factores positivos e incluso mirar los factores negativos de cada sistema. Por ejemplo, del sistema penal indígena se puede rescatar los esfuerzos de la comunidad por lograr una efectiva reparación a las víctimas de un delito, cuestión que en el sistema penal occidental no suele tenerse en cuenta.