

## De las sanciones y las penas en la justicia indígena

José Antonio Regalado

### I. Introducción

La aplicación de las penas en la resolución de conflictos que demanda una tutela jurisdiccional, es una prerrogativa básica en los sistemas de justicia. La facultad de sancionar, de imponer penas es inherente a la función de impartición de justicia. Todas las formas de regulación de conflictos trae consigo el ejercicio permitido del uso de la sanción y/o el castigo. La jurisdicción indígena y sus sistemas de derecho propio tienen igualmente esta atribución punitiva, que la ejercen de forma diversa cada vez que deben resolver un conflicto en su territorio.

El marco jurídico internacional y las normas constitucionales de gran parte de nuestros respectivos países,<sup>46</sup> reconocen a la jurisdicción indígena, su capacidad de juzgamiento y de sanción. La imposición de penas y sanciones está legalmente permitido y los únicos límites que se establecen son aquellos que derivan del respeto a los DDHH o que no afecte el ordenamiento jurídico nacional.

En el desarrollo del manual se hace referencia a las penas y sanciones como un **atributo de la jurisdicción indígena**, como la capacidad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas de aplicar diversas medidas sancionatorias en la resolución de un conflicto. En los **tres casos** planteados en la introducción del presente manual, las comunidades indígenas aludidas, especialmente el caso 2 y el 3, ejercitan su derecho a juzgar y sancionar conforme a sus sistemas normativos propios. Hasta aquí, parece estar claro que la jurisdicción indígena comprende también la capacidad de establecer penas y sanciones, reconocida en nuestras constituciones nacionales, en el Convenio 169 de la OIT, así como en la DNUDPI. Esta jurisdicción no sólo comprende la capacidad de *notio* (conocer), *juditio* (juzgar) sino también de *coertio* (capacidad de ejercicio de la violencia legítima), como acertadamente lo señalan Vicente Cabedo<sup>47</sup>, Francisco López Ibarcena<sup>48</sup>, Stavenhaven, y otros reconocidos juristas expresando que los sistemas de justicia propia, al ser instituciones de control social y de composición de conflictos, usan diversas

---

<sup>46</sup> Véase tabla en el anexo.

<sup>47</sup> PEÑA JUMPA, Antonio; CABEDO, Vicente; LÓPEZ IBÁRCENA, Francisco, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos indígenas de América latina*, PUCP, 2002. Aquí se habla de sistemas normativos indígenas, concepto que comparto plenamente.

<sup>48</sup> LÓPEZ IBARCENA, Francisco, *Entre las teorías jurídicas y el derecho indígena. Ensayo sobre la ceguera jurídica*, Bogotá, 2005.

medidas de coerción para establecer sus decisiones frente a aquel que transgrede las reglas de convivencia de la comunidad.

Ahora bien, para que se apliquen las penas y sanciones en estos sistemas de justicia comunal, existen una serie de reglamentos, normas consuetudinarias que rigen el ordenamiento social de la comunidad, también autoridades legítimamente constituidas, procedimientos establecidos para resolver los distintos tipos de conflictos que se presentan, conforme a su derecho ancestral y finalmente la determinación de la aplicación de las penas conforme al tipo de infracciones en las que se ha incurrido.

En los **casos María** y el de **Oposición de Principios**, estos rasgos señalados de la administración de justicia indígena se ven con claridad, se han producido los hechos y son esclarecidos en la comunidad, existe un procedimiento para determinar responsabilidades y las autoridades aplican una sanción en cada caso, en algunas ocasiones como ocurre en los casos señalados, estas personas sancionadas con determinados castigos no lo aceptan, y se recurre a otras instancias —generalmente la jurisdicción estatal— esperando encontrar un fallo o sanción distinto.

## II. La justificación de la pena en la jurisdicción indígena

Esta forma de proceder en la jurisdicción indígena se corresponde con las teorías jurídicas existentes sobre las penas o es un elemento típico de los sistemas de control penal actual. La pena en el derecho es la sanción jurídica aplicable a quien viola la norma jurídica prohibitiva. Es un “mal” que debe imponerse al culpable o responsable de la comisión de un delito.

En tal sentido, la pena “es un castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras un debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho y a causa de dicha infracción.”<sup>49</sup>

Todo sistema social, incluso toda relación humana, necesita de instrumentos de control para evitar que los abusos de unos afecten o frustren las expectativas o los derechos de otros. Esto resulta lógico, ya que todo grupo social aspira a una mínima homogeneización que haga posible la convivencia y se logre una paz social. En este contexto aparece la sanción como medio de control, que es aplicado a los que atentan los intereses establecido por la sociedad o el orden social.

De acuerdo con Núñez<sup>50</sup>, “la pena es un mal consistente en la pérdida de bienes como retribución por haber violado el deber de no cometer un delito”. El origen

49 BRAMONT ARIAS, Luis, *Temas de derecho penal*, Lima, SP Editores, 1990.

50 NUÑEZ, Ricardo, *Derecho penal Argentino*, Buenos Aires, Editorial Bibliografica Argentina, 1959.

de la pena, a diferencia de su compañera la medida de seguridad, se pierde en los albores de la humanidad. El Código de Hammurabi en Babilonia (siglo XXII a.C.), las Leyes de Manu en la India (siglo XI a.C.), las Leyes de Dragón en Atenas (siglo VII a.C.), o las Doce Tablas en Roma (siglo V a.C.), entre otros textos legales de los pueblos antiguos, dan prueba de la remota existencia de la pena.

No obstante, hay que indicar que las características de las remotas penas, poco o nada tienen que ver con las que actualmente se consideran esenciales, que sólo en épocas relativamente recientes aparecen.

La pena se justifica por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad. Sin la pena, la convivencia humana en la sociedad actual sería imposible. Su justificación no es por consiguiente una cuestión religiosa ni filosófica, sino una amarga necesidad. Más discutidos son los problemas sobre el fundamento y fines de la pena. Estos han constituido el objeto de la llamada “lucha de Escuelas”, que durante muchos años ha sido el punto de quiebre de discusiones y polémicas en la Ciencia del Derecho Penal. Aquí expondré sucintamente los tres puntos de vista principalmente mantenidos, distinguiéndose tradicionalmente, las teorías absolutas, teorías relativas y teorías eclécticas o de la unión.

Para las teorías absolutas, llamadas también retributivas el fundamento de la pena radica en la mera retribución, mientras que para las teorías relativas la pena no constituye un fin en sí misma sino un medio de prevención. Se busca resocializar a la persona que comete el delito. En tal sentido, no se puede afirmar que existe función única en la pena, ni mucho menos asignar a la pena un fin exclusivo. La pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. El siguiente cuadro grafica la discusión de las diversas teorías:<sup>51</sup>

---

51 GERMÁN HASSEL, Guillermo Eduardo, *Introducción y Teoría de la Ley penal*, Facultad de derecho, Santa Fe, Universidad Católica de Santa Fe, 2007.

### III. La naturaleza de las penas en el sistema indígena

Señala Antonio Peña Jumpa,<sup>52</sup> analizando la jurisdicción indígena, que las sanciones pueden ser definidas como la **fuerza coercitiva de la comunidad** que surgen ante el incumplimiento de sus reglas básicas. En la medida que se ha transgredido las normas de convivencia en la comunidad, las penas intentarían restaurar esa convivencia alterada. Buscan prevenir o mantener la situación de armonía de la comunidad. Dentro de esta perspectiva la sanción se puede componer de tres elementos básicos:

- La reparación del daño
- La aplicación de una pena o castigo
- La amenaza de una pena mayor

El propósito general de la pena en los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia propios es restaurar las cosas a su estado anterior a la agresión o el “delito”, si algo se ha dañado o afectado el transgresor debe reparar ese daño causado y restablecer la convivencia y la armonía en la comunidad. Aunque la mayor parte de los procedimientos de composición de conflictos de los pueblos indígenas terminan en acuerdos o conciliaciones también se establecen penas y/o castigos para aquellos que han transgredido las normas establecidas en la comunidad.

El objetivo general de la resolución de un conflicto al interior de la comunidad es mantener o restablecer la paz comunal mediante el nuevo equilibrio en las relaciones sociales, creado por el arreglo o la decisión. Busca igualmente imponer orden y autoridad, todos coinciden en que las sanciones y su aplicación garantiza la vigencia de la autoridad y el orden en la comunidad. Igualmente se enfatiza en los procesos de justicia comunal que los infractores rectifiquen su conducta. Tienen que aprender una “lección”.

Un estudio socio jurídico que investigó en 2 países la justicia indígena, da cuenta que en los conflictos resueltos por la justicia comunal no todos terminan con una sanción. En este estudio, se señala que alrededor del 58.9% de los conflictos terminan con una conciliación, arreglo o transacción; mientras que un 18.7% de las actas analizadas la solución quedaba pendiente, mientras que sólo se encuentra en un 22.1% una decisión comunal que incluye las sanciones.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> PEÑA JUMPA, Antonio, *Multiculturalidad y Constitución*, Lima, Centro de estudios Constitucionales, 2009.

<sup>53</sup> BRANDT, Hans-Jürgen; FRANCO VALDIVIA, Roció, *Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, Valores y Procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en Comunidades Indígenas y Campesinas de Ecuador y Perú*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007.

## RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL PLURALISMO JURÍDICO Y EL DERECHO INDÍGENA EN LOS PAÍSES ANDINOS

PUNTOS DE COMPARACIÓN	CONVENIO 169 OIT	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA DE 1991	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ DE 1993	REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA DE 1994	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE ECUADOR DE 1998	CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE VENEZUELA DE 1999
1. Fundamento	Estado reconoce Pluriculturalidad de la Nación o se define como tal. – Considerando... la evolución del derecho internacional desde 1957 y la situación de los pueblos indígenas (...) hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores;	Art. 7: El estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana – Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas, religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.	Art. 2: Toda persona tiene derecho, Inc. 19: A su identidad étnica y cultural. El estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la nación.	Artículo 1º, 7, 32 y 171	Art. 1: Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la solidaridad de todos los bolivianos.	Art. 1. El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada. (...)
2. Texto de reconocimiento del pluralismo legal a) El Derecho Indígena o Consuetudinario,	Art. 8, 2: Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el	Art. 246: Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales	Art. 149: Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas con el apoyo de las Ron	Art. 141: (...) Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas podrán	Art. 149: (...) Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando	Artículo 260: Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instan

(Continúa)

(Continuación)

<p>b) la Jurisdicción Indígena y                  c) la institucionalidad indígena (Autoridades e instituciones propias).</p>	<p>sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberían establecerse procedimientos para soluciones los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.                  Art. 9,1 En la medida que ellos sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.</p>	<p>dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema jurídico nacional.</p>	<p>das Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona. La ley establece las formas de coordinación de dicha jurisdicción especial con los Juzgados de Paz y con las demás instancias del Poder Judicial.</p>	<p>ejercer función de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de los conflictos, en conformidad a sus costumbres y procedimientos siempre que no sean contrarios a esta Constitución y las leyes. La ley compatibilizará estas funciones con las atribuciones de los poderes del estado.</p>	<p>normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.</p>	<p>cias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, según sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a esta Constitución, a la ley y al orden público. La ley determinará la forma de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.</p>
<p>3. Límite</p>	<p>1. En general: que costumbres e instituciones propias no sean incompatibles:                  a) con los derechos fundamentales reconocidos por el sistema jurídico nacional, y                  b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.                  2. En materia penal, que métodos de control sean compatibles con:                  a) el sistema jurídico                  b) con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.</p>	<p>Que normas y procedimientos no sean contrarios a: Constitución, y Leyes de la República</p>	<p>Que no violen: Los derechos fundamentales de la persona.</p>	<p>Que costumbres y procedimientos no sean contrarios a: Constitución, y Leyes de la República</p>	<p>Que normas y procedimientos del Derecho Consuetudinario no sean contrarios a: Constitución, y Leyes</p>	<p>Que normas y procedimientos no sean contrarios a:                  1. Constitución,                  2. la Ley, y                  3. el orden público</p>

## 1. Tipos de sanciones en la jurisdicción indígena

Dentro de los sistemas de justicia comunal o indígena existen un sin número de sanciones como sistemas pueden existir. Sin embargo aunque con diversos nombres y significados, los tipos de sanciones son similares en los diversos países donde se aplican estos sistemas, así tenemos sanciones como:

- las multas,
- la devolución de los objetos robados,
- las indemnizaciones,
- ejercicios físicos,
- multas económicas,
- el pago de los daños a través del trabajo comunal,
- el baño con agua fría,
- el castigo con ortiga, el fuste o látigo, los pencazos,
- trabajos en las comunidades,
- pérdida de sus derechos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la Comunidad, considerado también como una de las sanciones más graves.

Este conjunto de sanciones podemos decir que son tangibles, es decir, tienen una presentación material"... Agregándose que en los pueblos indígenas existen otras..."sanciones tangibles, no tienen representación material más sí simbólicas, como la exposición pública y la imposición pública de las sanciones".<sup>54</sup>

Las multas, por ejemplo, son establecidas de acuerdo a la cuantía de la causa, como también de acuerdo a la gravedad del caso, la posibilidad económica de los accionantes; en el caso de los quichuas de Ecuador por ejemplo: siendo las más sobresalientes y notorias las siguientes: 200.000 sucres por el robo de animales, 150.000 sucres por las peleas entre familiares o vecinos, 200.000 sucres por problemas de linderos, 50.000 sucres por chismes. El fruto de las multas es destinado a los fondos de las comunidades y/o de la Organización. En otras comunidades se prioriza el castigo corporal como los fuetazos, la penqueada o el trabajo comunitario como la denominada cadena ronderil y los apremios físicos que aplican las rondas campesinas del Perú.

Peña Jumpa<sup>55</sup> en sus trabajos de investigación con comunidades campesinas del sur, o las comunidades nativas aguarunas del norte amazónico del Perú ha identifi-

---

<sup>54</sup> PIÑACUE, Jesús, "Aplicación autónoma de la justicia en Comunidades Paeces. Una aproximación", en *La jurisdicción especial indígena. Misterio de justicia y del derecho*, Bogotá, 1997, p. 47.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

cado algunos tipos de penas como: el calabozo o privación de la libertad, el trabajo forzado o servicio público, el humeo en la cara y la toma de ayahuasca o toé, la hortigueada, el corte de pelo, multas, etc. Son muy diversas los tipos de sanciones en cada comunidad o sistema de justicia indígena.

Las sanciones que se aplican en la jurisdicción indígena generalmente son de obligatorio cumplimiento, hay comunidades como el Tribunal superior indígena de Tolima en Colombia, que solicita siempre el apoyo de la Policía Estatal para dar cumplimiento a sus fallos, pero esto es un caso especial, **la mayor parte de las sanciones comunales las ejecutan las mismas autoridades comunales**. Todas las resoluciones que se adoptan en la administración de justicia, quedan recopiladas en actas y guardadas celosamente en los archivos de las comunidades. Esto lo hacen, previendo hechos futuros que pueden suscitarse, como por ejemplo el caso de que cualquier autoridad, de dentro o fuera de la comunidad, pretenda desconocer o sancionar nuevamente por el mismo acto, debiendo mirar el hecho de que ya fue tratado y sancionado, es decir se va formando una jurisprudencia que podría denominarse comunal.

## 2. Las penas y la justicia restaurativa

Hemos sostenido que las penas buscan principalmente el resarcimiento del daño y la restauración de las relaciones dañadas en la comunidad. Para ciertos sistemas normativos indígenas, el agresor es una persona que ha sido influenciado por un espíritu o una energía negativa y por lo tanto representa el mal, en algún momento se identifica el delito o el acto transgresor como el pecado o la esclavitud del pecado, y entonces cuando aplican las sanciones están liberando a la comunidad de esa energía negativa. Están expiando al transgresor de sus culpas.

**Las penas en la justicia comunitaria no se detienen principalmente en la culpabilidad dolosa o subjetiva, los hechos son objetivos y las sanciones se aplican sobre la base de la confesión y el arrepentimiento.** Las penas no persiguen mirar el pasado sino sobre todo restaurar el orden de las relaciones rotas en la comunidad y miran hacia el futuro; persiguen reparar el daño cometido. El investigador americano John Guillitz. Tiene una tesis interesante sobre este punto. El sostiene por ejemplo, haciendo un estudio sobre las rondas campesinas en el Perú, que en la aplicación de las penas hay un acto de purificación, y que las sanciones ronderas son parte de las costumbres de la zona, y producto de una fuerte influencia religiosa colonial. Las penas buscan expiar al transgresor con las normas comunales y la obediencia a las normas morales existentes en la comunidad.

La justicia restaurativa está presente en la administración de justicia comunitaria desde siempre y ha sido de mucho éxito ahí donde se ha practicado. La



justicia restaurativa es un nuevo movimiento en los avances de la victimología y la criminología. Reconociendo que el crimen causa daños a las personas y las comunidades se insiste en que la justicia repara esos daños y que a las partes se les permite participar de los procesos. La justicia restaurativa es una teoría de la justicia que enfatiza en la reparación del daño o presentado por una conducta delictiva. Se alcanza mejor a través de procesos cooperativos que incluyen a todos los interesados.<sup>56</sup>

El énfasis en la búsqueda del acuerdo y de la reparación del daño está en función del restablecimiento del equilibrio social en los caseríos y estancias, donde las relaciones sociales se construyen con base en lazos familiares, de vecindad o de parentesco generalmente frágiles. La justicia campesina funciona en el marco de un contexto social y cultural de proximidad, en que tanto el demandante como el demandado se conocen y conviven. En este aspecto, la justicia campesina se diferencia de la justicia estatal porque la primera resuelve el conflicto teniendo en cuenta el contexto de convivencia social, y la segunda, sólo tomando como referencia la ley descontextualizada. Sin embargo, la primera tiene limitaciones en la solución de conflictos porque carece de un aval de carácter coercitivo legal que imponga el cumplimiento de sus decisiones con validez. Como esta limitación es de conocimiento de las partes en conflicto, éstos recurren a las instituciones que más les convenga: desde el Poder Judicial hasta los tenientes gobernadores, pasando por los jueces de paz.

Debido a su afán de restaurar el orden social, los expertos han denominado esta forma de hacer justicia como *justicia restaurativa*, la cual, según Faundez (2003), “pone mucha énfasis en la confesión y la disculpa por el daño causado a la víctima o a la comunidad”. Efectivamente, los ronderos buscan que el infractor confiese su falta, explique las razones que lo motivaron para cometerla, pida perdón y se comprometa a no repetirla.

El maestro Raul Zaffaroni señala:

No tenemos autoridad moral alguna para imponerles a las comunidades originarias un sistema de solución de conflictos mejor que el que ellas mismas practican. Si el sistema penal de que dispone la pretendida civilización es el que padecemos en nuestros países, lo racional es admitir que es preferible el comunitario y en la medida que funcione lo mejor que podemos hacer es reconocerlo y no entrometernos, porque no tenemos nada mejor que ofrecerles.<sup>57</sup>

---

56 Centro para la Justicia y la Reconciliación, mayo del 2005, USA.

57 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la Ley Penal”, en *Derechos ancestrales. Justicia en contextos plurinacionales*, Quito, Ministerio de justicia y DDHH, 2009, p. 110.

### III. De las penas y sanciones y sus límites en los DDHH

Las penas establecidas en las comunidades, hemos dicho, **pretenden regular el control social de la vida en la comunidad, no persiguen en general dañar al individuo infractor o sujeto transgresor**, sino mitigar el daño, restaurar la armonía social, no existen en los tipos de penas comunitarias la pena de muerte, la desaparición de los infractores o la tortura física o psicológica que afecta gravemente la salud de los individuos, lo que existe son castigos físicos, que guardan proporcionalidad con las responsabilidades establecidas en las asambleas. **El mayor castigo es la expulsión o la entrega a las autoridades judiciales estatales. Las sanciones que se utilizan son parte de un consenso colectivo y responden a los criterios establecidos en la misma comunidad que muchas veces para los valores del sistema de control penal formal son violatorios a los DDHH.**

Es cierto que algunas sanciones en los sistemas jurídicos indígenas vulneran derechos fundamentales, por eso es que en todas nuestras constituciones y en el propio Convenio 169 se coloca el límite de los DDHH ante el ejercicio de la potestad de juzgamiento de los pueblos indígenas. Algunas Constituciones señalan como límites “que no atenten contra el ordenamiento jurídico...” en todo caso lo importante es que al momento de evaluar estos hechos y los tipos de sanciones que se aplican, deben ser abordados desde una mirada intercultural y con clave pluralista, no se puede juzgar sólo desde el punto de vista de las normas del sistema ordinario también hay que respetar las formas establecidas en los sistemas indígenas y buscar una solución intermedia, como ha sucedido con la Corte Constitucional Colombiana que ha fijado como parámetros para los diversos tipos de castigo en la justicia indígena un núcleo básico de derechos que los sistemas justicia propia deben adecuar en el momento de aplicar las sanciones en los conflictos que conocen<sup>58</sup>.

En efecto, en la sentencia T- 254 de 1994 (M.P. Eduardo Cifuentes Muños), la Corte Constitucional colombiana dijo:

La plena vigencia de los derechos fundamentales constitucionales en los territorios indígenas como límite al principio de diversidad étnica y constitucional es acogido en el plano del derecho internacional, particularmente en lo que tiene que ver con los DDHH como código universal de convivencia y diálogo entre las culturas y presupuesto de la paz, de la justicia, de la libertad y de la prosperidad de todos los pueblos.

---

58 La Corte Constitucional Colombiana en una sentencia que revisa las sanciones de la jurisdicción indígena ha señalado como DDHH básicos: El derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la tortura y el debido proceso.

Sin embargo posteriormente en las sentencias T- 349 de 1996 y T- 593 de 1997 señaló que las autoridades indígenas se encuentran sometidas a unos “mínimos contenidos éticos”, esto es el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura, la legalidad de los procedimientos, los delitos y las penas de conformidad con la especificidad cultural de cada comunidad indígena. Esta última posición es la que no se ha rescatado de manera suficiente en la difusión de la jurisprudencia de la Corte, y es la que en propiedad, como señala Edgar Solano, es la más acorde con el principio constitucional de respeto a la identidad étnica y cultural de la nación. Pues logra conciliar el carácter universal de los DDHH con el respeto de las diferencias culturales de las minorías.<sup>59</sup>

Todas las constituciones en América Latina como lo señala Raquel Yrigoyen, en la tabla de la legislación constitucional comparada, han señalado límites al ejercicio de la función jurisdiccional de los sistemas de justicia indígena. El principal límite es el respeto irrestricto a los DDHH, en esto también es compatible lo que se ha producido en la jurisprudencia del Perú a través de diversas sentencias o ejecutorias supremas.

Este es un tema que ha merecido mucha discusión especialmente entre los operadores de los sistemas jurídicos estatales que ven en las sanciones de la jurisdicción indígena el último reducto del sistema de justicia, sin embargo aquí corresponde tener un enfoque mayor sobre el modelo plural de justicia, y los sistemas normativos indígenas a los que hay que reconocer plenamente su derecho a ejercer la potestad de sancionar.

#### IV. La legislación comparada y los sistemas de sanciones

Casi todas las constituciones nacionales reconocen los sistemas de justicia propia de los pueblos indígenas, y por ende su derecho a sancionar como una facultad de los sistemas normativos de justicia. El límite que suelen indicar es el respeto a los DDHH, la ley y el orden público. Ecuador, Bolivia, Perú, Colombia, Venezuela tienen estos criterios pero estos temas han sido resueltos por la vía jurisprudencial, como por ejemplo la Corte Constitucional colombiana. Esto podemos graficarlo en este cuadro comparativo elaborado por Raquel Yrigoyen<sup>60</sup> y que para efectos de nuestro fundamento nos interesa resaltar algunos de sus hallazgos:

---

59 SOLANO GONZÁLES, Edgar (profesor, investigador de la Universidad Externado de Colombia), *La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana*, ensayo, Bogotá, 2001, p. 176.

60 YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, “Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino”, en BERRAONDO (coord.), *Pueblos Indígenas y DDHH*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, pp. 537—567.

Para finalizar creo que debemos ceñirnos a esta regla que la Corte Constitucional colombiana ha señalado respecto a la autonomía de los pueblos indígenas y sus sistemas de justicia: La regla de *maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y minimización de las restricciones*, con la cual se busca salvaguardar los intereses de mayor jerarquía. Esta regla —en palabras de la propia Corte Constitucional—:

[...] supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: ... **1. A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía [...]** **2 Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares [...].** **3 Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural [...]** **Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.** [Énfasis añadido]

## V. Lectura recomendada

1. PEÑA Jumpa, Vicente Cabedo, Francisco López Bárcenas, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos indígenas de América latina*, Peru, PUCP, 2002.
2. *Compilación y selección de los Fallos y decisiones de la jurisdicción especial indígena 1980-2006*. Colombia, Consejo Superior de la Judicatura-Legis, 2006.
3. SOLANO González, Edgar, *La Jurisdicción Especial Indígena ante la Corte Constitucional Colombiana*, Bogota, 2001.
4. *Los Derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica*, OIT, 2009.
5. *Aplicación del Convenio 169 de la OIT por Tribunales Nacionales e Internacionales en America Latina*.
6. JÜRGEN Brandt, Hans, Roció Franco Valdivia. *Justicia Comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. Normas, Valores y Procedimientos en la justicia comunitaria. Estudio cualitativo en Comunidades Indígenas y Campesinas de Ecuador y Perú*, Lima, Instituto de Defensa Legal, 2007.