

Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos: el encarcelamiento como verdadera *ultima ratio*

POR LISANDRO OZAFRAIN (*)

Sumario: I. Introducción. — II. La pena como restricción violenta de derechos. — III. Derecho penal “oficial”: *ius puniendi*, poder punitivo y *ultima ratio*. — IV. Resolución de conflictos en los pueblos indígenas: primacía de la respuesta no violenta. Verdadera vigencia del principio de *ultima ratio*. — V. Recepción normativa del principio de *ultima ratio* en el derecho internacional de los derechos humanos. Referencias expresas en el Convenio 169 de la OIT y su lectura a la luz de la UNDRIP. — VI. Consecuencias de la vigencia del principio de *ultima ratio* y de su recepción expresa en el derecho internacional de los derechos humanos. Refuerzo del derecho a la autonomía de la jurisdicción indígena. — VII. Conclusiones. — VIII. Bibliografía.

Resumen: en el presente trabajo se propone una caracterización y comparación de los modos de gestión de la conflictividad en los denominados “Estados occidentales” —con predominio de respuesta punitiva, a través del derecho penal “oficial”— y en las comunidades indígenas —donde prima la respuesta no violenta—. A partir de la definición de uno de los principios “pilares” del derecho penal occidental —principio de *ultimo ratio* o de mínima intervención—, se procura, además, establecer cómo el principio en cuestión es asumido en la praxis de la gestión de conflictos en uno y otro sistema, y cuál ha sido su recepción normativa en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Finalmente, se establecen las consecuencias de este reconocimiento normativo.

Palabras claves: jurisdicción indígena - derechos humanos - derecho penal

Principle of “minimum intervention”, indigenous jurisdiction and human rights: imprisonment as true ultima ratio

Abstract: the aim of this paper is to provide a detail characterization and comparison of the ways social conflicts are dealt with in the so-called “Western States” —with an especial focus on the punitive sanction— and in indigenous communities —where non-violent measures prevail. We also seek to determine how one of the corner stones of criminal law —the principle of *ultima ratio* or “minimum intervention”— is put into practice when dealing with conflicts in the aforementioned systems, as well as what its regulatory impact has been within the International Law of Human Rights. Finally, the consequences of this regulatory recognition are set forth.

Keywords: indigenous jurisdiction - human rights - criminal law

(*) Prof. Adscripto a la docencia Cátedra Derecho Penal II, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP.

I. Introducción

Los pueblos indígenas y sus miembros han tenido que luchar mucho para lograr el tímido reconocimiento de sus derechos del que hoy pueden dar cuenta. Aun cuando el estado de cosas actual diste mucho del ideal —esto es: el verdadero respeto al principio de igualdad en la diferencia, con todas las consecuencias que ello acarrea—, lo cierto es que atento al camino recorrido —salpicado de etnocidio, invisibilización e idearios asimilacionistas e integracionistas—, el hecho de que en la actualidad se pueda discutir jurídicamente, entre otras cosas, de Estados plurinacionales, de pluralismo jurídico y de derechos diferenciados jurídicamente exigibles debe ser tomado como un avance.

Los dos instrumentos más importantes que se encuentran vigentes al día de hoy en esta materia —el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP) de 2006— consagran, además de los derechos humanos reconocidos para todas las personas, un catálogo de derechos especiales tanto individuales como colectivos que les corresponden a los miembros de los pueblos indígenas por su estatus especial.

Ahora bien, si puede darse por cierto que la producción normativa en las últimas décadas ha empezado a tener en cuenta las particularidades de estos especiales sujetos de derechos, la aplicación práctica de esa normativa anda, lamentablemente, por un camino hartó diferente.

En lo que sigue, nos concentraremos en el análisis de uno de los ámbitos en los que más ampliamente se percibe este déficit de implementación: el de la denominada “jurisdicción indígena”. Y, dentro de este, analizaremos en particular el modo en que los pueblos indígenas gestionan sus conflictos al interior de las comunidades.

En primer lugar, caracterizaremos sucintamente, los modos de gestión de la conflictividad en los denominados “Estados occidentales” —con predominio de respuesta punitiva, a través del derecho penal “oficial”— y en las comunidades indígenas —donde, adelantamos, prima la respuesta no violenta—.

A continuación, y a partir de la definición de uno de los principios “pilares” del derecho penal occidental —principio de *ultimo ratio* o de mínima intervención—, procuraremos ver cómo el principio en cuestión es asumido en la praxis de la gestión de conflictos en uno y otro sistema, y cuál ha sido su recepción normativa en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Finalmente, se tratarán de establecer las consecuencias de este reconocimiento normativo.

II. La pena como restricción violenta de derechos

De las múltiples respuestas que en carácter de sanción las organizaciones políticas han sabido proferir a los individuos a lo largo de la historia —muerte, mutilación, azotes, tacha de infamia, pérdida de derechos, expulsión, multa, trabajos forzados, entre muchas otras— al día de hoy la que decididamente predomina es la pena privativa de libertad.

No es este el espacio para ensayar una genealogía de las formas del poder punitivo, tampoco su crítica. Baste por ahora señalar que, con independencia de las muy acertadas reservas que pueden formularse a la prisión como modo de gestión de conflictos, la misma es concebida, al día de hoy como “tolerable”. Es que existiendo un catálogo de prácticas decidida y razonablemente condenadas por el orden jurídico internacional —como ser la tortura (1), los trabajos forzados (2), la pena

(1) La prohibición de tortura tiene hoy carácter de norma *ius cogens*. Ver, por ejemplo, el voto concurrente del Juez Cancado Trindade en el fallo “Maritza Urrutia c. Guatemala”, párrs. 6 y 8.

(2) Artículo 3.8.a. PIDCP, entre otros instrumentos.

de muerte (3)—, la pena privativa de libertad no participa de este carácter y, antes que prohibida, la misma está regulada —y hasta podríamos decir justificada— por instrumentos de carácter convencional (4).

Ahora bien, con independencia de la valoración que se pueda hacer de la misma, es necesario formular una primera caracterización de la pena privativa de libertad y, a este respecto, postularemos que ésta debe ser entendida como *restricción violenta de derechos*.

En efecto, la pena de prisión puede adoptar diversas formas y ejecutarse de maneras radicalmente diferentes, aún dentro de un mismo Estado. Pero por sobre esta diversidad de modalidades de ejecución, por sobre las características propias de cada establecimiento, por sobre los modos de empleo del tiempo que dura la pena, el carácter común e ineludible es que la pena de prisión implica, antes que nada, la privación no consentida de la libertad de movimiento del condenado.

Esto lo ha reconocido el propio Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 35, que establece que:

a. “la libertad personal se refiere a la **ausencia de confinamiento físico**” (párr. 3).

b. “la privación de libertad implica una **restricción de movimientos más estricta en un espacio más limitado que la mera interferencia con la libertad de circulación** a que se hace referencia en el artículo 12. Entre los ejemplos de privación de libertad se cuentan la detención en dependencias de la policía, el ‘arraigo’, la reclusión preventiva, la **prisión tras una condena**, el arresto domiciliario (...)” (párr. 5).

c. “la privación de la libertad personal se hace **sin el libre consentimiento**. No son objeto de privación de libertad las personas que acuden voluntariamente a una comisaría para participar en una investigación y que saben que pueden irse en cualquier momento” (párr. 6) —el destacado nos pertenece—.

Tal como se ve, en la propia consideración del Comité de Derechos Humanos se puede reconstruir el concepto de la pena de prisión como *una estricta restricción de movimientos en un espacio limitado que afecta la libertad personal (entendida, precisamente, como ausencia de confinamiento físico) y que se produce sin el libre consentimiento de la persona cuya libertad se restringe*.

La pena de prisión es, pues, una forma de restricción de derechos que, además, se califica de *violenta*. En efecto, dice con razón Binder que “lo que se encuentra en juego en el campo de la justicia penal es una específica forma de violencia física, que llamamos pena y que consiste, básicamente, en la reclusión en un sistema de interacción violenta que denominamos ‘cárcel’” (2013: 246). El confinamiento de individuos en instituciones carcelarias solo se logra a través del empleo de la fuerza. Para eso, entre otras cosas, se dota de armas a los funcionarios de las fuerzas de seguridad, a los miembros de las policías y de los servicios penitenciarios. Y aun cuando el empleo de la fuerza no se haga efectivo, la amenaza del mismo está siempre latente.

A su vez, la prisionización tiene inevitables efectos deteriorantes que han sido objeto de estudio por la sociología y la criminología. Aún en condiciones ideales, la cárcel genera en el prisionizado angustia, inquietud, ruptura de las relaciones afectivas. Si a ello se le suman los defectos de nuestros sistemas carcelarios latinoamericanos —superpoblación, falta de atención médica y alimenticia,

(3) Así, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128 15 de diciembre de 1989.

(4) Ver, entre otros, el artículo 10.3 PIDCP en relación a la finalidad del “tratamiento” penitenciario.

abuso de poder institucional, aumento dramático de las probabilidades de muerte violenta—, no queda sino concluir que la integridad personal del prisionizado se encuentra en permanente riesgo durante el tiempo que permanece encarcelado (Zaffaroni, 2012), cuando dicho riesgo no se plasma en afectaciones concretas de la integridad. El perjuicio psicofísico es evidente.

El encierro carcelario es, reiteramos, violencia desplegada por el Estado contra los individuos para restringir su derecho a la libertad ambulatoria —entre otros derechos susceptibles de ser restringidos—.

Esta especial forma de restricción violenta de derechos es —ya lo hemos dicho— la sanción predilecta de los sistemas jurídicos occidentales y, por ello, la principal herramienta político criminal de estos Estados.

III. Derecho penal “oficial”: *ius puniendi*, poder punitivo y *ultima ratio*

Tal como señala Alberto Binder (2011), el poder penal reconoce profundas raíces históricas, y se ha ejercido siempre con algún nivel de organización. Es decir que aún en las más tempranas formas de organización social ha habido una determinada forma de violencia estatal organizada, o, lo que es lo mismo, una determinada política criminal.

Pero a esta verificación de la facticidad del poder penal en toda organización política se agrega el dato de su justificación jurídica. Pareciera ser que no basta para ejercer el poder penal el mero hecho de ser poderoso, porque siempre se ha procurado elaborar discursos que justifican la existencia de un derecho a ese ejercicio. Los Estados —y sus órganos o representantes— se entienden a sí mismos como verdaderos titulares del *ius puniendi* —derecho a castigar— y legitimados por ese derecho es que despliegan violencia sobre los ciudadanos.

Este no es el espacio para repasar la historia del castigo, de sus justificaciones y críticas. No obstante ello, insistimos, los Estados occidentales modernos operan bajo el presupuesto de que existe un derecho incontrovertible a castigar, y ello se evidencia en la mayoría de los textos constitucionales, que atribuyen expresamente a los órganos legislativos facultades para dictar normas penales (5) —o, lo que es lo mismo, habilitar espacios de aplicación legítima de castigo violento— y designar jueces para que las apliquen (6).

Dicho esto, también corresponde señalar que la tradición del derecho penal liberal ha marcado —al menos desde lo discursivo— la necesidad de establecer límites al castigo, de no ser pródigos en violencia. Esta tendencia a la dulcificación de la pena —que, aunque con antecedentes más antiguos, reconoce un origen más o menos cierto en el movimiento de la Ilustración europea— ha definido como uno de esos límites —junto a otros, como el rechazo a la pena de muerte y el principio de proporcionalidad— al denominado “principio de *ultima ratio*”.

Este principio de *ultima ratio* o de mínima intervención en materia penal, en su formulación más elemental, implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos deben ser empleados siempre como último recurso, y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad. Como ya dijéramos, el mismo reconoce sus orígenes y su fundamento filosófico-político en la Ilustración y representantes de la mejor doctrina penal liberal europea, como Beccaria (2010) se han referido, de una forma u otra, a él. También, más cerca en el tiempo, lo han hecho estudiosos contemporáneos como Luigi Ferrajoli (1995).

(5) A título de ejemplo, el artículo 75 inciso 12 de nuestra Constitución Nacional.

(6) Así, los artículos 116, 118 y concordantes de nuestra Constitución Nacional.

Alberto Binder (2011) prefiere hablar, antes que de un único principio, de *los principios de ultima ratio*, entendiendo que, si bien existe un principio de *ultima ratio* en sentido amplio, se trata en realidad de una pluralidad de directrices concurrentes pero conceptualmente diferenciables.

Muy sintéticamente, señalaremos la clasificación propuesta por el autor:

a. *Ultima ratio* en sentido estricto: el contenido de este principio puede definirse, esencialmente, como la primacía de los medios no violentos en la gestión de conflictos. Con cita de Luzón Peña, Binder afirma que, en función de este principio, “si la protección de la sociedad y los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se debe utilizar esto” (2011: 213).

Este concepto, señala, tiene un carácter “relacional”, pues se refiere a la “primacía de otros instrumentos de intervención. No existe *ultima ratio* sino en referencia a otros instrumentos que deben ser utilizados antes que la intervención violenta. No se trata de ‘poca violencia’ sino de otros instrumentos de gestión del conflicto siempre y antes del instrumento violento” (Binder, 2014: 231).

Es decir, si en la gestión de la conflictividad social la aplicación de medios no violentos aparece como idónea, la intervención violenta —pena— resulta injustificable. De ello se sigue lo que Ferrajoli (1995) ha denominado *principio de necesidad*. El ejercicio del poder penal debe ser necesario, y, consecuencia de ello, debe demostrarse que los instrumentos no violentos han fracasado o fracasarían en la gestión del conflicto. Esta necesidad, además, debe ser estricta e ineludible, por lo que su alegación debe ser sometida a un intenso escrutinio a fin de verificar su legitimidad. De este principio se desprende la obligación del Estado de asegurar que esos medios no violentos existen y se aplican.

b. *Mínima intervención:* así denomina Binder a la regla que “prohíbe utilizar instrumentos violentos allí donde el conflicto no presenta ningún elemento de violencia. No introducir violencia en la sociedad cuando no la hay” (2011: 217).

Aquí refiere el autor con acierto que, pese a la claridad de la idea, la vigencia real de la misma se encuentra controvertida, por ejemplo, en aquellos casos de delitos de acción pública en los que la víctima no desea en realidad el ejercicio de poder penal y prefiere alguna decisión reparadora —como en los pequeños hurtos o en delitos de lesiones culposas—. Pese a ello, muy frecuentemente, estos procesos se siguen adelante, y terminan en ocasiones con sanciones penales que resultan innecesarias a la luz del conflicto de base.

Por otro lado, Binder (2014) señala la diferencia conceptual entre este principio de mínima intervención y el de *ultima ratio* en sentido estricto. Aún en casos en los que la primacía de la respuesta no violenta se respeta, y se llega a la conclusión de que no existe otro medio más idóneo que el poder penal —por ejemplo, en casos en los que no han sido diseñados o no se han implementado medios alternativos de gestión de conflicto para el caso concreto, por ser novedoso— igualmente debe verificarse que no se esté introduciendo violencia donde no la hay.

c. *No naturalización:* a partir de este principio se llama a “*rechazar todo intento de naturalización de las decisiones político criminales*” (Binder, 2011: 219). No existe ningún tipo de conflicto que, por su propia naturaleza, implique necesariamente una respuesta penal. Ello obedece, siempre, a una decisión político criminal que podrá tener su permanencia en el tiempo y su profunda justificación cultural, pero no por ello debe ser entendida como *natural*.

“A lo largo de la historia —recuerda Binder— se han utilizado medios compositivos, por ejemplo, para los homicidios, e, incluso frente a homicidios que podrían ocasionar graves daños sociales porque podrían llevar a la guerra entre clanes o familias. Actualmente, muchos conflictos graves, como por ejemplo, grandes conflictos gremiales, son también sometidos a procesos compositivos o de conciliación obligatoria” (2014: 235).

d. Economía de la violencia: la enunciación misma de este principio basta para explicarlo. Se trata de evitar la prodigalidad de la violencia y, en particular, de la violencia estatal. El contenido específico de este principio tiene especial relevancia en la ponderación de casos concretos, toda vez que impone que la respuesta violenta al conflicto no debe ser percibida y aplicada de manera rígida, que siempre “se debe dejar abierta la puerta a una intervención no violenta, según las condiciones del caso concreto, según las circunstancias del momento” (Binder, 2014: 238). Si la regla general prescribe en determinadas circunstancias que debe aplicarse pena, pero el caso concreto o las circunstancias sociales del momento aconsejan una respuesta distinta, la necesidad de economizar violencia impone aplicar al caso la solución alternativa.

e. Utilidad: según este principio, no debe emplearse el instrumento violento si ello no produce “algún resultado útil, entendiendo por tal alguna disminución de la violencia social o el control del abuso de poder” (Binder, 2011: 222).

Se rescata aquí el ideal utilitarista como contenido del principio de *ultima ratio* y, por lo tanto, como límite interno al poder penal en su carácter de herramienta propia de la política criminal.

Esta utilidad referida con carácter general —disminución de la violencia social o control del abuso de poder— no se satisface con la mera invocación de la prevención del delito con carácter indeterminado, sino que debe ser “evaluable, tangible” (Binder, 2014: 241). Para ello, debe entenderse que cada ámbito de conflictividad concreto tiene sus propias características y que la disminución de la violencia significará algo distinto en cada caso concreto.

“La utilidad —nos dice Binder— siempre debe ser mensurable y ello sólo se logra en relación con problemas concretos, nunca en abstracto. Por ejemplo, en determinadas áreas, donde existan organizaciones con amplio poder sobre las actividades criminales, desbaratar y anular esas organizaciones puede ser una utilidad determinante. En otros casos, contener formas de violencia que tienden a agravarse sin la intervención del Estado (violencia doméstica, p. ej.) puede ser otra utilidad distinta” (2014: 241).

La mera enunciación de ejemplos no hace más que reforzar la idea de que la violencia nunca se justifica a sí misma, menos aún como política pública.

Así, esta regla impone, entre otras cosas, la necesidad de justificar cada programa político criminal, explicitando los objetivos que, mediante el empleo de instrumentos violentos, pretenden alcanzarse. Estos objetivos deben ser concretos y mensurables, a fin de evaluar, como en el caso de cualquier otra política pública, el éxito obtenido o los avances realizados en la gestión de la conflictividad.

f. Respaldo: este principio alude también a la relación de la política criminal con otras ramas de la política pública y establece la “función de respaldo que siempre debe realizar la PC a otra política, o a otro conjunto de medidas que no son político criminales” de modo que “el diseño de la PC siempre es parte de un diseño más amplio que interviene en un sector de la vida social” (Binder, 2011: 223).

En su carácter de medio menos idóneo para la consecución de los fines de disminución de violencia, la respuesta penal siempre está presente para respaldar otras políticas públicas. Reiteramos, entonces, que lo propio de la PC es el empleo de instrumentos específicos, pero que no tiene ninguna finalidad particular que no pueda eventualmente ser cumplida por otras ramas de la PGC.

Tal como se ve, los principios de *ultima ratio* son un conjunto de reglas tendientes a remarcar la excepcionalidad de la respuesta violenta, a lograr su constante reducción y a someter a estrictos controles de razonabilidad su empleo. Se trata, por lo demás, de verdaderas reglas de eficacia de la política criminal en tanto política pública y no de meros principios programáticos o imperativos éticos sin obligatoriedad.

Si bien, como ya hemos señalado, este principio parece ser de mención obligatoria en todo manual de derecho penal, la realidad nos señala que la actividad estatal va claramente en el sentido opuesto: no hay afrenta más clara al principio de *ultima ratio* que la constante inflación penal propia de esta época: en virtud de la apelación a una presunta función simbólica del derecho penal, cualquier preocupación social más o menos generalizada se traduce sin solución de continuidad en creación de nuevos tipos penales y endurecimiento extendido de las penas, sin saberse exactamente qué se busca con ello ni cuál es el verdadero estado de situación en relación a dicho ámbito de conflictividad.

Este estado de cosas, caracterizado por débiles pero encendidas apelaciones a la voluntad popular con fines autoritarios que Gargarella (2009) ha denominado, con todo acierto, “populismo penal”, convierte al principio de *ultima ratio* en una fórmula de puro carácter declamativo, sin incidencia alguna en la praxis del poder punitivo.

IV. Resolución de conflictos en los pueblos indígenas: primacía de la respuesta no violenta. Verdadera vigencia del principio de *ultima ratio*

Ha quedado claro entonces que el principio —o los principios— de *ultima ratio*, en cuya virtud el castigo violento debiera ser la última de las herramientas empleadas en la resolución de conflictos es —desde lo discursivo— uno de los pilares fundamentales del derecho penal liberal occidental. Pese a ello, la praxis jurídico-política de esas mismas organizaciones occidentales demuestra que, en la realidad, el principio en cuestión tiene un carácter meramente declamativo y con escasa incidencia práctica.

Al interior de los pueblos indígenas la situación resulta ser muy diferente. Debe quedar en claro que cada pueblo tiene sus propias costumbres y características, y advertirse que toda generalización conlleva el riesgo de olvidar por momentos estas especificidades. Pero, dejando ello a salvo, en lo que resulta útil a este trabajo, podemos afirmar que los muchos estudios antropológicos y sociológicos realizados en relación a los modos de resolución de conflictos en los pueblos indígenas, demuestran que, por regla general, se encuentra firmemente enraizada en estos la idea de que la sanción violenta en cualquiera de sus formas —y en particular, el encarcelamiento— es el camino menos deseable para incidir en la conflictividad y que existe un amplio catálogo de respuestas alternativas a las que puede acudirse. En una palabra: aun cuando nunca se lo haya llamado de ese modo, la experiencia demuestra que los pueblos indígenas aplican de manera constante el principio de *ultima ratio*.

De manera coincidente con lo hasta aquí expuesto, Gomiz y Salgado sostienen:

“Para la comprensión del derecho indígena, es imprescindible destacar que la división existente en el derecho occidental entre derecho penal (público) y derecho civil (privado) no es fácilmente adaptable a las organizaciones sociales no estatales como las indígenas. La concepción penal occidental moderna se forma conjuntamente con el nacimiento de los estados, asumiendo que hay conductas antisociales que ofenden directamente a la autoridad pública de modo que ésta debe intervenir castigando a los autores, independientemente de la voluntad de las víctimas particulares. Por ello, las ideas penales clásicas resultan de difícil traducción a contextos sociales no estatales en donde la principal preocupación que guía al tratamiento de las conductas dañinas para la comunidad es el restablecimiento de la concordia, para lo cual normalmente se apela a la responsabilidad colectiva de la familia del autor, que se hace cargo de reparar o compensar el daño y garantizar que no se repetirá. *Lo que en el sistema penal de Estado es la primera (y generalmente única) vía de aproximación al conflicto, la aplicación de una pena al infractor, entre los pueblos indígenas suele ser la última e indeseable decisión* (muestra de un fracaso en restablecer la convivencia social voluntaria)” (2010: 159) (el resaltado nos pertenece).

Esta indistinción entre derecho público y privado genera que la respuesta ante la ofensa, o el conflicto —aún violento— tienda menos al disciplinamiento del agresor que a la reparación del agredido:

“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. (...) 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” (Regalado, 2012: 102).

Ello, desde luego, no quiere decir que no se manifieste de manera abierta la desaprobación de aquellas conductas dañinas de la vida comunitaria (7), pero, a diferencia de la pena privativa de libertad que, por su propia naturaleza excluye al penado de la vida social durante el tiempo que dure la sanción impuesta, la sanción que eventualmente se imponga ante una conducta disvaliosa al miembro de una comunidad indígena no supone su apartamiento de la sociedad, sino, antes bien, su integración en la misma (8). La solución al conflicto no disuelve los vínculos sociales, sino que busca reforzarlos.

Como consecuencia de ello, y como ya señaláramos, existe un amplio catálogo de respuestas ante la conducta dañina previstas en las diversas manifestaciones del derecho consuetudinario de los pueblos indígenas.

Así, señala Regalado que:

“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,
- los ejercicios físicos,
- las 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,
- los trabajos en las comunidades,
- la pérdida de sus derechos comunales; excepcionalmente se aplica la expulsión de la Comunidad, considerado también como una de las sanciones más graves” (2012: 105).

A esta enumeración de sanciones “tangibles” —según las denomina el propio autor— deben adicionarse otras de carácter “simbólico” como “la exposición pública y la imposición pública de las sanciones” (*ibídem*).

(7) “(...) 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’” (Regalado, 2012: 102).

(8) “La diferencia entre el derecho indígena y el derecho positivo oficial estriba en el diferente tratamiento —por ejemplo, en el caso de una transgresión normativa— al infractor. Por lo general, en el primero no se aparta al infractor de la comunidad, por el contrario permanece en la misma cumpliendo el correctivo adecuado. En el segundo, el imputado es excluido de la sociedad, confinándolo a una institución total, donde se dificulta su posterior reinserción” (Ramírez, 1999: 67).

Si bien, como se advierte de la propia enumeración, la respuesta violenta no está de plano excluida, la experiencia demuestra que:

“mientras el derecho estatal tiende a enfatizar las sanciones punitivas, las normas y prácticas locales consuetudinarias generalmente —aunque no necesariamente— intenta lograr medidas restitutivas o conciliatorias. Posiblemente esto sea algo de esperar en comunidades pequeñas donde las partes en disputa tienen que seguir viviendo lado a lado después de la resolución de un conflicto, donde la capacidad práctica de algún tipo de coerción legal es limitada, y donde en términos culturales la coerción en general es frecuentemente percibida como algo negativo” (Sieder, 1999: 98).

De este modo, la resolución de conflictos a través de la discusión de las partes, y de la mediación de terceros dentro de la comunidad adquieren carácter prioritario (9).

En este mismo sentido, destaca Regalado que:

“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*” (2012: 102) (el resaltado nos pertenece).

Una última y muy importante consecuencia de esta preferencia por soluciones no violentas en los pueblos indígenas es el especial rol que cumple la víctima en el proceso de resolución del conflicto que la ha afectado. En efecto, como señala Sieder:

“La víctima, generalmente minimizada en los sistemas legales occidentales, juega un papel mucho más prominente en los procedimientos consuetudinarios. La gravedad de un delito y la sanción apropiada muchas veces se determina en base al impacto directo sobre la víctima y su familia. Por ejemplo, en casos donde los pleitos han desembocado en que una familia sea temporalmente privada de su proveedor principal, la sanción restitutiva muchas veces es que el culpable trabaje la milpa de su víctima” (1999: 99).

En síntesis, la práctica habitual de las comunidades indígenas —con su preocupación predominante por el restablecimiento de la armonía al interior de la comunidad y la reparación del daño causado, con la clara preferencia por soluciones no violentas a los conflictos, y su genuina preocupación por la situación de la víctima del evento conflictivo— es la más clara muestra de aplicación práctica de los principios de *ultima ratio* —en particular, el de mínima intervención, economía de la violencia y respaldo— que los estudiosos del derecho penal occidental han definido desde hace largo tiempo de manera muy nítida pero cuya vigencia nunca se ha hecho realmente efectiva en sus propios sistemas judiciales.

V. Recepción normativa del principio de *ultima ratio* en el derecho internacional de los derechos humanos. Referencias expresas en el Convenio 169 de la OIT y su lectura a la luz de la UNDRIP

Pese a tratarse de un principio que los penalistas de corte liberal entienden fundamental, el principio de *ultima ratio* no ha tenido una recepción expresa en el moderno Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, ninguno de los instrumentos aparecidos desde el año 1948 en adelante contiene formulación alguna de carácter general alusiva a las ideas de necesidad, utilidad y economía de la violencia que, conforme la caracterización de Binder, se encuentran indisolublemente ligadas al principio de *ultima ratio*.

(9) “A nivel micro, a menudo se utiliza la discusión extensa para llegar a una solución mutuamente satisfactoria para las partes en conflicto. El proceso de mediación constituye en sí mismo un espacio correctivo mediado por las autoridades de la comunidad y con frecuencia es tan importante como el resultado final o juicio” (Sieder, 1999: 98).

Ahora bien, la falta de reconocimiento expresa no necesariamente implica que el principio no exista o que, a la luz de la actual evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos —con su innegable carácter dinámico, atravesado como está por el principio de progresividad y la perspectiva *pro persona*—, no pueda extraerse el mismo por vía interpretativa de las normas convencionales vigentes. Pero sin perjuicio de ello, lo cierto es que, aún cuando el principio de *ultima ratio* no tiene formulaciones de carácter general, sí tiene apariciones fragmentarias en determinados instrumentos de protección relativos a sujetos específicos.

Así, por ejemplo, es dable mencionar que, en relación a los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, dice el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como *medida de último recurso* y durante el período más breve que proceda”. Algo semejante se verifica en los instrumentos de protección relativos a los pueblos indígenas y sus miembros.

La protección de los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros en el ámbito internacional tuvo un curioso desarrollo. No se trató, como en el caso de otros sujetos especialmente protegidos, de una iniciativa nacida de la Asamblea General de Naciones Unidas, sino que los instrumentos de protección que fueron surgiendo en un primer momento lo hicieron desde el seno de la Organización Internacional del Trabajo. En el derrotero histórico de esta regulación de la situación de los pueblos indígenas se percibe, además, el claro paso de una posición cuasi asimilacionista a una aceptación bastante amplia de la diversidad cultural y el pluralismo jurídico.

El Convenio N° 169 de la OIT del año 1989 es un instrumento internacional de carácter vinculante de amplia aceptación que regula los derechos colectivos de los pueblos indígenas —tanto los generales, reconocidos a todos los pueblos, como los especiales, que corresponden especialmente a los pueblos indígenas por su carácter de tales— y, asimismo, los derechos individuales de sus miembros —que también pueden distinguirse en generales y especiales—.

Este Convenio, junto con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas —aprobada por la Asamblea General de la ONU el 13 de septiembre del año 2007 (10)— constituyen el basamento normativo de toda la protección internacional de los derechos humanos de los pueblos indígenas y sus miembros.

En relación al tema que aquí nos convoca, existen diversas disposiciones de estos instrumentos de protección que pueden ser leídas sin mayor esfuerzo como cláusulas atinentes al principio de *ultima ratio*.

Los artículos 8 a 10 del Convenio 169 comprenden un conjunto de disposiciones relativas a la jurisdicción especial indígena y su compatibilización con el sistema de justicia “general” vigente en el territorio de los Estados y, en particular, a la justicia criminal, a la represión de conductas no deseadas y al empleo del encarcelamiento.

Por el artículo 8.2 se reconoce que los pueblos tienen el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, incluidas, como es obvio, las normas de derecho consuetudinario —a las cuales hace referencia también el artículo 8.1— y, muy especialmente, los procedimientos e instituciones a partir de las cuales los miembros de los pueblos indígenas resuelven sus disputas.

Como bien señalan Gomiz y Salgado, “el derecho de los pueblos indígenas a mantener sus instituciones y costumbres significa que sus relaciones internas se rigen por sus propias normas, incluso en aquellos ámbitos, como el derecho de familia, que la legislación civil regula con carácter

(10) Resolución 61/295 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

de orden público” (2010: 153). Esto quiere decir que no existe un límite cualitativo a los asuntos que quedan dentro o fuera del entendimiento de la comunidad lo que, como es obvio, descarta por incompatibilidad convencional, las disposiciones que establecen, por ejemplo, que la jurisdicción indígena debe entenderse como un análogo a la justicia de paz, abocada a cuestiones de vecindad y de menor cuantía, en tanto que la administración de justicia “estatal” debe absorber todo el resto de las disputas (11).

Desde esta perspectiva, en la medida en que —como ya hemos señalado— existe una clara preferencia en los pueblos indígenas por la respuesta no violenta en la gestión de conflictos, la opción por los sistemas de justicia comunitaria que impone el artículo 8 del Convenio 169 refuerzan la vigencia del principio de *ultima ratio*.

El artículo 9 del Convenio opera específicamente en el marco del derecho penal, y se establece, por el primer inciso, el respeto a los “métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”. La versión en español del Convenio 169 ha sido objeto de justificadas críticas por la poco feliz fórmula “represión de delitos” que poco tiene que ver, como ya desarrolláramos, con la experiencia de los pueblos indígenas en la gestión de conflictos —a los que la noción misma de delito, en los términos en los que ésta es entendida por los juristas occidentales les resulta ajena—. Por ello se señala que el *dealing with offences* de la versión inglesa aparece como una formulación más apropiada (Gomiz y Salgado, 2010: 159).

Pero con independencia del modo en que se presenta la redacción, lo que está claro de este primer inciso es que “se trata de una aplicación concreta del derecho a la libre determinación, que incluye el mantenimiento de las propias instituciones y modo de resolución de conflictos” (Gomiz y Salgado, 2010: 158).

Por el inciso segundo del mismo artículo 9 se establece que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”. Es decir que, aún en aquellos asuntos de índole penal que —por alguna excepción justificada a lo dispuesto por el artículo 8.2 del Convenio— hayan sido sustraídos del entendimiento de la jurisdicción indígena, los jueces “estatales” deben tener especialmente en cuenta el derecho consuetudinario y los modos de gestión de los conflictos presentes al interior de la comunidad indígena de que se trate.

Finalmente, el artículo 10 del Convenio 169 establece que al momento de imponerse sanciones penales deben tenerse en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los miembros de los pueblos indígenas (inc. 1) y —en lo que parece una de las más contundentes formulaciones del principio de *ultima ratio* al día de hoy vigentes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos— dispone que “deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento” (inc. 2).

Esta es, a las claras, una manifestación normativa expresa de la primacía de los medios no violentos, lo que es lo mismo, del principio de *ultima ratio* en sentido estricto —conforme la clasificación propuesta por Binder—.

Según señalan Gomiz y Salgado:

“El Manual de la OIT indica que: ‘el encarcelamiento es un problema que afecta específicamente a los pueblos indígenas y tribales. Con frecuencia esta experiencia es tan traumática para sus integrantes, que muchos de ellos mueren en prisión. (...) Lo antedicho subraya la necesidad de que jueces y

(11) En palabras de Silvina Ramírez: “Este convenio reconoce los métodos propios de las comunidades indígenas, con el límite de que no se vulneren derechos humanos. Asimismo, no reduce el reconocimiento del derecho consuetudinario (artículo 8) a los casos civiles, sino que expresamente formula que ‘deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros’ (artículo 9, inc. 1), con lo cual tampoco el convenio 169 establece un límite materia al derecho consuetudinario” (1999: 68).

magistrados, tribunales y administraciones nacionales encuentren penas alternativas para aplicar a los miembros de estos pueblos que hayan sido declarados culpables de un delito’.

La norma se deriva del principio de no discriminación. Dado que las penas fueron concebidas en el contexto cultural de la sociedad dominante para ser impuestas a los miembros de esta sociedad, su aplicación a los pueblos indígenas suele importar un sufrimiento mayor, violatorio de la igualdad ante la ley, porque al hecho de la sanción se agrega el mayor padecimiento ocasionado por el desarraigo cultural” (2010: 165).

Este carácter doblemente aflictivo que tendría la pena de cárcel es lo que justifica, en el caso de los miembros de pueblos indígenas al menos, la preferencia dada a otro tipo de sanciones.

Los artículos 8, 9 y 10 del Convenio de la OIT hasta aquí desarrollados deben hoy interpretarse a la luz de las disposiciones de la UNDRIP que refuerzan y profundizan la tendencia en relación a la autonomía y primacía de los modos de gestión de conflictos vigentes al interior de las comunidades, a la vez que privilegian la aplicación de la respuesta no violenta como solución de dichos conflictos.

Así, establece el artículo 5 de la declaración que “los pueblos indígenas tienen *derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones* políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales” —el destacado nos pertenece—.

El artículo 33.2 dispone que los pueblos indígenas “tienen derecho a determinar las estructuras y a elegir la composición de sus instituciones de conformidad con sus propios procedimientos”.

El artículo 34, por su parte, reconoce que “los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus (...) costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Y, finalmente, el artículo 35 establece que “los pueblos indígenas tienen derecho a determinar las responsabilidades de los individuos para con sus comunidades”.

Aún cuando la UNDRIP no presenta una fórmula tan clara como el artículo 10.2 del Convenio 169, la clara preferencia de los artículos 5 y 33 a 35 por la vigencia de los sistemas de resolución de conflictos propios de los pueblos indígenas que —ya hemos visto— tienden a privilegiar la respuesta no violenta, refuerza el principio de *ultima ratio*.

VI. Consecuencias de la vigencia del principio de *ultima ratio* y de su recepción expresa en el derecho internacional de los derechos humanos. Refuerzo del derecho a la autonomía de la jurisdicción indígena

¿Cuál es, entonces, el significado y, fundamentalmente, cuáles las consecuencias prácticas de estas disposiciones, a la luz del principio de *ultima ratio*?

Para empezar, el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas al respeto, sostenimiento y refuerzo de su cultura, y dentro de ella, de sus instituciones jurídicas y de sus sistemas de resolución de conflictos —expresamente reconocido, como ya hemos dicho, en los artículos 8.1, 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT, y 5, 33.2, 34 y 35 de la UNDRIP— implica que siempre que un miembro de pueblo indígena cometa una ofensa (*offence*, en los términos de la versión inglesa del Convenio) corresponde en primer término a los pueblos indígenas lidiar con ella, sometiéndola a sus propios sistemas de resolución de conflictos y a la imposición de eventuales sanciones.

De este modo “ante la prueba de que en el caso se han aplicado —o la comunidad desea aplicar— métodos tradicionales de resolución de conflictos, los órganos penales del Estado deben abstenerse de actuar” (Gomiz y Salgado, 2010: 59).

Ahora bien, por tratarse de un derecho de los pueblos indígenas —y no de una imposición— existe la posibilidad de que los mismos decidan:

“renunciar a la aplicación de sus propios procedimientos, ya sea con carácter general o en casos particulares (en tanto ello no implique violación a la igualdad entre sus miembros), lo que podría suceder, por ejemplo, si la propia organización indígena no se considera suficientemente consolidada como para asumir dichas responsabilidades debido a que la pérdida de autonomía provocada por la hegemonía estatal erosionó los propios sistemas” (Gomiz y Salgado, 2010: 162).

El límite que el propio Convenio 169 y también la UNDRIP establecen para la aplicación de la justicia comunitaria y el derecho consuetudinario reside en el cumplimiento de los estándares mínimos de derechos humanos consagrados en los sistemas internacionales de protección (12). Este tipo de disposiciones resultan sumamente complejas de interpretar, y no están exentas de críticas, pero en lo esencial, se entiende que “el sistema jurídico indígena tiene prioridad sobre el derecho estatal siempre que no transgreda los derechos fundamentales que, por encima de aquellos estándares internacionales mínimos, define el sistema jurídico nacional” (Gomiz y Salgado, 2010: 154).

Las mayores dificultades en la interpretación y aplicación de estos límites radican en determinar en qué consiste la presunta incompatibilidad y quiénes son los que deben decidir sobre ella. Si bien la cuestión no está en modo alguno saldada al día de hoy, el propio Convenio 169 establece que las eventuales dificultades que puedan surgir en la aplicación de este principio deben resolverse a través de la implementación de procedimientos especiales (13) que, como es obvio, no pueden ser llevados delante de manera unilateral por el Estado y sus representantes, sino que deben contar, indispensablemente con participación de los pueblos indígenas afectados, en virtud de la vigencia y operatividad del derecho de consulta previa (14).

Silvina Ramírez (1999) propone que, para determinar la preferencia por uno u otro sistema, debe compararse, en el caso concreto, la lesividad de las sanciones previstas en ambas jurisdicciones para el mismo delito. Si bien la autora reconoce luego las dificultades en la medición de estos “grados de lesividad” afirma —con razón— que este criterio debe llevar a descartar, al menos, aquellas sanciones absolutamente prohibidas, como la pena de muerte y —este agregado es nuestro— las torturas. Así, la preferencia (excepcional) por el sistema “oficial” sólo podrá estar dada por la menor intensidad —en términos de violencia— de éste respecto de las sanciones previstas en el sistema comunitario.

Pero aún en el caso en que —por renuncia de los pueblos indígenas, o por tratarse de uno de los casos de excepción que hemos señalado— la imposición de una sanción penal a un miembro de un pueblo indígena deba dirimirse por ante los órganos jurisdiccionales del Estado, este debe tener en cuenta las costumbres de su pueblo, tanto al momento de valorar su conducta y determinar, eventualmente su culpabilidad, como en oportunidad de calibrar la calidad y el monto de la sanción a imponer.

Aquí es donde el artículo 10 del Convenio de la OIT cobra absoluta relevancia, en tanto es una manda directa que conmina a preferir siempre respuestas alternativas a la restricción violenta de derechos que es la cárcel.

De lo hasta aquí desarrollado se evidencia que, si la primacía de la respuesta no violenta en la resolución de conflictos es la regla general en los sistemas de justicia indígena y en el derecho consuetudinario que estos aplican, por oposición a la extendida aplicación de la cárcel como respuesta a los delitos en la justicia “estatal”, resulta que entre el principio de *ultima ratio* y el reconocimiento de

(12) Artículos 8.2 y 9.1 del Convenio 169 de la OIT y artículo 34 última parte UNDRIP.

(13) Artículo 8.2, última parte del Convenio 169 OIT.

(14) Artículo 6 del Convenio 169 OIT, y artículo 19 UNDRIP, entre otros.

la autonomía indígena existe una retroalimentación, que favorece y refuerza la vigencia de ambos derechos como claves de la gestión de conflictos al interior de las comunidades, en la medida en que la preferencia por la respuesta no violenta implica en la enorme mayoría de los casos, la canalización de conflictos a través de los modos de gestión comunitarios y, estos, por su parte, suponen una reducción constante de la sanción violenta restrictiva de derechos.

VII. Conclusiones

Aunque el principio de *ultima ratio* reconoce fundamentos y orígenes en la historia de las ideas políticas europeas —en particular, el liberalismo político y la Ilustración—, lo cierto es que en la praxis del poder penal de los estados occidentales, dicho principio tiene un carácter casi exclusivamente declamativo, en la medida en que se advierte que el empleo de la prisión como respuesta a los conflictos es, antes que la *ultima*, la *prima ratio*.

Curiosamente, en los pueblos indígenas, el principio de *ultima ratio* no se declama ni se agita como bandera, pero se vive, se palpa en el devenir de la gestión de conflictos, es parte del sistema de justicia comunitaria y eje troncal de los derechos consuetudinarios. Acaso por este motivo, el principio en cuestión no ha alcanzado —al día de la fecha— recepción normativa expresa en los instrumentos de protección de los Derechos Humanos de carácter general, pero sí la tiene en instrumentos relativos a los derechos de los pueblos indígenas y sus miembros, como el Convenio 169 de la OIT.

Esta recepción jurídica expresa tiene, entonces, una serie de consecuencias prácticas. En primer lugar, por principio general, en la medida en que en un conflicto determinado ya se hayan aplicado procesos de gestión o resolución comunitarios, o bien el pueblo manifieste que así su voluntad de aplicarlos, la justicia penal “oficial” debe abstenerse de incidir en él.

Las excepciones a este principio estarán dadas en su caso, por los límites que el derecho internacional de los derechos humanos impone como valladar infranqueable y sólo en la medida en que la sanción comunitaria pueda calificarse de “prohibida” a la luz de los estándares actuales —por hipótesis, la pena de muerte— o bien en aquellos casos en los que la respuesta “estatal” sea menos lesiva, en términos de nivel de violencia desplegada.

A su vez, aún en los casos excepcionales en los que los órganos de justicia estatal estén llamados a intervenir, los modos de gestión de conflictos de los pueblos indígenas deben ser especialmente tenidos en cuenta para que, en caso de entenderse necesaria la imposición de una sanción, la misma no sea vivida por el infractor como una respuesta injusta o culturalmente ajena a su conducta.

Finalmente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos prescribe que la pena privativa de libertad sea, respecto de los miembros de los pueblos indígenas, siempre una respuesta subsidiaria, debiendo preferirse siempre la imposición de medidas alternativas.

Tal como se ve, el principio de *ultima ratio* y el respeto por la autonomía de la jurisdicción indígena son dos derechos de diversa fuente y naturaleza, pero que se encuentran íntimamente relacionados, y que se retroalimentan, en la medida en que la preferencia por la respuesta no violenta implica en la enorme mayoría de los casos, la canalización de conflictos a través de los modos de gestión comunitarios y, estos, por su parte, implican una reducción constante de la sanción violenta restrictiva de derechos.

VIII. Bibliografía

BECCARIA, Cesare (2010). *De los delitos y de las penas*. Buenos Aires: Librería El Foro.

BINDER, Alberto Martín (2011). *Análisis político criminal*. Buenos Aires: Astrea.

— (2013). *Derecho procesal penal. Hermenéutica del proceso penal*. Tomo I. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

— (2014). *Derecho procesal penal. Dimensión político-criminal del proceso penal. Eficacia del poder punitivo. Teoría de la acción penal y de la pretensión punitiva*. Tomo II. Buenos Aires: Ed. Ad-Hoc.

FERRAJOLI, Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.

GARGARELLA, Roberto (2009). *Populismo penal y democracia*. Disponible en: <http://seminariogargarella.blogspot.com.ar/2009/04/populismo-penal-y-democracia.html> [Fecha de consulta: 31/03/2016].

GOMIZ, María Micaela y SALGADO, Juan Manuel (2010). *Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas. Su aplicación en el derecho interno argentino*. Observatorio de Derechos Humanos de Pueblos Indígenas. Neuquén.

RAMÍREZ, Silvina (1999). “Diversidad cultural y sistema penal: necesidad de un abordaje multidisciplinario”, en: *Pena y Estado, Justicia penal y comunidades indígenas*. Buenos Aires, año 4, número 4, p. 67.

REGALADO, José Antonio (2012). “De las sanciones y las penas en la justicia indígena”, en: *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico. Manual para operadores de justicia*, Alemania: Konrad-Adenauer. Stiftung e. V., p. 102. Disponible en http://www.kas.de/wf/doc/kas_31740-1522-4-30.pdf?120925194132 [Fecha de consulta: 31/03/2016].

SIEDER, Rachel (1999). “Derecho consuetudinario y poder local en Guatemala”, en: *Pena y Estado, Justicia penal y comunidades indígenas*. Buenos Aires, año 4, número 4, pp. 87 - 108.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2012). *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: Ediar.

Instrumentos normativos consultados

Constitución Nacional Argentina.

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (UNDRIP).

Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP).

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Código Penal Argentino.

Fecha de recepción: 31-03-2016

Fecha de aceptación: 01-08-2016