
SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

Derechos Ancestrales

Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia
Editores



Néstor Arbito Chica
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Av. Amazonas y Atahualpa
Edif. Anexo al Ex Banco Popular
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914
www.minjusticia-ddhh.gov.ec

Equipo de Apoyo
Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

Ramiro Ávila Santamaría
María Paz Ávila
Tatiana Hidalgo Rueda
Jorge Vicente Paladines
Nicole Pérez Ruales
Carolina Silva
María Belén Corredores

Corrección de Estilo:
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8
Derecho de autor: 032358
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009
1ra. edición: diciembre de 2009

Contenido

Presentación	vii
<i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>	
Prólogo	ix
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>	
I. Justicia indígena: reconocimiento y matices	
Derechos de las minorías en filosofía política y el derecho internacional	3
<i>Will Kymlicka</i>	
Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la humanidad, pueblos indígenas y derechos humanos	33
<i>David Sánchez Rubio</i>	
El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena y la Convención de los Derechos de los Niños	65
<i>Ramiro Ávila Santamaría</i>	
Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia. Posibilidades de interculturalidad	75
<i>Judith Salgado Álvarez</i>	
Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal	99
<i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>	
II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural	
La Jurisdicción especial indígena	125
<i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>	

Los caminos de la justicia intercultural.....	175
<i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>	
Justicias ancestrales analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes.....	219
<i>Diego Zambrano Álvarez</i>	
La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia	251
<i>Juan Montaña Pinto</i>	
Los caminos de la descolonización por América Latina: jurisdicción indígena originaria campesina y el igualitarismo plurinacional comunitario	297
<i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>	
Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá.....	357
<i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>	

III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

El Estado plurinacional e intercultural en la Constitución ecuatoriana de 2008.....	389
<i>Agustin Grijalva</i>	
El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano: Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento del pluralismo jurídico	409
<i>Christian Masapanta Gallegos</i>	
La Justicia indígena en el Ecuador	451
<i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>	
Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....	473
<i>Carlos Poveda Moreno</i>	

IV. Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos	505
Comité de Derechos Humanos	511
Corte Constitucional de la República de Colombia	559

Justicias ancestrales: analogías y disanalogías entre sistemas jurídicos concurrentes

Diego Zambrano Álvarez*

Sumario

I. Introducción. II. El proceso de etnización de lo jurídico: perspectiva histórica. III. Analogías y disanalogías: análisis a partir de un caso. IV. Sistema de fueros. V. El Debido proceso. VI. La ceremonia de juzgamiento. VII. Relaciones entre sistemas jurídicos concurrentes a manera de conclusión. VIII. Bibliografía.

I. Introducción

Como cualquier fenómeno social, la producción jurídica es inherente a la existencia humana, no ha existido grupo de personas capaces de interactuar, sin contar con reglas mínimas de conducta. Estos mecanismos de solución de conflictos y direccionamiento de modos de proceder, responden a una necesidad de coexistencia que se desarrolla según ciertos lineamientos y pre-

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Diploma Superior en Derecho, Mención Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, UASB; Maestrante de Derecho Constitucional en la UASB. Actualmente, funcionario de la Coordinación de Asesoría e Investigación del Tribunal Contencioso Electoral.

supuestos culturales, que buscan adecuar la vida social a los sistemas morales y filosóficos establecidos propios de cada cultura. Este fenómeno puede explicarse a partir de una dimensión histórico-evolutiva, atendiendo a los valores reinantes en cada época. La cosmovisión adquiere fuerza coercitiva cuando existe conciencia individual y colectiva sobre la legítima obligatoriedad de la que un mandato se encuentra investido. Esta convención social puede expresarse por escrito o por tradición oral, lo importante es que trasciende en el tiempo y se auto depura, mediante la dinámica participación de la persona en la cultura.

Podría decirse que el Derecho nace como reflejo de la necesidad social de identificar, distinguir y catalogar una serie de fines como socialmente valiosos, tal sería el caso de la defensa de la paz interna y externa del grupo, resolver problemas entre personas; y en fin, cualquier otro requerimiento social que pueda ser satisfecho con una determinada forma de acción u omisión. De ahí que, el Derecho no es, ni puede ser, una técnica ideológicamente neutra o imparcial.

La demarcación territorial de la cultura y por tanto del derecho no es equivalente a la división política de los Estados. El Ecuador, reconocido por el artículo primero de su Constitución¹ como Estado Pluricultural. El Estado Plurinacional no significa: a) romper la Unidad Nacional, b) atentar contra la unidad territorial del país, c) atentar contra los Símbolos Nacionales de la Patria, que el proceso histórico los ha reconocido como tales, reconoce la coexistencia de diversas estructuras sociales dentro de su territorio. Este reconocimiento constitucional no puede limitarse a la expresión artística o al vestuario sino que se extiende a todas las expresiones culturales posibles, entre ellas: al sistema político, religioso, médico, económico, lingüístico, educativa y naturalmente al aspecto jurídico².

En este sentido, resulta coherente que el modelo constitucional se autodefina como “Estado de derechos” en dos sentidos trascendentes: por una parte, identificando a los derechos humanos como máxima fuente normativa y por otra,

1 Art. 1, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

2 Kowii, Ariruma, *De la Exclusión a la Participación, pueblos indígenas y sus derechos colectivos en el Ecuador*, Quito, Abya Yala, 2000, p. 133.

reconociendo en el pluralismo jurídico una manera de incorporar formalmente lo que materialmente han sido sistemas jurídicos internos e internacionales que han cohabitado con el sistema estatal, incluso antes de nuestra existencia como república. Así, y desde la óptica del estado de derecho, los sistemas de justicia indígena son expresión de esta pluralidad y por ello deben ser respetados y promovidos; no obstante, al igual que todas las demás fuentes de derecho, sucumbe ante el poder primario y legitimador de los derechos humanos, en los que toda norma coercitiva encuentra su fundamento y límite³.

La función finalista del derecho como técnica⁴ en coordinación con la prerrogativa que tienen las nacionalidades y pueblos ancestrales de reivindicar su identidad cultural y por tanto, su tradición jurídica, guarda una especial relación con los principios que integran el *sumak kawsay* puesto que estas manifestaciones jurídicas buscarán como objetivo base mantener la armonía en las relaciones humanas, del ser humano para con la Pachamama y el restablecimiento de la paz y el orden en la comunidad, en su calidad de sujeto independiente de los individuos que la conforman, lo que teóricos han denominado *como el principio de complementariedad*. En tal sentido, a partir de la diferencia conceptual que la sociedad mayor y las comunidades ancestrales tienen respecto del buen vivir empieza a generarse una lógica jurídica distinta que nos llevará a construcciones sustantivas y adjetivas diversas que tienden a fines diferentes aunque complementarios.

Bajo este criterio, la gran mayoría de comunidades en concordancia con esta búsqueda del restablecimiento de la armonía y el orden social han desarrollado una vocación preventiva donde la autoridad, originada y legitimada por la propia colectividad interviene ante un conflicto inminente a fin de tomar medidas como el consejo (*amashina*) o la advertencia para que dicho conflicto o la conducta socialmente dañosa no se llegase a detonar. En los

3 Ávila Santamaría, Ramiro, *Constitución del 2008 en el Contexto Andino, Análisis de la Doctrina y el Derecho Comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 3, Quito, 2008, pp. 35-36.

4 Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Fontarama, cuarta reimpresión, México D.F., 2007, p. 249.

casos más complejos, y a fin de evitar futuros desequilibrios sociales se puede llegar hasta a expulsar definitivamente al *incorregible*.⁵ En Ecuador, una intervención preventiva constituye el *consejo* que dan los ancianos, padres o padrinos a la pareja que piensa divorciarse. Para la realización de la consejería, se reúnen las familias de los cónyuges e intercambian opiniones y sugerencias. Recordemos que para estas comunidades el divorcio es muy mal visto por los comuneros y puede causar un etiquetamiento social para sus protagonistas, de ahí la alarma que produce.

El presente trabajo pretende identificar lo, que considero, los principios básicos, tanto comunes como diferentes que existen en los sistemas de justicia indígena en relación con el estatal a fin de encontrar algunas de las razones que explican una eventual incompatibilidad o concordancia entre los mismos, las condiciones dadas y finalmente la posibilidad de complementarlos. Para ello, procederé a presentar un breve recuento histórico a fin de evidenciar que la generalización del sistema estatal responde exclusivamente a formas de dominio político y económico, dejando de lado cualquier criterio cualitativo. Finalmente, compartiré algunas reflexiones para identificar el rol que debe asumir el Estado ante esta problemática.

Antes de proceder con el análisis de los puntos trazados debo advertir que se hablará indistintamente de justicia indígena y de justicias indígenas. En cualquiera de los casos, no debe pensarse que se trata de un solo sistema jurídico ancestral.

De acuerdo con el Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador (CODENPE), el Estado ha reconocido la existencia de catorce nacionalidades indígenas (Awá, Chachi, Epera, Tsáchila, Shuar, Achuar, Andoa, Siona, Secoya, Wuaorani, Cofán, Shiwiar, Zápara y Kichwa). La calidad de nacionalidad se da, entre otras cosas al poseer una estructura social y jurídica propia⁶.

5 Ardila Calderón, Gerardo, *Diversidad es Riqueza*, Instituto Colombiano de Antropología, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Santa Fe de Bogotá, 1992, pp. 74-78.

6 Internet, www.codenpe.gov.ec, Acceso: 16 septiembre 2009.

Cada pueblo o nacionalidad tiene o puede tener un sistema propio de administración de justicia; no obstante, por razones de espacio analizaré uno de los casos presentados en la comunidad Chibuleo de la provincia de Tungurahua por ser un sistema cercano a mi experiencia académica y por ser una suerte de sistema estándar en las comunidades de la sierra ecuatoriana. Por tanto, este análisis es válido únicamente para el sistema de justicia en cuestión; para aquellos que pudiesen resultar análogos; y para los que no, en aquellas partes en que lo fuesen.

II. El proceso de etnización de lo jurídico: perspectiva histórica

La ancestralidad de los métodos de solución de conflictos que reivindican los pueblos indígenas no equivale a un congelamiento cultural en el tiempo. Se trata de un proceso evolutivo que se dio mucho antes de la implementación del régimen liberal, basado en el Estado-nación de la Francia revolucionaria. Los pueblos que ocuparon estos territorios, antes de la llegada de los españoles vivieron un proceso de fusión cultural y jurídica, a consecuencia de la conquista Inca, producida a finales del siglo XV. Este proceso no llegó a calar profundamente en la estructura social por su relativo corto tiempo de duración. Por tanto, los sistemas jurídicos indígenas tuvieron, desde aquella época, una fisonomía híbrida.

Los incas permanecieron en lo que hoy es Ecuador desde finales del siglo XV, hasta la fundación española de Quito en 1534, por poner una fecha referencial. En lo que hoy es Ecuador, el imperio Inca no llegó a consolidarse, debemos considerar que a partir de la muerte de Huayna Cápac en 1528 se dio la guerra para su unificación, entre sus hijos Huáscar y Atahualpa. Una vez triunfante Atahualpa, lo sorprendería la conquista española⁷.

7 Ayala Mora, Enrique, *Resumen de la Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Tercera Edición, Quito, 2008, pp. 13-14.

Una vez instaurada la conquista y por tanto el proceso de mestizaje, se produce un nuevo e inevitable intercambio cultural que trastocó al sistema cultural, sin llegar a enajenarlo:

Por ejemplo, la utilización del cepto en el juzgamiento indígena es una práctica colonial, heredada de los procedimientos utilizados en la inquisición. Con esto, no sólo quiero destacar la influencia europea sino el decisivo rol de la Iglesia Católica en la evolución del sistema indígena. Hasta hoy, la Iglesia Católica, junto con la Evangélica y la Mormónica, aunque en menor medida, ejercen amplio poder de incidencia dentro de las comunidades⁸.

La recopilación de las denominadas *Leyes de Indias*, ya en 1542 establecía: “*En los conflictos entre indígenas se aplicarán sus propios usos y costumbres; siempre que no resulten claramente injustos*”. Este enunciado puede entenderse como una de las primeras manifestaciones del pluralismo jurídico así como la oficial declaración de subordinación del derecho indigenista, respecto del español, toda vez que eran las autoridades “blancas” quienes determinarían la “injusticia” o no del proceder de las comunidades indígenas.

Asimismo, las etapas históricas, según la visión mestiza difieren sustancialmente de la realidad indígena. Así, la ocupación española del territorio incaico, la independencia criolla y el inicio de la etapa republicana no tienen igual relevancia para estos dos mundos paralelos. Para fines académicos, la historia del pueblo indígena podría segmentarse de la siguiente manera¹⁰.

- a. Desde 1534 a 1895: Separación de los pueblos en casi todos los aspectos de la vida, dadas las diferencias idiomáticas, religiosas, jurídicas y culturales, así como por tratarse pueblos políticamente inofensivos para la corona.

8 Sánchez, Eugenia, “*El Reto del Multiculturalismo Jurídico. La Justicia de la Sociedad Mayor y la Justicia Indígena*” en *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio (comps.), Tomo II, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998, p. 69.

9 Perafán Simmonds, Carlos, *Sistemas Jurídicos: Tukano, Chami, Guambiano, Sikuani, Bogotá*, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000, p. 17.

10 Para este punto me basaré en el estudio de Juan Maiguashca: “La Dialéctica de la Igualdad” en: *Etnicidad y Poder en los Países Andinos*, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Universidad de Bielefeld y Corporación Editora Nacional, Quito, 1997, pp. 61- 79.

- b. Desde 1895 a 1960: La cultura dominante rechazó a la diversidad y utilizó su posición de privilegio para forzar una homologación en cuanto a la forma de ser de los pueblos originarios, a la suya propia. La sociedad “justa” sería concebida bajo criterios de igualdad, entendida ésta, como la necesidad de incorporar a estos pueblos a modos “civilizados” de vida comunitaria. Bajo la ideología de proteccionismo cultural, en 1948 la Novena Conferencia Internacional Americana aprobó la “La Carta de Garantías Sociales” en la que se recomendaba la adopción de “medidas necesarias para prestar al indio protección y asistencia”. Poco después, con fundamento en una ideología etnocéntrica tendiente a la homologación cultural, la Organización Internacional del Trabajo, en 1957, emitió el Convenio No. 107, el mismo que buscaba la incorporación de los pueblos indígenas a la sociedad mayor. El artículo 2 de este convenio rezaba: “incumbe principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la *protección* de las poblaciones en cuestión y a su *integración* progresiva en la vida de sus respectivos países”¹¹.

Durante este período, fiel a su ideología liberal, José María Urbina propuso en su discurso pre presidencial la abolición de la esclavitud. Una vez en el poder, impulsó la promulgación de la Ley de Manumisión de Esclavos y la Ley de Indígenas a fin de alcanzar la igualdad formal de todos los habitantes. Este proceso continuaría con García Moreno, aunque para éste, el elemento unificador sería la religión católica, ligándola al criterio de ciudadanía. La fe vendría a situarse como principal vínculo de cohesión social, política y jurídica. Recordemos que la Constitución de 1869 (Art. 10) establecía entre los requisitos para ser considerado ciudadano (entiéndase varón), a más de los requisitos de edad y alfabetismo, el hecho de ser católico. Pasamos así de la igualdad ante la ley a una igualdad cuyo punto de cohesión sería el clero. La revolución alfarista no cambiaría la situación del indígena, retornaría al modelo urbinista, monocultural e integracionista; razón por la cual, no entraremos a analizarlo.

11 Art. 2, Convenio OIT 169, ratificado por Ecuador el 14 de abril de 1998 y publicado en el Registro Oficial 304 del 24 de abril del mismo año.

Desde 1960 hasta nuestros días: Los pueblos indígenas logran constituirse en verdaderos actores políticos, con poder de iniciativa e incidencia, sin tener para ello que renunciar a su propia identidad, por el contrario, se verifica una genuina reivindicación cultural.

Si atendiésemos a los modelos de configuración jurídica de la diferencia, propuestos por Luigi Ferrajoli¹², podemos establecer que la etapa que va desde la época colonial hasta 1895 podría ser ubicada en lo que él denomina la “*diferenciación jurídica de la diferencia*” caracterizada por una valorización de lo europeo y la consecuyente desvalorización de lo indígena. El mestizo pretende asimilarse a su padre español, renegando de su madre indígena. Aparece así, la casta criolla como grupo oscilante que alcanzaría la instauración de un modelo de Estado, diseñado a su imagen y semejanza. Sin embargo, este hito histórico no alteró, en esencia, la situación indígena ya que este sector poblacional poco o nada participaría en las pugnas por acaparar el poder político y económico arrebatado de manos españolas, tanto es así, que ni siquiera fue actor directo en la revolución independentista.

La segunda etapa en referencia, se encasillaría en el modelo que el autor denomina “*homologación jurídica de la diferencia*” en la cual, la clase dominante desconoce toda diferencia, en función de una “*igualdad ante la ley*” en la que todas y todos serían tratados por igual, pese a las enormes diferencias fácticas que existía entre necesidades e intereses de los diferentes pueblos. El desconocimiento institucionalizado y constitucionalizado de la diferencia, la adecuación del sistema a los usos de quienes ostentan el poder irradiaría desde el parlamento y se esparciría a todas las reglas de un modelo elitista y excluyente, cubierto bajo una declarativa imparcialidad, generalidad y abstracción. Esto permitió que quienes ocupasen una posición socialmente privilegiada aprovecharen de las oportunidades creadas por el modelo de Estado para alcanzar riqueza, enquistarse en el poder político y garantizar que tales privilegios sean transmitidos a su descendencia. Así, el mestizo impone una estructura social, la institucionaliza y la resguarda por medio de su *juridificación*, cuyo instrumento primordial sería la ley.

12 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, la Ley del más Débil*, Trotta, tercera edición, Madrid, 2003, pp. 73-96.

El primer e insubsanable error de este modelo fue concebir al Ecuador como un estado-nación, de acuerdo a los cánones de la ilustración; en virtud del cual, se podría definir a toda sociedad políticamente organizada como “una comunidad humana de la misma procedencia étnica, dotada de unidad cultural, religiosa, idiomática y de costumbres”¹³ lo cual distaba mucho de la realidad de Latinoamérica.

La confrontación entre una cultura que presiona por la homologación, frente a otra que se resiste a la enajenación de su cultura, produjo enfrentamientos interculturales permanentes, en ocasiones violentos. Existía pues, una contienda en diametral condición de desigualdad entre los autodenominados pueblos “civilizados” y un pueblo constitucionalmente descalificado como “inocente, abyecto y miserable”¹⁴. Bajo este esquema, el diálogo étnico era imposible y las decisiones políticas y sociales descansarían exclusivamente en manos de los representantes de la cultura dominante, matizada con el eufemismo de voluntad general “la teoría contractualista de Rousseau fue ampliamente criticada por los filósofos liberales como Kant y Constant toda vez que bajo la idea de voluntad general se estaba creando un monstruo o leviatán, según terminología de Hobbes, que era capaz de anular la libertad individual de la persona”¹⁵, la misma que velará por intereses de clase y juzgará de barbárica a toda forma diferente de entender al mundo.

En nuestros días la función legislativa conserva el monopolio de la producción de las leyes y por medio del principio de legalidad, el monopolio del uso legítimo de la fuerza. El legislador sigue siendo un representante de los intereses de sectores económica y políticamente poderosos y por medio de la expedición de leyes, ha diseñado un sistema jurídico desde la perspectiva del mundo mestizo, viéndolo desde arriba, redactándolo desde el escritorio y sobre la base de la experiencia extranjera. Ante tal realidad, los intereses de los pueblos indígenas, sus modos de entender su propia existencia, el de su pueblo y el de relacionarse con su entorno ha quedado tradicionalmente postergada.

13 Borja Cevallos, Rodrigo, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Editorial Planeta, Quito, 2007, p. 36.

14 Art. 68, Constitución del Ecuador 1830.

15 Papacchini, Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, Universidad del Valle, Cali, 1994, pp. 72-75.

Hoy, el movimiento indígena cuenta con representación en el parlamento, que aún siendo escasa, con la ayuda de un fuerte activismo social ha logrado visibilizar realidades comunes de los países pluriculturales, como el nuestro. Podríamos decir que nuestro sistema jurídico fundamental, desde la perspectiva étnica, pretende situarse en el cuarto modelo propuesto por Ferrajoli, al que el profesor italiano denomina “*igual valoración jurídica de las diferencias*” pasando así de la igualdad formal o ante la ley, a una de tipo sustancial o en derechos. Con ello “*se intentará justificar un trato diferenciado, constituido como protección a sectores sociales tradicionalmente discriminados o dotados de menores medios efectivos para la defensa de sus derechos*”¹⁶.

La tradicional sumisión de los sistemas jurídicos indígenas responde a un proceso histórico en el cual, el diseño institucional fue impuesto por la casta dominante, al igual que las demás manifestaciones sociales y culturales. Al no haberse producido un diálogo entre interlocutores válidos, no existen razones cualitativas para descalificar a los sistemas ancestrales; por el contrario, existe una gran cantidad de principios convergentes, en atención al fondo, aunque con expresiones formales diversas. El Estado está en deuda en su obligación de optar por un pluralismo de tipo igualitario que reconozca y promueva la validez y obligatoriedad de las diversas expresiones jurídicas¹⁷. Con este preámbulo, procederé a identificar algunas de las similitudes y diferencias entre estos sistemas con el objeto de aportar con elementos de juicio, como punto de partida en la búsqueda de mecanismos eficaces de armonización entre sistemas jurídicos coexistentes dentro de un mismo territorio.

III. Analogías y disanalogías: análisis a partir de un caso

Para esta parte del trabajo me valdré de un caso ocurrido en el territorio de los Pueblos Chibuleos de la Provincia de Tungurahua con el propósito de es-

16 Garrorena, Ángel. *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 70.

17 Chávez Vallejo, Gina, “El Derecho Propio: ¡destapando la Caja de Pandora!”, *Derechos Constitucionales, La Constitución del 2008 en Perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos No. 2, Quito, 2008, pp. 80-86.

tablecer, a medida que avanza el proceso, algunas analogías y disanalogías, entre estos dos sistemas procesales concurrentes¹⁸.

El Presidente de la Unión de Pueblos Chibuleos nos comentó sobre un secretario de tierras que era el encargado de repartir los territorios comunitarios entre las familias para que éstas a su vez, realicen las acostumbradas labores agrícolas y ganaderas. No obstante, el funcionario, en cuestión había vendido cierta extensión a personas ajenas a la comunidad, a sabiendas que, de acuerdo con las normas comunitarias, esta conducta estaba prohibida. Traducidos los hechos a lenguaje jurídico estatal, el funcionario habría abusando de bienes públicos en beneficio propio, lo que el artículo 257 del Código Penal calificaría como delito de peculado.

Ante tal situación, la comunidad inició las investigaciones respectivas hasta obtener los elementos de juicio necesarios para ponerlos en conocimiento de la autoridad, encarnada en el cabildo. Esta forma de proceder es asimilable a lo que haría la Fiscalía al abrir una indagación previa o instrucción fiscal. En el sistema estatal, ordinariamente existe a favor del fiscal el monopolio del ejercicio de la acción penal, lo que fomenta la discrecionalidad del agente lo que puede degenerar en arbitrariedad y corrupción. Por el contrario, en la comunidad indígena la fase de instrucción no sólo es pública, sino que en ella participan todas las personas interesadas en el asunto. Por otra parte, la legitimación del cabildo, como autoridad jurisdiccional supera la barrera de la representatividad democrática de la que carece el juez o tribunal penal o constitucional. El poder coercitivo de la autoridad indígena se asienta en una intachable conducta, lo que hace de la persona alguien digno del respeto, incluyendo al del propio acusado.

Los jueces interpretan qué es lo que dice la Constitución, frente a las normas que aparentemente la contradicen. Y éste hecho, que la última interpretación de la Constitución quede en manos de un grupo de funcionarios públicos que (normalmente) ni son elegidos ni pueden ser removidos directamente por la ciudadanía, lo que representa un grave riesgo para la teoría institucional, arriba

18 García, Fernando, *Formas Indígenas de Administración de Justicia*, FLACSO Sede Ecuador, Quito, 2002, p. 44.

expuesta bajo la apelación a una defensa de los derechos, es posible afectar seriamente el principio mayoritario¹⁹.

Dado que el derecho indígena se fundamenta en la tradición, la elección de autoridades jurisdiccionales no tiene la traba relativa a la formación técnico-jurídica, verificable en los operadores estatales de justicia, de cuya probidad poco o nada se sabe y de la seriedad del proceso de méritos y oposición muchos, por decir lo menos, dudan. Por otro lado, la desigualdad de oportunidades de estudio y especialización profesional hace de los sistemas occidentales un círculo elitista, impermeable y aristocrático que impone justicia desde arriba, es decir, desde una perspectiva que nada tiene que ver con la realidad de la inmensa mayoría de ciudadanas y ciudadanos. En este sentido, la autoridad estatal puede llegar, socialmente cuestionada, a ejercer cargos tan delicados, lo que se refleja en la escasa confianza que dicho funcionario inspira al colectivo y en la proliferación de la venganza de sangre y linchamientos callejeros.

La jurisdicción, en razón de la materia, está igualmente ligada a los derechos territoriales de los pueblos indígenas. “Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad”²⁰. La íntima relación que existe entre la comunidad y sus tierras, descansa en el derecho a la autodeterminación²¹ y a las distintas perspectivas de desarrollo, no solo en sentido económico, como podría entenderse en la sociedad mayor. El territorio ancestral posibilita el desarrollo de la cultura y de la diaria construcción de la propia identidad. En este sentido, si acordamos que el derecho es una manifestación de la cultura y ésta solo puede desarrollarse en extensiones territoriales espe-

19 Gargarella, Roberto, “Las amenazas del Constitucionalismo: Constitucionalismo, Derechos y Democracia”, en Alegre, Marcelo, *et al.*, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 15.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awajitjngni Vs. Nicaragua*, párrafo 149 (sentencia de fondo).

21 Art. 1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Art. 1 Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Art. 3 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.

cíficas, marcadas por un patrimonio simbólico, capaz de dar sentido a la existencia de pueblos correspondiente, es lógico que la normativa jurídica aplicable esté relacionada con un sentido social, finalista y utilitarista vinculado estrechamente al sentido de pertenencia territorial:

“para los indígenas sus espacios territoriales son fuente de identidad y parte de su ser. Más que los territorios pertenezcan a los indígenas, son ellos los que forman parte de la Tierra donde habitan; la Tierra es el lugar de origen, fuente de creencias, sustento de una cosmovisión, prácticas socioculturales peculiares y asiento de un pasado común”²².

De tal forma que, al igual que en el sistema estatal, la jurisdicción está repartida, entre otros criterios, por el de territorialidad, de tal forma que el juzgador posea alguna relación con la comunidad afectada por la eventual conducta reprochable. No obstante, a diferencia del sistema indígena, el juez estatal, pocas veces conoce el contexto social del que proviene la gran cantidad de casos y lejos de interesarse por las condiciones dadas, procede a criminalizar al presunto infractor y por extensión, a etiquetar a quienes comparten circunstancias similares. El sistema estatal ha creado estereotipos que fomenta prácticas discriminatorias y criminaliza la pobreza; lo que produce aún más violencia e inseguridad. Para muchos, todo esfuerzo represivo vale la pena, por mantener el *status quo*, favorable para los grupos con capacidad de conducir el uso legítimo de la fuerza.

IV. Sistema de fueros

El ámbito de competencia, conjuntamente con el criterio de territorialidad debe extenderse al fuero personal, “se acepten los criterios de fuero personal y de consideraciones geográfico-demográficas para la aplicación de los sistemas jurídicos existentes, según corresponda a las circunstancias”²³. El

22 López Bársenas, Francisco, “Territorios Indígenas”, Internet, <http://www.tlahui.com/terrini.htm>, Acceso: 25 septiembre 2009.

23 Peña Jumpa, Antonio y otros, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 173.

sentido de pertenencia que desarrolla una persona, en relación con un grupo humano tiene una dimensión subjetiva; es decir, tiene que ver con su autodefinición, la identificación cultural, la vinculación con el territorio y con la de sus demás miembros del colectivo. A mi juicio, las infracciones cometidas por agentes externos a la comunidad deberían ser juzgadas por las propias autoridades indígenas puesto que dicha acción produce sus consecuencias en aquella sociedad. Bajo esta línea podríamos encontrarlos ante dos situaciones: por una parte, si se trata de la imposición de medidas reparatorias, indemnizatorias o de prestación de servicios a la comunidad, la autoridad indígena tendría autoridad suficiente para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Por otra parte, cuando la sanción fuese de carácter físico, no tendría sentido aplicarla puesto que el carácter purificador que fundamenta a estas penas resultaría ineficaz, inocuo e incluso irrespetado por quien no cree en ello; además, sería incoherente con la función reintegradora a la vida comunitaria. Una alternativa podría ser la implementación de sustitución de penas físicas por reparatorias, cuando de agentes externos se tratase.

Por el carácter simbólico y purificador de sanciones, como el azote con ortiga hace que pese a tratarse de una pena física no sea degradante, por el contrario es profundamente rehabilitadora. No es una pena cruel porque no produce inhabilidad física, ni siquiera temporal, tanto es así que después de su aplicación, la persona es recibida en su hogar y es atendida con comida y bebida cual si se tratase de una celebración. Todo esto ante los ojos voluntariamente ciegos de la prensa que únicamente presentan el momento de la sanción.

Para evitar que una persona, proveniente de la sociedad mayor o de otra comunidad indígena, es decir, ajena a una estructura jurídica determinada, no fuese sometida a lo que para ella podría resultar un trato cruel o humillante, las autoridades estatales deberán establecer medios de coordinación institucional con las autoridades indígenas para que, ante una situación como ésta, se garantice una actuación culturalmente respetuosa en uno u otro sentido. Sin perjuicio de ello, si se tratase de un acto constitutivo de delito, las autoridades indígenas tendrían la facultad de intervenir en la aprehensión del presunto delincuente, a fin de ponerlo a órdenes de su juez natural; no obstante, los comuneros deberían tener la posibilidad de participar como

parte procesal a fin de evitar que ante una situación conflictiva de fueros se proceda con irrespeto a la cultura o por el contrario, se fomente la impunidad si se logra la evasión del juzgamiento.

Asimismo, si la infracción fuese cometida por un miembro de una comunidad indígena, dentro de la ciudad (por caracterizar de alguna manera al territorio no ancestral) se deberá diferenciar entre algunas circunstancias. Si la supuesta infracción es contraria a la tradición, pero no al derecho estatal, juzgaría la autoridad comunitaria; por el contrario, cuando se tratase de delitos, pasaría a órdenes de la autoridad estatal toda vez que su interacción con la vida urbana hace que el indígena esté dotado de suficientes elementos de juicio para comprender la falta cometida y sus consecuencias, salvo que dentro del proceso, el juzgador llegase a determinar lo contrario. En este sentido, se concedería a favor de la autoridad estatal una suerte de *competencia preferente*. No obstante, el juzgador estatal deberá actuar con apego al método de *interpretación intercultural* para acertar en la apreciación que haga de los hechos y la consecuente aplicación oportuna del derecho.

El concepto de territorio indígena debe extenderse a aquellos asentamientos urbanos en los que predomina la vida cultural de estos pueblos, independientemente de su ubicación geográfica. Así, los asentamientos ciudadanos, predominantemente indígenas, para efectos de competencia jurisdiccional recibirían un trato análogo, como si se tratase de un territorio ancestral, en estricto sentido (la migración del indígena hacia la ciudad no significa un renunciamiento a su identidad aunque implica la aceptación de ciertas connotaciones inevitables ante la presencia predominante del mundo mestizo). Esta propuesta es congruente con los criterios de extraterritorialidad de la norma jurídica, ampliamente reconocidos por el derecho internacional²⁴: “los criterios de extraterritorialidad de la ley se ha extendido a diferentes ramas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”²⁵.

[Entre otros, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 5; en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, artículo 3; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

²⁴ Internet, <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6052.pdf>, Acceso: 21 septiembre 2009.

²⁵ Tribunal Supremo Español mediante sentencia N°. 327/2003.

Políticos, artículo 7; e incluso, para su ámbito, en los Convenios de Ginebra, en los cuales también se establece la obligación de cada Estado parte de buscar [en su territorio] a los culpables y someterlos a la jurisdicción de sus Tribunales. (...) además de la obligación de enjuiciar al presunto autor cuando se encuentre en territorio del Estado y no se acceda a la extradición, se incorporan otros criterios de atribución jurisdiccional, entre ellos, el de personalidad pasiva, que permite perseguir los hechos cuando la víctima sea de la nacionalidad de ese Estado y éste lo considere apropiado.]

Por ejemplo, el principio de no devolución, aplicable a las personas en situación de refugio, según el cual las medidas migratorias que adoptasen los Estados deben guardar armonía con el respeto a los derechos humanos. Asimismo, los conflictos existentes entre mestizos, dentro de territorio indígena, pero que no resultaren una amenaza en contra de la armonía y el orden social, deberían ser conocidos, sustanciados y resueltos por la autoridad estatal.

Un primer paso para armonizar la coexistencia de sistemas jurídicos concurrentes consistiría en delimitar el marco de intervención jurisdiccional. Para esto, se deberá implantar puentes para un diálogo intercultural efectivo por medio de veedurías interculturales, tanto por su acción como por su conformación. Estas instancias garantizarían que los derechos de protección tanto de indígenas, como de mestizos sean eficazmente tutelados. En última instancia, será la Corte Constitucional, por medio de su sistema de precedentes, la que irá definiendo principios y reglas relativas a fueros para lo que deberá utilizar criterios de racionalidad, proporcionalidad e interpretación jurídica intercultural; deberá además, asistirse de peritazgos antropológicos.

Asimismo, la Corte Constitucional será la encargada de realizar el control de constitucionalidad del ejercicio de estas potestades para evitar que fuesen contrarias a la intangibilidad del núcleo duro de los derechos fundamentales. Este asunto, podría regularse entre otras formas, mediante la expedición de una ley; no obstante, no sería recomendable que el proceso empiece por ahí, en primer lugar, porque esta forma de crear derecho no es la básica dentro de una tradición esencialmente consuetudinaria como la indígena; pero especialmente, porque la falta de representación efectiva del

movimiento indígena en la Asamblea Nacional podría poner en riesgo el desarrollo de las facultades jurisdiccionales de las autoridades indígenas. En esta línea, una vez delimitado el sistema de fueros, los jueces estarán en la obligación de ceder competencia e inhibirse del conocimiento de aquellas causas que fuesen atribuibles a la jurisdicción indígena o viceversa, so pena de incurrir en sanciones y provocar la nulidad del proceso.

V. El debido proceso

El segundo punto que deben abordar los juzgadores al momento de demarcar la competencia guarda relación con el trámite. En el caso del sistema estatal, la actuación del secretario de tierras correspondería a un delito de acción pública, de instancia oficial. En el Código de Procedimiento Penal existen más de tres procedimientos cuyas especificidades, sucesivas audiencias y la posibilidad de provocar incidentes, de manera indefinida, hace imposible que el procesado y la eventual víctima puedan tener dominio sobre su propio conflicto. Por tanto, el conflicto llega a ser monopolizado por el Estado, en ocasiones a diseminarse por la intervención de una infinidad de funcionarios, abogados y auxiliares de justicia. En el sistema estatal, como en “El Proceso” de Kafka²⁶ (en esta obra, el protagonista, Joseph K., llega a tener conocimiento que se sigue un proceso judicial en su contra; no obstante, ante la intervención de una serie de funcionarios estatales, entre ellos su propio abogado, llega a tal punto de confusión que jamás llega a conocer las razones que motivaron el inicio del proceso, tampoco el estado de la causa, ni las oportunidades que tiene de salir bien librado) las personas directamente interesadas quedan relegadas a segundo o tercer plano, ante una maraña confusa de normas sustantivas, adjetivas y prácticas institucionales.

Los sistemas tradicionales no requieren de un aparato burocrático extenso ni especializado ya que cada uno de los miembros de la comunidad conoce el proceso de juzgamiento, desde que es niño. No existe distinción entre conflictos civiles, penales o de cualquier otra naturaleza porque el pa-

²⁶ Kafka, Franz, *El Proceso*, Libresa, Quito, 2001.

rámetro de conducta inapropiada está dado por la afectación de las actuaciones humanas a la armonía con la comunidad y para con la naturaleza. Esta paz puede ser importunada por la injerencia del “otro”, lo que obliga a la comunidad a crear mecanismos de autodefensa.

Se ha identificado como principio básico del derecho indígena al *kushikuy kausay* o *alli kausay* que significaría algo así como el mantenimiento de la armonía en las relaciones entre las personas, la comunidad, la naturaleza y la energía cósmica. De este principio se derivarían otros como: *ama llakirina* o no agredir; *ama shua* o no robar; *ama llulla* o no mentir; *ama muku* o no ser avaro; *ama yalli* charina o no ser envidioso; *randi randi* o ser solidario; *ama killa* o no ser ocioso, trabajar. Recordemos que esta suerte de audiencias de juzgamiento indígenas se dan en presencia de toda la comunidad con lo que se logran dos efectos: por una parte, la tradición jurisdiccional se conserva y se transmite visualmente; y por otra, se cumple con el *principio de publicidad*²⁷.

En contraposición, en el sistema estatal, según el cual, los procesos judiciales son nominalmente públicos y en tal virtud, cualquier persona puede tener acceso a los expedientes, en la práctica existe un desinterés generalizado por aquellos procesos que no producen escándalo político. La razón puede explicarse por la dimensión conceptual del daño; así, en la comunidad indígena las personas se ven efectivamente afectadas en sus relaciones sociales. Por el contrario, en contradicción con diversas construcciones teóricas que pretenden justificar la intervención penal, la concepción individualista del daño en la sociedad mayor hace de la ofensa un asunto esencialmente personal o familiar, el criterio de inseguridad pública no ha dejado de ser una categoría abstracta, vacía e indeterminada que únicamente ha servido como sustento teórico para incrementar la acción represiva de grupos de poder, al amparo del *ius punendi*, atribuible al Estado.

27 Llasag Fernández, Raúl, “La Jurisdicción Indígena en el Contexto de los Principios de Plurinacionalidad e Interculturalidad”, en: *La Nueva Constitución del Ecuador, Estado, Derechos e Instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos No. 30, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009, pp. 205-206.

La publicidad de los procesos de juzgamiento transparenta la acción de la autoridad, previene la arbitrariedad y fomenta la confianza, en consecuencia. Por otro lado, en el sistema indígena la función de juez es concebida como una obligación moral de servicio comunitario, derivado del principio de solidaridad o *randi randi*, por lo que no se trata de un cargo remunerado, en contraposición con el sistema estatal donde el acceso a cargos jurisdiccionales suele verse, aunque no en todos los casos, como una oportunidad para mejorar sustancialmente la economía personal y familiar. Por lo general, las altas remuneraciones son la motivación principal para buscar el acceso a dichos puestos.

Por otra parte, el principio de *oralidad* que progresivamente va insertándose en el sistema estatal pretende favorecer a la observancia del principio la *inmediación* y al de *celeridad*. Pese a los esfuerzos realizados, la cultura jurídica mestiza, sigue tendiendo a procesos escritos. La incorporación de audiencias ha mejorado tal situación; no obstante, en algunos casos son realizadas sin siquiera la presencia del juez. Por otra parte, la posibilidad de crear incidentes, justificados o no, dilatan indefinidamente la resolución del conflicto. De acuerdo con estadísticas oficiales, en el año 2008, en los tribunales penales de la provincia de Pichincha se receptaron a 4.693 causas. En el mismo año, se resolvieron 4.072 que no corresponden a los trámites ingresados sino a los rezagados de años anteriores²⁸. Con este déficit y no teniendo otro tipo de análisis estadístico oficial, se calcula que la resolución de las causas tomarían, en el mejor de los casos, un promedio de dos o tres años. Pensemos además que nos referimos a tribunales ubicados, en su gran mayoría en la capital de la República que cuentan con una infraestructura mucho más eficiente que en provincia, por no mencionar al sector rural.

En el caso de los sistemas indígenas, la resolución de los conflictos es casi inmediata. Podemos obviar la fase preventiva o de “*consejo*” en la que se sientan las bases para un eventual juzgamiento futuro. La tradición de la sociedad indígena hace de la oralidad un sistema ordinario y principal de transmisión de la cultura, por lo que las ceremonias de juzgamiento no po-

28 Estadísticas del Consejo Nacional de la Judicatura, Internet, <http://www.cnj.gov.ec/www/pdf/planificacion/estadisticas/Resumen%20Nacional%202008.pdf>, Acceso: 25 septiembre 2009.

drían efectuarse de otra manera. La presencia de la autoridad o de un organismo colegiado favorece la intermediación, la celeridad y la recta utilización de la sana crítica en base a los elementos con los que se cuenta, lo que concordería también con el principio de *economía procesal* y favorece a la eficacia del sistema en su conjunto.

Al secretario administrador de tierras se le garantizó lo que nosotros llamaríamos el principio de legalidad, tanto en lo relacionado a la tipificación previa de la infracción, cuanto en el establecimiento de la sanción. Lógicamente, para que el concepto de ley sea aplicable al sistema indígena debe asimilárselo al de norma consuetudinaria. Lo esencial es que el secretario está consciente que su actuación es socialmente reprochable por ser contraria a los anhelos de vida armónica entre el individuo y la comunidad, que atenta contra la integralidad del territorio ancestral lo que perjudicaría la actividad productiva, el desarrollo cultural y espiritual de su pueblo. Por tanto, no es necesario que exista un texto que describa a una determinada conducta para que el miembro de la comunidad llegue a conocer que tal o cual actuación es capaz de motivar la reacción comunitaria. En conclusión, la persona encausada conoce la infracción cometida, la eventual sanción que se le impondría y el procedimiento intermedio entre ambos momentos; por tanto, el sistema indígena cumple con el derecho a ser juzgado en virtud de una norma previa, clara, pública y aplicada por una autoridad competente, de acuerdo con el estándar de seguridad jurídica previsto en Art. 82 de la Constitución²⁹.

En cuanto a la pena, a lo largo del tiempo se han desarrollado diversos sistemas de proporcionalidad, así dentro de una comunidad indígena no es lo mismo abusar de los bienes públicos a su cargo, que robar una cabeza de ganado. En el segundo caso, se obligaría al resarcimiento pecuniario o en especie y al ofrecimiento de disculpas públicas; en el primero, se procedió con el ritual de purificación consistente en un baño con agua fría y en azotes con ortiga, sobre esto nos detendremos en adelante.

De regreso al caso, una vez conocida la actuación del secretario administrador de tierras, las familias se reunieron para consensuar la adopción de medidas. La primera de ellas fue destituirlo. En concordancia, en el sistema

29 Art. 82, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

estatal, la imposición de una pena privativa de la libertad suspende el ejercicio de los derechos de participación, entre los que se encuentra el acceso y ejercicio de cargos públicos. La segunda medida fue someterlo a la ceremonia de juzgamiento ante el cabildo, en presencia de la comunidad. En el sistema estatal, hablaríamos de una audiencia de juzgamiento.

VI. La ceremonia de juzgamiento

Una vez que la ceremonia se encuentra instalada se procede con la intervención de personas que gozan de relevancia social o relación directa, en virtud del caso. Por ejemplo, cuando la actuación que motiva el juzgamiento agrava al prestigio familiar son generalmente los padres del juzgado quienes adoptan el rol de acusadores. Una vez expuestas las razones de la parte acusadora, el acusado procede a defenderse. No cuenta con el auxilio de un abogado, pero como ya lo dijimos, tampoco lo necesita. En este momento suelen intervenir los denominados “*palabreros*” que en asimilación al sistema mayor serían una suerte de mediadores que ponen a consideración de la autoridad y de las partes métodos para alcanzar una transacción y resolver el conflicto.

Los criterios de prestigio son diferentes entre el mundo mestizo y el indígena. Para la sociedad mayor es prestigiosa la persona que posee riqueza, que cuenta con un círculo de amistades rimbombantes o que ha obtenido la mayor cantidad posible de títulos educativos. En la realidad indígena, el prestigio es obtenido por los servicios que la persona es capaz de brindar a la comunidad. Así, la sabiduría de una persona acarrea la obligación de servir al pueblo y no una ventaja para acuñar riqueza, en beneficio propio³⁰.

Si se llegase a un acuerdo, las partes adquirirían compromisos públicos de reparación y no repetición; y, el caso quedaría cerrado. Si llegase a existir incumplimiento de tales compromisos, se procederá con la sanción respec-

30 Granizo, Asdrúbal, “La Administración de Justicia en los Pueblos Indígenas”, en *Derechos de los Pueblos Indígenas, Situación Jurídica y Políticas de Estado*, Ramón Torres, Galarza (compilador), Ediciones Abya Yala, Quito, p. 40.

tiva, pero ahora es a la comunidad a quien se debe reparar por la omisión en el cumplimiento de obligaciones adquiridas públicamente. Por lo general, se firma un acta que servirá como prueba de una eventual inobservancia.

Si no se llega a un acuerdo o la víctima no se siente reparada con lo propuesto por el palabrero, la autoridad procede a ejecutar la sanción. En este estado del proceso es donde suelen encenderse las cámaras de televisión que recogerán las escenas para reportajes futuros. En la transmisión, el secretario fue colocado ante la mirada del pueblo, bañado en agua fría y azotado con ortiga. La pena es ejecutada generalmente por las mujeres más respetadas de la comunidad. Es común que el azote sea aplicado por la madre, con la ayuda de otras mujeres. Los lazos familiares son muy fuertes por lo que el indígena reconoce autoridad, con poder coercitivo, en la madre, el padre, madrinas, padrinos, hermanas y hermanos mayores.

Para el pueblo indígena, la cárcel es una medida excepcional. Cuando una persona es privada de la libertad permanece en un cuarto en el que cuenta con mejores condiciones de vida, en relación con las cárceles estatales, aunque hay que reconocer que en este aspecto en algo hemos avanzado. Por ser excepcional y por durar pocos días, generalmente la persona se encuentra sola. No hay problemas de hacinamiento. Este sistema de aislamiento temporal busca crear un ambiente de reflexión para el acusado y prevenir su evasión de la justicia. La familia propia e incluso la de la persona ofendida suelen visitarle sin restricción de horario, le llevan comida y bebida lo que fomenta el diálogo y la posibilidad de llegar a consensos. Si la víctima lo perdona, la persona recobra de inmediato la libertad y continúa con su vida, de lo contrario permanecerá en dicha situación, hasta la ceremonia de juzgamiento, lo que tomará aproximadamente una semana. Estudios de campo indican que en la mayoría de veces es la propia víctima la que se apiada del preso y aún sin llegar a consensos le concede su perdón y por tanto, la libertad³¹.

En el sistema estatal, la pena privativa de la libertad es la regla. En el Código Penal casi todos los delitos son reprimidos con prisión o reclusión, sin perjuicio de penas accesorias como el pago de multas y algún reconocimiento a la víctima por concepto de daños y perjuicios. Estas penas no buscan resarcir el daño causado por lo que, si bien la víctima experimenta cierta tran-

31 García, Fernando, *op. cit.*, pp. 34-39.

quilidad al saber que quien le ha infringido un daño se encuentra tras las rejas, no es reparada en el daño objetivamente sufrido. Por otra parte, el Estado se olvida de la víctima y ésta enfrenta los efectos de su situación en soledad. De conformidad con la sección undécima, del capítulo cuarto de la Constitución existe un sistema de protección de víctimas y testigos; no obstante, en la práctica no se ha logrado cubrir este vacío.

El sistema jurisdiccional indígena es efectivamente gratuito. Las personas directamente afectadas o quienes tuviesen conocimiento del cometimiento de una infracción acuden directamente y sin previa cita, ante la autoridad y ésta a su vez, convoca a la comunidad para dar respuesta a tal requerimiento. No es necesario contar con la asistencia de abogados, no se pagan tasas judiciales, no se pagan informes periciales, no es necesario pagar por un lugar digno en la cárcel y las partes no se desgastan psicológica ni emocionalmente, por ser un proceso expedito.

Una vez acabada la ceremonia de juzgamiento, se apagan las cámaras de televisión, lo que no quiere decir que el proceso hubiese culminado. El acusado ha sido purificado, ha pedido perdón a la comunidad y a los afectados, ha prometido no volver a incurrir en dicha falta y se ha comprometido a resarcir los daños. La comunidad confía en él, se restablece el orden y la armonía en la comunidad, lo cual es motivo de celebración. El acusado es acogido por sus familiares y por los comuneros quienes son invitados a comer y a compartir la chicha. Al día siguiente, el ex secretario de tierras volverá a ser un miembro más del colectivo.

El sistema estatal establece como fin de la sanción penal, la *rehabilitación integral*³² del individuo. Este objetivo contrasta con la realidad debido a las falencias verificables en el sistema penitenciario. Por una parte, el condenado perderá su empleo, se alejará de su familia y personas cercanas a quienes posiblemente les avergüence tener a un presidiario por pariente. La persona al entrar al círculo penitenciario será ubicada en una celda con tantos presos como puedan caber en el espacio físico. No tendrá acceso a una alimentación adecuada, ni medidas básicas de salubridad, perderá su privacidad y será extorsionada por mafias internas (muchas veces auspiciadas por los propios funcionarios del Estado). Así mismo será víctima de abusos de

32 Art. 201, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

carácter sexual y laboral, se lo despojará de sus pertenencias, sin nombrar las tantas otras humillaciones que podría sufrir durante los años que permaneciere en el centro.

Una vez cumplida la pena sabrá que sus hijos han crecido en su ausencia, que su esposa o esposo habrá formado otro hogar, no tendrá empleo y experimentará muchas restricciones para conseguirlo, puesto que el certificado de antecedentes penales lo tachará de persona indeseable y potencialmente peligrosa. La ruptura de lazos familiares, sociales, la adversa realidad vivida en prisión y lo complejo que resulta incorporarse al mercado laboral podría llevar a la persona a delinquir de nuevo o a su anulación social como individuo. Sin mencionar que una vez tramitada la orden de excarcelación y existiendo la posibilidad de “limpiar” el historial delictivo ha generado un mercado negro bastante rentable. En este sentido, el sistema estatal se presta para la creación de focos de corrupción, no así el indígena “la rehabilitación atenta a la dignidad de las personas, atenta contra los fundamentos del garantismo, vuelve al derecho penal de actor, permite la discrecionalidad y por tanto la arbitrariedad, además, no rehabilita”³³.

Hasta aquí, hemos visto que la gran mayoría de principios que integran las garantías básicas del debido proceso o derechos de protección son aplicables y aplicados en los regímenes de justicia indígena, aunque estos presenten fisonomías distintas. No obstante, existen otros principios que no podrían ser aplicables, lo que a mi juicio, no quiere decir que sean capaces de descalificar a los sistemas tradicionales como legítimos y valiosos.

El derecho de las personas a que otra autoridad, de mayor jerarquía, revise las actuaciones del inferior, no encontraría analogía en el derecho indígena. Las autoridades de los pueblos indígenas no se encuentran jerarquizadas; no obstante, el alto nivel de publicidad ayuda a compensar dicha diferencia. Así, en el momento de la ceremonia de juzgamiento acude toda la comunidad y lógicamente las personas que gozan de algún tipo de relevancia dentro del conglomerado. Sin bien, el principio de la doble instancia pretende eliminar la arbitrariedad de las decisiones jurisdiccionales, este abuso de autoridad es casi

33 Ávila Santamaría, Ramiro, “La rehabilitación no rehabilita, la ejecución de penas en el garantismo penal”, en *Ejecución de Penal y Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 5, Quito, 2008, p. 144.

impensable en un sistema donde el control de la comunidad confluye, en unidad de acto. Asimismo, en otro tipo de conflictos, generalmente aquellos de índole familiar, existe un primer momento en el que las familias implicadas se reúnen para aconsejar a quienes están desatendiendo las normas impuestas por la tradición, en estas reuniones se llegan a acuerdos y a compromisos recíprocos que de no ser cumplidos pasarían a ser ventilados ante la comunidad en general. Este método preventivo hace excepcional la intervención de la comuna y configuraría una suerte de segunda instancia.

Por otro lado, el sistema estatal reconoce como derecho el no ser obligado a declarar en contra del cónyuge o familiar cercano. Esta garantía pretende evitar rompimientos familiares, entendiendo que la unión entre personas con lazos sanguíneos es un valor digno de preservar, aún asumiéndose la posibilidad de sacrificar el conocimiento de la verdad material. Por ser un derecho subjetivo, la persona está facultada a renunciar a él y proceder a expresar su testimonio. En el sistema indígena, esta renuncia es mucho más frecuente porque es la propia familia, especialmente los padres, padrinos y hermanos mayores, los que se sienten irrespetados por el incumplimiento de los compromisos adquiridos por el infractor ante la autoridad familiar. El desprestigio producido a la célula familiar, convierte a los parientes en víctimas directas de dicho desacato por lo que son ellos precisamente los que suelen dar parte al cabildo para que adopte medidas. Como ya se dijo, suele ser la madre quien aplica los azotes, el baño y/o la ortiga al infractor, en todo caso, esta forma de proceder es voluntaria, por lo que existe similitud, en el fondo sobre este punto.

Podría decirse, que el ejercicio de este tipo de facultades, por parte de quienes no integran la función judicial, vulneraría el principio de unidad jurisdiccional, consagrada en el artículo 168, numeral tercero. La réplica a este enunciado puede originarse en la propia concepción de Estado de Derechos, de acuerdo con la estructura jurídica definida por el artículo primero de la Constitución. El reconocimiento de la existencia de nuevas, variadas y válidas fuentes de creación de derecho obliga a la diversificación de los organismos que administran justicia. No sólo hablamos de jurisdicciones de carácter supranacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional, sino de otros órganos del propio Estado, como la Corte Constitucional o el Tribunal Contencioso Electoral quienes ejercen potestades jurisdiccionales, aún sin pertenecer a la Función Judicial. Adicio-

nalmente, podríamos mencionar a los jueces de paz y naturalmente a las autoridades indígenas; éstas con un principio fundamentador adicional, asentado en la conformación pluricultural del Estado. En consecuencia, la unidad jurisdiccional ha sido relativizada por la propia evolución del ordenamiento. En la actualidad, el criterio de unificación de las facultades de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado se desprende de la propia Constitución y su respectiva proyección en la ley y no de la división de funciones del Estado; por tanto, éste tampoco sería un argumento fuerte para descalificar a los sistemas tradicionales de justicia.

No se puede hablar de justicia por mano propia por cuanto el uso de la fuerza es ejercido por autoridades, debidamente legitimadas por la comunidad. Tampoco se puede hablar de tortura porque las medidas que se adopta en este tipo de conflictos no dañan físicamente a la persona, aunque sin duda, le provoca cierto grado de dolor. Quiero enfatizar en el carácter moderado del ejercicio de la violencia dentro de estos sistemas, en contraposición con los linchamientos callejeros, absolutamente ajenos a la tradición indígena. La quema de personas vivas, la provocación de lesiones permanentes, ahogamientos, torturas, mutilaciones, asesinatos sumario y extrajudiciales han sido practicados con mucha mayor frecuencia en algunos regímenes nominalmente democráticos.

De acuerdo con los datos obtenidos por la Comisión de la Verdad, creada mediante decreto para investigar crímenes de Estado, producidos en las tres últimas décadas, especialmente en el período del gobierno de León Febres Cordero (1984-1988) se han identificado alrededor de 250 casos, en los que, el 17% tratan sobre asesinatos o ejecuciones extrajudiciales, 10% desapariciones forzadas, en el 70% han sido acompañados de tortura, 18% de abuso sexual, 62% privación ilegal de libertad. De estos, el 58% ocurrieron durante el periodo de 1984-1988 y el 42% en otros periodos presidenciales³⁴.

Esto no justifica dicha forma de proceder, por el contrario bajo ninguna circunstancia dejan de constituir un delito al que se le atribuye una sanción

34 Internet, http://www.coverdad.org.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=97:comision-de-la-verdad-presentara-su-informe-final-en-septiembre-proximo-&catid=36:boletines&Itemid=57, Acceso: 24 septiembre 2009.

penal, inclusive si a nombre de justicia indígena se llegase a producir, en cualquier lugar. La justicia indígena busca reincorporar de inmediato a la persona infractora por lo que mutilar o dar muerte sería un medio absurdo para el fin perseguido. El linchamiento no es equiparable a justicia indígena, ni siquiera se le asemeja, es desproporcional, arbitrario, contrario a toda expresión del debido proceso y en consecuencia no puede ser tolerado.

La aplicación de sanciones en el sistema indígena no es tampoco un acto degradante, como sí lo sería permanecer por años en prisión, bajo condiciones infrahumanas. El azote con ortiga o la utilización del fuste es parte de un ritual purificador que restablece los lazos de amistad entre el infractor y su grupo. Por tanto, la supuesta humillación tampoco constituye criterio válido para descalificar a los sistemas ancestrales.

VII. Relaciones entre sistemas jurídico concurrentes, a manera de conclusión

Por lo dicho y por tantas otras razones, el Estado está en la obligación de respetar, proteger y promover el ejercicio de prácticas ancestrales, por tratarse de un derecho humano de carácter colectivo. No obstante, al igual que en cualquier otro derecho, la jurisdicción indígena es limitable por la reivindicación de otros derechos fundamentales. En concreto, se justifica la intervención del Estado para garantizar que los miembros de la comunidad no vean afectado el núcleo esencial de sus derechos individuales por parte del grupo. Cabe la intervención estatal si se determina que la práctica ancestral es utilizada como medio de venganza con fines racistas o discriminatorios. Se justificaría además en cuanto impida que factores endógenos o exógenos atentaren contra la práctica de la cultura propia y cuando personas no sujetas al fuero indígena fuesen sustraídas de su juez natural. Por tanto, el ejercicio de este derecho colectivo, como el de cualquier otro, exige del Estado la adopción de medidas positivas o de hacer y negativas o de abstención que garanticen su pleno y progresivo desarrollo, así como para evitar abusos en su ejercicio.

El Estado está obligado a proporcionar una serie de garantías normativas; de diseño e implementación de políticas públicas; e, institucionales,

como sería el caso de la creación de instancias pluriculturales de coordinación. Toda medida que se adoptare tiene que pasar por una fase previa de consenso con las autoridades de los pueblos en cuestión, con la participación informada de la comunidad en su conjunto, a quien se les tiene que asegurar niveles efectivos de incidencia en la toma de decisiones. En este sentido, es indispensable crear canales que garanticen un diálogo intercultural respetuoso y bajo condiciones de igualdad en cuanto a propuesta y veto. Así, las funcionarias y los funcionarios que intervinieren en representación de la sociedad mayor deberán conocer y valorar la cosmovisión de cada uno de los pueblos y nacionalidades con el que se pretenda entablar el diálogo; caso contrario, la complementariedad de estos sistemas seguirá siendo una utopía, pese a la concurrencia esencial de los principios que sustentan a unos y otros, conforme he pretendido justificar en este trabajo.

El primer paso indispensable consiste en reconocer que ninguno de estos sistemas es mejor o peor que los demás, tampoco es más o menos civilizado o bárbaro que otros. Debemos comprender que se trata de sistemas diferentes, que parten de cosmovisiones distintas y a partir de ello han construido a través de los años trayectorias evolutivas y culturales disímiles, poseedoras de su propia riqueza, lo que lejos de ser una barrera debe tenerse como la oportunidad para abrir puertas hacia un aprendizaje recíproco y consecuentemente a una sana valoración del “otro”.

Entre los argumentos teóricos-discursivos para el debate en derechos humanos, Robert Alexy identifica al “*argumento de democracia*”, según el autor está compuesto de tres premisas: a) Sólo puede formarse a través de procedimientos democráticos de formación de la opinión y la voluntad; b) sólo puede darse si los derechos políticos fundamentales y los derechos humanos rigen y pueden ejercitarse con suficiente igualdad de oportunidades; y finalmente, c) Que el cumplimiento de los anteriores supuestos logren garantizar derechos fundamentales y humanos no políticos, entre los que se encontraría la vida, la libertad, la cultura. Este proyecto impone como condición *sine qua non*, eliminar todo vestigio de prejuicio étnico³⁵.

35 Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, libro No. 1, cuarta reimpresión, Bogotá, 2004, pp. 129-131.

De este diálogo, entre interlocutores válidos se tenderá a establecer instancias de coordinación entre las autoridades de los diferentes sistemas jurisdiccionales. Para lo cual, el sistema de fueros que se adopte debe ser lo suficientemente claro y difundido para evitar confrontaciones ulteriores y eventuales conflictos, tanto positivos como negativos de competencia. En todo caso, de llegarse a producir tales enfrentamientos, será la Corte Constitucional la encargada de dirimirlos e ir fijando, por medio de su jurisprudencia, reglas cada vez más detalladas para aquellos presupuestos fácticos imprevistos.

La clave está en construir de forma consensuada; no destruir, no marginar, no invisibilizar al diferente y a su modo particular de entender su posición en el mundo y a sus concepciones existenciales como pueblo. Una verdadera democracia sólo es posible bajo condiciones de diálogo profundo que posibilite el acuerdo que se logra con el respeto irrestricto de todos quienes participan de dicho debate.

VIII. Bibliografía

- Alexy, Robert, *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, libro No. 1, cuarta reimpresión, Bogotá, 2004.
- Andrade U., Santiago, Agustín Grijalva y Claudia Storini (editores), *La Nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Serie Estudios Jurídicos No. 30, Corporación Editora Nacional, Quito, 2009.
- Ardila Calderón, Gerardo, *Diversidad es Riqueza*, Instituto Colombiano de Antropología, Consejería Presidencial para los Derechos Humanos, Santa Fe de Bogotá, 1992.
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Fontarama, cuarta reimpresión, México D.F. 2007.
- Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis de la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 3, Quito, 2008.

- Ayala Mora, Enrique, *Resumen de la Historia del Ecuador*, Corporación Editora Nacional, Tercera Edición, Quito, 2008.
- Borja Cevallos, Rodrigo, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Editorial Planeta, Quito, 2007.
- Büschges Christian, Bustos Guillermo y Kaltmeier Olaf (editores), *Etnicidad y Poder en los Países Andinos*, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, Universidad de Bielefeld y Corporación Editora Nacional, Quito, 2007.
- Santos de Sousa, Boaventura y García Villegas, Mauricio (comps.), *El Caleidoscopio de las Justicias en Colombia*, Tomo II, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1998.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más Débil*, Trotta, tercera edición, Madrid, 2003.
- García, Fernando. *Formas Indígenas de administración de Justicia*, FLACSO, sede Ecuador, Quito, 2002.
- Gargarella, Roberto, “Las amenazas del Constitucionalismo: Constitucionalismo, Derechos y Democracia”, en Alegre, Marcelo *et al.*, *Los Derechos Fundamentales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.
- Garrorena, Ángel, *El Estado Español como Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1991.
- Granizo, Asdrúbal, “La Administración de Justicia en los Pueblos Indígenas”, en *Derechos de los Pueblos Indígenas, Situación Jurídica y Políticas de Estado*, Torres Galarza, Ramón (compilador), Ediciones Abya Yala, Quito.
- Kafka, Franz, *El Proceso*, Libresa, Quito, 2001.
- Kowii, Ariruma, *De la Exclusión a la Participación, pueblos indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador*, Abya Yala, Quito, 2000.
- Papacchini, Angelo, *Filosofía y Derechos Humanos*, Universidad del Valle, Cali, 1994.
- Peña Jumpa, Antonio y otros, *Constituciones, Derecho y Justicia en los Pueblos Indígenas de América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.
- Perafán Simmonds, Carlos, *Sistemas Jurídicos: Tukano, Chami, Guambiano, Sikuani*, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Bogotá, 2000.

Silva Portero, Carolina (ed.), *Ejecución Penal y Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Serie Justicia y Derechos Humanos, libro No. 5, Quito, 2008.

Normativa

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*, párr. 149 (sentencia de fondo).

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Tribunal Supremo Español, sentencia N° 327/2003.