

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Trabajo de fin de carrera titulado:

**PLURALISMO JURÍDICO:
EL FIN DE LA PENA EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA
ECUATORIANOS**

Realizado por:

JOHANNA CAROLINA ESPINOSA SERRANO

Como requisito para la obtención del título de
ABOGADA

QUITO, OCTUBRE DE 2012

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, Johanna Carolina Espinosa Serrano, declaro bajo juramento que el trabajo aquí descrito es de mi autoría; que no ha sido previamente presentada para ningún grado o calificación profesional; y, que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento.

A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....
Johanna Carolina Espinosa Serrano

DECLARATORIA

El presente trabajo de investigación de fin de carrera, titulado

PLURALISMO JURÍDICO:

EL FIN DE LA PENA EN LOS SISTEMAS DE JUSTICIA ECUATORIANOS

Realizado por la alumna

JOHANNA CAROLINA ESPINOSA SERRANO

como requisito para la obtención del título de

ABOGADA

ha sido dirigido por el profesor

Dr. NICOLÁS SALAS

quien considera que constituye un trabajo original de su autor.

.....
Dr. NICOLÁS SALAS

Director

Los profesores informantes

Dr. David Rivas, y

Dr. Iván Larco

después de revisar el trabajo escrito presentado,

lo han calificado como apto para su defensa oral ante el tribunal examinador.

.....
Dr. David Rivas

.....
Dr. Iván Larco

Quito, a..... de octubre de 2012

AGRADECIMIENTOS

Quiero empezar agradeciendo a Dios por todas las bendiciones que recibo día tras día, en especial por el regalo de mi familia, quienes se constituyen como mi primordial pilar de vida. Agradezco principalmente a mis padres por su constante amor, respeto y apoyo en todos los aspectos de mi vida, así como a mis hermanas quienes diariamente me brindan ánimos, convirtiéndose además en mis mejores amigas. Sin ellos no sería la mujer que soy hoy en día, ni sabría el verdadero valor de la honestidad.

Asimismo quiero agradecer a mis amigas y amigos, quienes con su apoyo y cariño han sabido ser un soporte, principalmente espiritual, necesario para salir adelante ante los obstáculos de esta vida.

Finalmente quiero agradecer a cada una de las personas que se preocupan por mi bienestar y han estado pendiente no solo del desarrollo de este trabajo sino de toda mi carrera universitaria.

Quiero hacer una mención especial en agradecimiento a todos mis maestros desde el primero hasta el último semestre, quienes han sabido impartir con eficiencia su sabiduría, no solo académica sino también moral.

Dedico el presente trabajo a Dios por darme la fuerza para realizarlo y a mis padres y hermanas por el amor y apoyo que me brindan día a día.

RESUMEN

En el Ecuador, desde el reconocimiento de la justicia indígena por la Constitución Política de 1998 vivimos en un pluralismo jurídico, el cual ha sido fortalecido por la Constitución de la República de 2008. El pluralismo jurídico es la convivencia de varios sistemas de justicia, diferentes unos de otros, en un mismo espacio territorial. En el caso del Ecuador se reconoce al denominado pluralismo jurídico débil, puesto que la justicia indígena aún está subordinada al reconocimiento por parte del sistema de justicia ordinario, así como limitada por los derechos humanos de carácter occidental.

Un tema controvertido al momento de hablar de la convivencia entre estos dos tipos de justicia, es el de la pena, puesto que las diferencias culturales no han permitido entender la visión ideológica de una y otra parte. La pena en la justicia ordinaria ha sido un tema ya tratado por muchos años, por lo que se han podido desarrollar las teorías retributivas y las teorías preventivas. Las primeras relacionadas a la imposición de una pena por el mero hecho de cometer un delito, y las segundas vistas como medios para prevenir el cometimiento de delitos de manera general así como específica. Por otro lado, cuando se habla de la pena en la justicia indígena es importante comprender que tienen una cosmovisión más colectiva y espiritual, por lo que el fin de la pena no es aislar al delincuente de la comunidad, sino restituir la paz y armonía social mediante el arrepentimiento, la rehabilitación y la reintegración del sujeto a su comunidad.

Finalmente, no se puede olvidar el tema de derechos humanos, respecto de los cuales se ha acusado a las comunidades indígenas de violarlos mediante sus prácticas represivas, sin tomar en cuenta que la justicia indígena no las realiza con el ánimo de causar un daño físico, sino para sanar a la persona. Asimismo no se debe negar la realidad de la justicia ordinaria la cual viola los derechos humanos de los condenados al tenerlos hacinados en lugares insalubres que no ofrecen ninguna garantía de rehabilitación.

ABSTRACT

Legal pluralism is known in Ecuador since the Constitution accepted indigenous justice in 1998. It has been reinforced by the Constitution of 2008. Legal pluralism is the coexistence of several justice systems, different from each other, in the same territorial space. Ecuador keeps the so-called weak legal pluralism, since indigenous justice relies on the acceptance by the ordinary justice system and it is also limited by occidental human rights.

A controversial issue when talking about coexistence between these two types of justice is the penalty, since cultural differences have not allowed understanding the ideological views of both sides. The penalty in the regular courts has been a known matter for many years, thus retribution and preventive theories were developed. The first one refers to the imposition of a sentence for the mere fact of committing a crime, and the second theory knows the penalty as a mean to prevent the commission of crimes in both, general and specific ways. On the other hand, when speaking of penalty in indigenous justice, is important to understand that these communities have a more collective and spiritual worldview. Therefore, the goal of the penalty is not the isolation of the offender, but to restore peace and social harmony through repentance, rehabilitation and reintegration within their community.

Finally, the issue of human rights cannot be forgotten. Indigenous communities had been accused of violating human rights through its repressive practices, despite of that fact that indigenous justice does not have the intention of causing physical harm, but to heal the person. The reality of the ordinary courts should not be denied, since exists a violation of the human rights of the condemned, having them crammed into unhealthy places that offer no guarantee of rehabilitation.

ÍNDICE DE CONTENIDO

<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
<u>CAPÍTULO I</u>	
<u>PLURALISMO JURÍDICO</u>	4
<u>1.1 DEFINICIÓN Y ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO.</u>	4
1.1.1 <u>Definición.</u>	4
1.1.2 <u>Tipos de Pluralismo Jurídico.</u>	7
1.1.3 <u>Variaciones conceptuales de Pluralismo Jurídico y teorías sobre su renacimiento.</u>	8
<u>1.2 PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR.</u>	12
1.2.1 <u>Datos estadísticos.</u>	16
<u>1.3 ANTECEDENTES DEL RECONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA.</u>	19
<u>CAPÍTULO II</u>	
<u>FIN DE LAS PENAS EN LA JUSTICIA EN EL ECUADOR</u>	26
<u>2.1 LA PENA EN LA JUSTICIA ORDINARIA</u>	26
2.1.1 <u>Fin de la pena.</u>	26
2.1.1.1 <u>Teorías Retributivas o Absolutas.</u>	28
2.1.1.2 <u>Teorías Preventivas o Relativas.</u>	31

2.1.1.3 <u>Otras teorías del fin de la pena.</u>	37
2.1.2 <u>Fin de la pena en el sistema penal ecuatoriano.</u>	38
2.1.3 <u>Clasificación de las penas.</u>	49
<u>2.2 LA PENA EN LA JUSTICIA INDÍGENA</u>	57
2.2.1 <u>Modalidad de las penas: Prácticas consuetudinarias.</u>	57
2.2.2 <u>Fin de la pena y cosmovisión cultural.</u>	67
2.2.3 <u>Justicia indígena: Normativa nacional e internacional.</u>	74
<u>CAPÍTULO III</u>	
<u>CONCILIACIÓN DE LA PENA ENTRE EL SISTEMA INDÍGENA Y</u>	
<u>ORDINARIO</u>	84
<u>3.1 VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.</u>	84
<u>3.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS.</u>	94
3.2.1 <u>Titulares del Ius Puniendi</u>	94
3.2.2 <u>Sujetos pasivos de las penas.</u>	99
3.2.3 <u>Debido Proceso.</u>	105
<u>CAPÍTULO IV</u>	
<u>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u>	116
<u>REFERENCIAS</u>	119
<u>BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA</u>	125

ÍNDICE DE ANEXOS

- [ANEXO # 1](#) Entrevista a Carlos Poveda.
- [ANEXO # 2](#) Entrevista a Jorge Paladines.
- [ANEXO # 3](#) Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (Artículos 5, 6, 7 y 8)
- [ANEXO # 4](#) Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, el Ecuador está viviendo un proceso de transformación en la justicia, debido a un reconocimiento más amplio de pluralismo jurídico por la Constitución de la República del 2008. Este reconocimiento implica que la justicia ordinaria necesita hacer cambios en su actuar normal y permitir a la justicia indígena ejercer las funciones jurisdiccionales que le han sido otorgadas.

El reconocimiento de este tipo de justicia por parte del Estado, supone un respeto a las decisiones de sus autoridades así como a su cultura en general. Por ello, es necesario conocer a quiénes se considera pueblos indígenas, para lo que se puede acudir al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 1989, que en su artículo primero dice:

a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial:

b) a los pueblos en países independientes, considerados indígena por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio...

Por lo mencionado, el primer capítulo del presente trabajo de investigación se dedicará a definir y a entender al pluralismo jurídico, así como sus ramificaciones, para poder comprender el proceso transformador actual que vive el Ecuador; y que se resume en la convivencia igualitaria de dos sistemas de justicia, el ordinario y el indígena.

Esta interculturalidad siempre latente, “construye relaciones entre culturas, como también entre prácticas, lógicas y conocimientos distintos con el afán de confrontar y transformar las relaciones del poder que han naturalizado la desigualdad (económica y política) y la exclusión (étnica cultural).” (García, 2008, pág. 484).

Justamente en este último punto es que radica la problemática principal del tema, pues para la justicia ordinaria aún constituye un reto el aceptar, y por tanto respetar, a la justicia indígena en su integralidad, en especial en cuanto a los procedimientos de aplicación de las penas se refiere.

Debido a ello, en el segundo capítulo se tratará el fin de la pena en los dos tipos de justicia; haciendo hincapié en las teorías de la pena cuando se trabaje sobre el sistema ordinario, y en las prácticas consuetudinarias así como en la cosmovisión cultural, cuando se trate del sistema de justicia indígena, con el fin de comprender de mejor manera el porqué de estas actuaciones y el fin con las que se realiza.

En el tercer capítulo, referente a la conciliación entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, se busca hacer una especie de comparación entre estos sistemas para que se comprenda que no difieren demasiado uno del otro en muchos aspectos y que por tanto es posible una convivencia respetuosa de los mismos.

En la actualidad, la Corte Constitucional de Colombia es sin duda la que más jurisprudencia ha generado sobre este tema, desarrollando los principios de igualdad, debido proceso y legitimidad de la justicia indígena. Por el contrario, el Ecuador se ha quedado rezagado a pesar del reconocimiento que se dio a este tipo de justicia ya en 1998.

Un claro ejemplo de lo mencionado es el caso La Cocha, que aún se encuentra tramitándose en la Corte Constitucional, sin ningún avance visible del mismo. El caso La Cocha se dio a conocer debido a que en el 2010 a varios jóvenes se les acusó de cometer homicidio en contra de otro miembro de su comunidad, por lo que fueron juzgados por la justicia indígena; sin embargo, luego fueron detenidos por las autoridades para ser juzgados por la justicia ordinaria.

En la justicia indígena se les sancionó con baño en agua helada, latigazos, a ser ortigados y pagar una indemnización de 5000 dólares a la familia del fallecido. En cambio por el lado de la justicia ordinaria, estuvieron detenidos cerca de un año y fueron liberados el 13 de mayo del 2010. A raíz de este caso, se planteó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional para que se pronuncie respecto de la competencia de las autoridades indígenas, pero ya como se mencionó, hasta el día de hoy no se logrado ningún resultado. (Flores, s/f).

Por ello, el Dr. Carlos Poveda, quien participa de la *veeduría a la transformación de la justicia*, indicó que...

... a veces la justicia ordinaria quiere ocupar espacios dentro de la comunidad en donde no puede dar un resultado o una respuesta de forma ordenada. A veces en los mismos casos que han tenido un poco de connotación nacional e internacional, la justicia ordinaria no está a la altura ni al talante de una solución. En el caso la Cocha, la justicia ordinaria tuvo su oportunidad para juzgar y prácticamente está prescrita la causa, en cambio en la justicia indígena sí se resolvió. (C. Poveda, comunicación personal, 24 de agosto de 2012).¹

Otro punto que se tratará en el tercer capítulo será el de derechos humanos, los cuales sin duda han resultado controvertidos, pues aún la sociedad mestiza ve con celo y hasta repudio a las prácticas indígenas, ya que las mismas pueden ser percibidas como atentatorias de los derechos humanos. También se reparará en el hecho de que constantemente la sociedad mestiza acepta como racional y legítimo el hacinamiento de presos en cárceles y centros penitenciarios que privan de la libertad al individuo sin otorgarle ninguna garantía de rehabilitación.

Finalmente, se buscará llegar a conclusiones que soporten la idea de una conciliación entre ambos sistemas de justicia, a través de una igualdad real plasmada en leyes y políticas construidas con la participación de ambos sectores para evitar conflictos en la aplicación de la justicia.

¹ La entrevista consta de Anexo 1.

I. PLURALISMO JURÍDICO

1.1 DEFINICIÓN Y ASPECTOS GENERALES SOBRE EL PLURALISMO JURÍDICO.

1.1.1 Definición.

El pluralismo jurídico es un concepto que si bien no es nuevo, recién empieza a conocerse y a desarrollarse de acuerdo a como ha ido evolucionando con los tiempos. El Ecuador no ajeno a este fenómeno, se encuentra en pleno florecimiento del pluralismo jurídico debido a un reconocimiento mucho más extenso de la jurisdicción indígena.

En el proceso entre: el paso del Estado de Derecho, al Estado Social de Derecho, donde el principio de igualdad se modifica y parte de la desigualdad real para configurar la igualdad como un propósito; el paso de un Estado monocultural a un Estado multicultural y pluriétnico, en el que se afirma la igualdad de las culturas y, con el paso de un Estado que reconoce a un sujeto distinto del sujeto individual de derecho, el sujeto colectivo; los pueblos indígenas, todos los miembros de la sociedad y por ende todas las instituciones han de modificarse para contribuir a configurar una sociedad donde la diferencia sea valiosa. (Sánchez, 2004b, pág. 92).

El pluralismo jurídico es un fenómeno que se ha venido consolidando en todo el mundo dentro de la última década; sin embargo, el mismo empezó a dar sus primeros pasos

desde la época colonial, cuando las fuerzas de conquista europeas se establecieron en el *nuevo mundo* y existía, por lo tanto, una dualidad jurídica, por la que convivían tanto el derecho de los colonizadores como el de los pueblos nativos. (Palacio, 1993).

Por lo que no debe sorprender que de hecho en la época colonial se respetaban muchas de las costumbres y tradiciones indígenas, siempre que estas fueran organizadas y controladas por el Cacique, máxima autoridad de estos pueblos. Sin embargo no se puede desconocer la idea imperante de la época, que los nativos eran comparables, en cuanto a derechos, a los animales.

A partir del siglo XX el mundo occidental tomó como suyo propio al Derecho proveniente del Estado, aceptándolo como el único orden jurídico que regía sobre los pueblos, convirtiendo al *Monismo Jurídico* en la regla general. (Palacio, 1993).

Es decir, que no era concebible la idea de la existencia de otros sistemas jurídicos, sino que más bien cuando la sociedad se topaba con un tipo de organización diferente, se apreciaba a la misma como un rasgo propio de pueblos retrógradas que no habían sido capaces de adaptarse a la civilización. El Derecho estatal se basaba en la unidad, entendida como la aplicación del mismo a todas las áreas conflictivas de la vida social y a todas las personas que formaran parte de la sociedad. Este sistema jurídico nacía y se legitimaba por quien lo expediera, lo que dependía del tipo de estado y gobierno que se manejaran en cada país.

No obstante, en diferentes sociedades en especial latinoamericanas, aparecieron pueblos y nacionalidades que reclamaban el reconocimiento de sus formas de vida, lo que

incluía sus formas de justicia, las cuales diferían del concepto tradicional de lo que se conocía como Derecho, renaciendo de esta manera y con más fuerza el concepto de pluralismo jurídico.

Pero ¿qué es el *pluralismo jurídico*? La verdad es que se han esbozado muchos conceptos de este término definitivamente controvertido, y hasta el día de hoy aún la ciencia jurídica no ha logrado llegar a un acuerdo de todo lo que conlleva el mismo.

Este termino sirve “para designar formas de regulación social paralelas, que en muchos casos, compiten o inhiben la aspiración de monopolio del derecho en cabeza del aparato estatal” (Ardila, 2002, pág. 50).

Es decir que se lo puede resumir como la coexistencia de varios sistemas jurídicos, que versan sobre los mismos asuntos, dentro de un mismo espacio territorial. Esta coexistencia supone una modificación al funcionamiento del sistema ordinario, pues este al ser el predominante, deberá evolucionar para permitir el desarrollo del otro tipo de justicia que se presente y acepte en la sociedad.

A diferencia de lo que muchos piensan, el monismo jurídico es el resultado del progreso del pluralismo, lo que se ve reflejado en consecuencias de inclusión y exclusión. De inclusión porque existe una selección de las normas producidas por varios ordenamientos jurídicos, distintos unos de otros, y la posterior unión de estas normas para crear un solo derecho respaldado por la legitimación del Estado. Por otro lado, es de exclusión, porque al mismo tiempo que se seleccionan ciertas normas que se piensan correctas para el

funcionamiento de la sociedad, también se excluyen a otras, dejándolas fuera del sistema jurídico estatal y rechazándolas ya sea parcial o totalmente. (Ardila, 2002).

A pesar de lo mencionado, el hecho de que se recojan ciertas normas o costumbres de otros sistemas de justicia diferentes al estatal, esto no significa necesariamente que exista respeto o aceptación a los mismos, por lo que el pretender una aplicación unitaria y total a todas las sociedades significaría el desconocimiento de las diferencias.

Por ello, Fernando García acertadamente caracteriza al pluralismo jurídico con tres elementos:

El primero es la coexistencia en un mismo espacio socio político de diversos sistemas jurídicos que corresponden a prácticas y concepciones culturales diferentes. El segundo es el ámbito o contexto de su aplicación que puede ser local, regional, nacional y transnacional. Y por último, el grado de imbricación que tienen entre sí estos sistemas, tanto en los espacios sociales como en las disposiciones y representaciones de los actores sociales. (García, F., Picolli, E., Santillán, A., Zambrano, V., 2008, pág. 11).

En la actualidad, quienes defienden al pluralismo jurídico han optado como un medio para hacerlo, el atacar al centralismo jurídico y consecuentemente al positivismo jurídico, y “frecuentemente desconocen la legitimidad del Derecho oficial debido a que no responde a las necesidades o intereses de los sectores populares, piensan que la tarea más importante de transformación jurídica... (consiste) en un proceso de acercamiento entre los sectores populares y el Derecho.” (Palacio, 1993, pág. 130-131).

Con esto se quiere expresar que lo que debe buscar la justicia, más allá de sus fines, es ser aplicada de acuerdo a los orígenes, costumbres, cultura de las diferentes sociedades; es decir se busca que se reconozca y respete las diferencias y más aún cuando estas conllevan verdaderas organizaciones sociales que tienen procedimientos propios de aplicación de justicia.

Reclaman que el monismo jurídico ha cegado a la sociedad en general, pero sobre todo a quienes tienen el poder, impidiendo que vean que el...

Estado moderno no es en absoluto el ideal pulcro, consistente y organizado, tan pulcramente capturado en la identificación usual entre “derecho” y “sistema jurídico”, sino que es más bien una aglomeración no sistemática de partes inconsistentes y superpuestas, que no se presta a ninguna interpretación jurídica simple... (Griffiths, 2007, págs. 150-151).

Entonces es deber del estado moderno recordar los principios de democracia en los que se basa, entre los que se encuentra el respeto a las minorías y a las diferencias culturales, el que no debe quedar en meros enunciados teóricos sino que se debe llevar a la práctica con el pleno reconocimiento de estos derechos por parte del Estado.

1.1.2 Tipos de Pluralismo Jurídico.

Es importante mencionar que existen dos tipos de pluralismo jurídico: Unitario o débil e Igualitario o fuerte.

El primer tipo se da cuando la justicia indígena está supeditada al reconocimiento por parte del Estado, y así mismo depende de este para que se establezcan su competencia, jurisdicción y límites normativos. Es decir, persiste la superioridad del derecho estatal por sobre cualquier otro ordenamiento jurídico.

Se reconoce meramente un papel complementario al “derecho consuetudinario”... El pluralismo jurídico unitario es el fruto del deseo social de respetar algunos rasgos culturalmente distintos y de reconocer sus leyes o procedimientos. Son políticas de compensación de las desventajas sufridas por quienes son miembros de un grupo marginado, minoritario. (Hoekema, 2002).

En cambio, cuando se habla de un pluralismo jurídico igualitario o fuerte se hace referencia a que no existe un derecho predominante o superior, sino que todos los sistemas jurídicos son considerados iguales y por tanto no dependen de la legitimación o reconocimiento por parte del otro.

En este caso, el derecho oficial no se reserva la facultad de determinar unilateralmente la legitimidad y el ámbito de los demás sistemas de derecho reconocidos...por tanto, tiene capacidad (el derecho indígena) para que su derecho sea reconocido como parte integral del orden legal nacional. El derecho indígena sustituye al nacional en los ámbitos sociales donde su aplicabilidad es prevalente. (Hoekema, 2002).

García et al (2008) también describe a los tipos de pluralismo unitario e igualitario. Si bien el pluralismo unitario coincide con lo ya precisado; el segundo tipo, no coincide en su totalidad con el pluralismo fuerte detallado anteriormente, ya que describe al pluralismo

igualitario como el punto de partida para que el derecho reconozca igualdad entre todos los sistemas jurídicos, validando al *otro* sistema y sus normas internas.

Es decir, la diferencia recae en que mientras para el primero los *otros* sistemas no dependen de la validación por parte del derecho estatal, para el pluralismo igualitario de García aún se necesita de dicho reconocimiento, a pesar de que el fin sea el mismo, la igualdad entre sistemas.

Hoekema aclara que para la existencia de un pluralismo igualitario son necesarias reglas que fijen límites para la actuación tanto del derecho oficial como del derecho indígena, para que así se establezcan sus competencias y luego no existan conflictos; y para ello plantea lo siguiente:

- a) Es necesario plasmar reglas y procedimientos..., coordinando los dos o más sistemas de justicia.
- b) Dentro de este cuadro se necesita un sistema de tutela jurídica superior y decisiva por vía de la cual las decisiones locales pueden ser sometidas a la prueba en lo que se refiere a su compatibilidad con normas de un rango superior. (2008, pág. 78).

1.1.3 Variaciones conceptuales de Pluralismo Jurídico y teorías sobre su renacimiento.

Ahora bien, se debe entender que cuando se habla de pluralismo jurídico no se hace únicamente referencia a la coexistencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Así por ejemplo, en el departamento de Cajamarca en Perú, existen lo que se denominan *rondas campesinas*, las cuales en su mayoría están formadas por campesinos mestizos, y su

importancia es tal que se han constituido en verdaderas organizaciones sociales que tienen jurisdicción propia para impartir justicia, a pesar de que no cuentan con prácticas tradicionales o ancestrales.² (García, et al, 2008).

Es por lo mencionado, que el concepto de pluralismo jurídico y el contenido del mismo puede variar de sociedad en sociedad, dependiendo de las circunstancias, especialmente sociales, en las que se esté desarrollando la población.

Sin embargo, remitiéndonos al caso ecuatoriano, a pesar de la existencia de diferentes nacionalidades, sin duda alguna el caso de la justicia indígena es el que más ha resaltado, porque a pesar de ser considerados una minoría dentro del Estado, existe un número considerable de población indígena en el Ecuador, y así mismo porque sus integrantes se han mostrado más abiertamente a la sociedad occidental, externalizando sus prácticas y reclamando el derecho de ejercerlas sin limitaciones.

Muchos han de preguntarse el porqué del repunte en los últimos años de un fenómeno ya existente desde hace tanto tiempo. Hay que decir que de la misma forma que sucede con el concepto de pluralismo jurídico, hay muchas teorías sobre las razones que le volvieron a dar vida.

² Las rondas campesinas aparecieron en primer lugar como una forma de afrontar la creciente delincuencia que no podía ser controlada por las autoridades estatales. Hoy en día, el propio estado peruano les ha otorgado jurisdicción, inclusive en el campo penal. Es por eso, que estas rondas se han organizado de tal manera que ya tienen procedimientos y autoridades propias que son las encargadas de tomar las decisiones finales; a pesar de que la comunidad en su totalidad no deja de participar en juzgamientos e imposición de sanciones, las cuales son innegablemente muy parecidas a las ejercidas por la justicia indígena. (García, et al, 2008).

Así por ejemplo, Palacio (1993) nos enseña que este renacimiento ha tenido mucho que ver con la política de los diferentes países; es decir, que los políticos por un ánimo de ganar mayor poder o legitimación, si así se la quiere llamar, han decidido *escuchar las súplicas de los marginados y permitirles* ser reconocidos como iguales, ya sea a través de la creación de nuevas políticas públicas o por medio de reformas constitucionales, como las que se han presenciado tan frecuentemente en los últimos años, en especial en países latinoamericanos.

Ahora, un criterio mucho más sano política, social y jurídicamente sería el que se basa en la pretensión del Estado de aceptar y reconocer finalmente sistemas que se han visto relegados desde ya hace mucho tiempo y a los cuales se los relacionaba con la ignorancia y la brutalidad, debido a la forma en que se presentaban sus prácticas tradicionales. Sin embargo, ha de quedar al criterio de cada individuo o grupo social hacia donde quieran dirigir la balanza.

Para Farith Simon, este nuevo proceso de aceptación de otros órdenes normativos, tiene que ver con la globalización, pues menciona que la misma no se trata solo de un proceso económico o social, sino que también se trata de un proceso del derecho, el cual tiene consecuencias tanto morales como normativas. En cuanto a lo normativo, que es lo que le compete a este trabajo, Simon establece que existen problemas con respecto a la aceptación del derecho estatal y todo su proceso de creación, así como cuanto pueda repercutir este en la supervivencia cultural de estas sociedades subalternas, como el las denomina. (Simon, 2007).

El autor citando a Borello (s/f), indica que “esta convivencia de diversos ordenamientos nos lleva necesariamente a la noción de **pluralismo jurídico** entendido como

la posibilidad de que varios órdenes jurídicos pueden convivir en un mismo espacio y tiempo, negando la exclusividad estatal en la producción de normas jurídicas.” (Simon, 2007, pág. 8).

Así mismo, nos recuerda que el monopolio jurídico estatal solamente aceptaba a la costumbre cuando la ley la aceptaba de manera expresa, convirtiéndola así en una fuente secundaria. Ahora claro, el panorama se pinta diferente en varios países, en los que se ha decidido reconocer al pluralismo jurídico fundamentándose primordialmente en el principio de la igualdad real, respetando sus culturas, etnia y origen; y cuestionando al mismo tiempo el desconocimiento de las particularidades de los pueblos, por quienes se han opuesto a estos procesos, incluyendo a los defensores de los derechos humanos. (Simon, 2007).

Pero ¿qué ha llevado a los estados al reconocimiento del pluralismo jurídico? ¿Fue solo el ideal de una igualdad real? Al responder estas preguntas no se puede negar que el reconocimiento del pluralismo jurídico se ha logrado debido a la decisión política, la cual ha sido impulsada a tomar acción por la creciente crisis del derecho oficial.

Es decir, la justicia ordinaria ha mostrado tanta ineficiencia en sus quehaceres que ha sido imposible que el Estado pueda ocultarlos. No solo se habla de la pérdida de tiempo que supone iniciar un proceso judicial, sino también de la falta de *justicia* en las decisiones judiciales.³ Es por esto, que el Estado ha optado por la cooperación con otras formas de administración de justicia, esperando que esto pueda aliviar de cierta manera la repulsión que hoy en día supone acudir a la justicia ordinaria.

³ Es claro que la idea de *falta de justicia* dependerá de cada caso en particular y de quienes intervengan en el proceso, pues se debe tomar en cuenta que el término *justicia* aún es de tinte abstracto, ya que resulta muy complicado concordar en una sola definición. Como se dice coloquialmente: *lo que es justo para una persona, no lo es para otra.*

Asimismo, vale la pena recalcar que el pluralismo jurídico no es una forma conceptual usada solo para definir la coexistencia de varios órdenes jurídicos, sino que también es utilizada para describir formas de organización, paralelas o diferentes a la del Estado, tales como las obreras, campesinas e incluso la propia institución de la Iglesia. (Palacio, 1993).

Vale la mención, para evitar futuros errores en cuanto a la definición de este término, ya que en el que se enfocará el presente trabajo es en el primer concepto anotado.

1.2 PLURALISMO JURÍDICO EN EL ECUADOR.

El Ecuador no es ajeno al proceso de reconocimiento del pluralismo jurídico, ya que el mismo ha sido reconocido por el Estado ecuatoriano desde la Constitución de la República de 1998, la cual establecía en los artículos que me permito transcribir, lo siguiente:

Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.

Art. 191.-... Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional.

Con la entrada en vigencia de la Constitución del 2008, este proceso se fortaleció y por ello en la misma se le reconoce a la justicia indígena “funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 171).

En el caso de la Constitución de 1998, a pesar de la aceptación del pluralismo jurídico y el consecuente reconocimiento de la justicia indígena en el Ecuador, nunca se logró llegar a una verdadera igualdad entre sistemas, por la cual el derecho oficial respetara al indígena y a sus procedimientos. Todo lo contrario, constantes eran los casos en los que la justicia ordinaria interfería en los procedimientos y las decisiones de la justicia indígena.

Por otro lado, aunque con la actual Constitución no se ha logrado una igualdad total entre sistemas, sí nos encontramos con un sistema de justicia indígena mucho más evolucionado que el anterior, en el cual inclusive se reconoce jurisprudencialmente a la jurisdicción indígena.⁴

Para mostrar el avance que se dio en este tema en la Constitución vigente no es necesario ir más allá del preámbulo que dice: “RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos...” (Constitución de la República del Ecuador, 2008). Asimismo, el artículo 1 de la Carta Magna reza: “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.” (2008).

⁴ La Corte Suprema de Justicia en tres fallos diferentes (393-2009, 248-2010, 924-2009) ha defendido el derecho de los pueblos indígenas a ejercer su propia justicia, de acuerdo a sus costumbres. Dichos fallos serán analizados posteriormente.

Como se puede notar, el tema del pluralismo jurídico ha sido acogido de manera amplia en base a la interculturalidad de los pueblos y a su derecho a desarrollarse en función de sus creencias y prácticas propias. Esto consecuentemente llevó a una aceptación más completa y por tanto menos teórica de sus prácticas, aunque es innegable que aún existen muchos críticos de la convivencia de dos o más sistemas jurídicos en un solo Estado.

En la actual Constitución existe un articulado amplio sobre el reconocimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, y entre los que más resaltan, aparte de los ya anotados, por su concordancia con el presente trabajo son los siguientes:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.
9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.
10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.
15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

En cuanto a estos últimos artículos transcritos queda ya claro el fortalecimiento del pluralismo jurídico; sin embargo se han de notar principalmente dos cuestiones.

La primera, es que tanto en la Constitución de 1998 como en la de 2008, se encuentra la dependencia de las normas y los procedimientos indígenas tanto a la propia Constitución como a los tratados internacionales de Derechos Humanos. Esto de por sí conlleva una contradicción práctica, ya que los derechos humanos como se los conoce, son de raíz occidental y por tanto en la mayoría de los casos no permitirían la aplicación de prácticas indígenas, pues dentro de esta visión se las consideras inhumanas.

La segunda cuestión es que el Ecuador se encuentra obviamente dentro del grupo del pluralismo jurídico unitario o débil, ya que está condicionando a las prácticas de la justicia indígena a su poder. Es decir, a pesar de todos los avances por los que ha evolucionado la justicia indígena en el Ecuador, esta aún no ha llegado a gozar de una igualdad real con respecto al derecho estatal, pues todavía depende de su reconocimiento.

La justicia indígena en el país se basa en un derecho consuetudinario con formas ancestrales de autorregulación, que al mismo tiempo reflejan la lucha social por la cual han sido capaces de subsistir, y que innegablemente son diferentes a las de la justicia ordinaria, resistiéndose así al derecho estatal.

Las formas normativas extraestatales desarrolladas en el campo jurídico por las prácticas emancipatorias de los nuevos movimientos sociales, tales como los movimientos de perspectiva étnica... producen con su accionar unas estructuras jurídicas mediante las

cuales 1) se autorregulan como movimientos y, principalmente, 2) estabilizan el acumulado logrado a partir de luchas localizadas y puntuales en la exigencia de derechos y negociaciones con su entorno político-social que constituyen sistemas de regulación propios para conjuntos de relaciones precisas que conviven con las normas vigentes en la ley estatal. (Ardila, 2002, pág. 54).

1.2.1 Datos estadísticos.

Conociendo de la importancia de las poblaciones indígenas en todos los sectores, incluido por supuesto el jurídico, en los últimos años se ha tratado de conseguir cifras sobre el número de indígenas en el Ecuador. No obstante, se ha vuelto un verdadero reto el conocer una cifra exacta sobre la población indígena.

El INEC nos explica que esto se ha dado debido a que las autoridades indígenas, a lo largo de los años, se han rehusado en cooperar cuando se trataba de la realización de censos en estas poblaciones. Es por esto que, según el INEC, los dirigentes indígenas prefieren establecer sus propios porcentajes; a pesar de ello, ni siquiera sus organizaciones han logrado llegar a un acuerdo sobre el porcentaje de su población. (Chisaguano, 2006). “Su cuantificación en términos de porcentaje...van desde un 30% que sostiene la FEINE, un 45% la CONAIE, hasta de un 70% que afirma la FENOCIN, en el caso de que todos los indígenas se reconocieran como tales.” (Chisaguano, 2006, pág. 8).

Ahora bien, el INEC cuenta con sus propias estadísticas obtenidas del censo realizado el año 2001, las cuales son muy diferentes de las presentadas por las organizaciones indígenas, como se podrá notar en la siguiente transcripción obtenida de una publicación del INEC:

VI Censo de Población y V de Vivienda 2001 - INEC

Esta investigación tiene una particularidad, incluye en el cuestionario de la boleta censal dos variables: la autoidentificación y la lengua hablada. Como resultado de este Censo, se cuenta con información publicada que cuantifica a la población indígena, contabilizada en base a los datos procesados de todas aquellas personas de un año y más de edad que declararon ser indígena o hablar una de las lenguas indígenas, lo que facilitó determinar a 830.418 personas que se identificaron como indígenas, representando al 6,8% del total de la población nacional que ascendió a 12.156.608 habitantes. (Chisaguano, 2006, pág. 18).

Como resulta obvio, la diferencia es bastante amplia entre las estadísticas de los dos sectores, es por esto que se hizo hincapié en la dificultad de determinar el verdadero porcentaje de la población indígena.

Se ha determinado que en el Ecuador existen 14 nacionalidades y 15 pueblos indígenas:⁵ (CONDENPE, s/f)

⁵ La diferencia entre nacionalidades y pueblos indígenas radica en que mientras en la nacionalidad hay un sentido de pertenencia esencialmente por lazos económicos-productivos, conservando al mismo tiempo su cultura; el pueblo es una entidad mayor que puede contener varias nacionalidades, sin que necesariamente medien factores culturales o de pertenencia. Recuperado de En Marcha. (2007). http://www.pcmle.org/EM/article.php3?id_article=915

- | | |
|---------------------------|-----------------------|
| 1. Nacionalidad Andoa | 1. Pueblo Huancavilca |
| 2. Nacionalidad Awá | 2. Pueblo Manta |
| 3. Nacionalidad Siona | 3. Pueblo Palta |
| 4. Nacionalidad Epera | 4. Pueblo Saraguro |
| 5. Nacionalidad Chachi | 5. Pueblo Kañari |
| 6. Nacionalidad Secoya | 6. Pueblo Pastos |
| 7. Nacionalidad Shiwiar | 7. Pueblo Puruwa |
| 8. Nacionalidad Achuar | 8. Pueblo Waranka |
| 9. Nacionalidad Huaorani | 9. Pueblo Kitu Kara |
| 10. Nacionalidad Zápara | 10. Pueblo Salasaka |
| 11. Nacionalidad Tsachila | 11. Pueblo Panzaleo |
| 12. Nacionalidad Shuar | 12. Pueblo Kisapincha |
| 13. Nacionalidad Kichwa | 13. Pueblo Chibuleo |
| 14. Nacionalidad Cofán | 14. Pueblo Kayambi |
| | 15. Pueblo Otavalo |

Como sea, olvidando las estadísticas, el Ecuador cuenta indudablemente con una población indígena bastante mejor organizada, siempre dispuesta a luchar por lo que consideran les corresponde por derecho.

1.3 ANTECEDENTES DEL RECONOCIMIENTO DE LA JUSTICIA INDÍGENA.

Para hablar del reconocimiento de la justicia indígena debemos remontarnos a los años “50 y 60, (cuando) las políticas de desarrollo de muchos países se orientaban a un concepto de modernidad que implicaba la abolición y represión total de otros sistemas de derecho y autoridad diferentes de los estatales” (Hoekema, 2002, pág. 63).

En esa época el objetivo a alcanzar, al menos en el mundo occidental, era el parecerse a los Estados Unidos, en especial en cuanto a su economía; y para alcanzar ello, el camino a seguir no era solo el de copiar sus modos económicos, sino también los de políticas y por supuesto los jurídicos.

Este país a pesar de ser federalista tiene un gobierno central muy poderoso, y el hecho de que cada estado pueda tener sus propias leyes sobre diferentes asuntos, no significa que éstas se pudieran alejar del modelo centralista que concentra el mayor poder en la Casa Blanca.

Entonces lo que buscaban los países eran estados fuertes, consolidados, que pudieran manejar todas las cuestiones que se desarrollan interna y externamente en una sociedad, incluyendo las jurídicas por supuesto. De esta manera fue como el monismo jurídico fue adquiriendo más fuerza que nunca, convirtiendo al Estado central en el punto de partida para la producción del derecho.

El monismo jurídico, sin embargo, no era un concepto nuevo pues el mismo tuvo su apogeo en el siglo XIX con el Estado-Nación, en el que se propugnaba la unificación de la sociedad en todas sus facetas, incluida la jurídica. (Flores, 2004).

Sin embargo, ante la crítica constante al monopolio del Estado en cuanto a lo jurídico, aparecen prácticas alternativas, como las denomina Palacios, que “están insertas en formas nuevas, más autógenas de comprender la democracia (y que se basan) en el reconocimiento de que las experiencias de luchas de los grupos subordinados son una materia prima de experiencia y gérmenes de organización democrática.” (1993, pág. 134).

Este cambio más radical se da hace pocas décadas, al menos en el continente americano...

...con las reformas constitucionales aprobadas a partir de los noventa en América Latina... (que) reconoce(n) las aspiraciones de los pueblos indígenas a asumir el control de sus propias instituciones... Estas constituciones y el Convenio 169 reconocen que caben varios sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado,...un Estado pluricultural... Por lo tanto, ya no es solo el poder legislativo el que produce normas... igualmente ya no es solo el poder judicial el que administra justicia, también estos pueblos tienen funciones jurisdiccionales... (Flores, 2004, págs. 35-36).

Es decir, que dicho reconocimiento supone llegar a una igualdad real, por la cual se reconozcan las diferencias de las personas y, por tanto, se actúe de un modo no discriminatorio en base a las mismas, aceptando así no solo las normas y prácticas ancestrales de la justicia indígena, sino también las bases ideológicas en las que estas se fundamentan.

Para los pueblos indígenas supone un gran avance que se acepten y se respeten sus prácticas tradicionales, por las cuales han venido luchando desde hace ya varias décadas.

Tras estas luchas sociales, los pueblos indígenas logran captar la atención de los políticos, de los medios de comunicación, de la sociedad en general y, por supuesto, esta atención también se extiende al campo internacional, creando así una presión en las autoridades para que se respete su cultura, sus instituciones, sus autoridades; en fin, su derecho.

La fijación de conceptos como universalismo y relativismo, igualdad y diferencia, la cuestión sobre la posible despersonalización u opresión de los individuos que supondrían los derechos colectivos, el discurso moral y el discurso emotivo de los derechos, son parte del material con el que se defiende una democracia liberal cosmopolita. (Flores, 2004, pág. 9).

En la revista FORO, Raúl Llasag (2008) anota que en el Perú el pluralismo jurídico es reconocido en 1993, pero que a pesar de esto, la justicia ordinaria se ha negado a ponerlo en práctica, y por ello, recién en el año 2004 se crea un precedente jurisprudencial a favor de la justicia comunitaria.

Llasag hace referencia a la justicia comunitaria y no a la indígena porque él menciona a las rondas campesinas ya previamente aludidas, y además hace mención del caso por el cual jurisprudencialmente se reconoció al sistema de justicia de estas agrupaciones.

Cuenta que varios integrantes pertenecientes a estas comunidades, fueron juzgados por las mismas, y condenados a una cadena ronderil y a varios trabajos para la comunidad, pese a esto, luego fueron detenidos por la policía y vueltos a juzgar por los tribunales ordinarios. Finalmente, la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia peruana nulita todos los cargos, fundamentándose en la Carta Magna del Perú, la cual reconoce jurisdicción a las rondas campesinas; y por lo mismo, los acusados no podían volver a ser juzgados por la justicia ordinaria pues atentaba contra sus derechos. (Llasag, 2008).

Según el mencionado autor, lo que llevó a que el Perú reconociera en su Constitución de 1993 al pluralismo jurídico, fue tanto la ratificación del Convenio 169 de la OIT, así como la Constitución de Colombia de 1991. (Llasag, 2008).

Los indígenas se han convertido en actores tanto sociales como jurídicos...

“que utilizan al derecho como herramienta de autodeterminación..., (y que son) responsables de la relaboración de los conceptos de derechos y de derechos humanos (sociales y colectivos), responsables asimismo de la internacionalización de la lucha por esos mismos derechos, de la crítica profunda a las formas existentes de democracia y exclusión social, de la puesta en cuestión del Estado monocultural, de la protección y garantía del pluralismo jurídico. (Flores, 2004, pág. 11).

Asimismo, ya que el Perú y el Ecuador han reconocido al pluralismo jurídico, estos deberían preocuparse por definir e interpretar los diferentes órdenes normativos desde la cosmovisión cultural apropiada, sin cerrarse a la ideología occidental, que por su propia naturaleza será y es contraria a otros sistemas.

Como se puede notar, el principal paso, el del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, está dado. Sin embargo, hay que aceptar que en la mayoría de ocasiones el pluralismo jurídico que se implementa en los diferentes países es el de tipo unitario o débil. Es decir, aún existe subordinación ante el Estado central, dependiendo de este para la legitimación de sus prácticas. (Hoekema, 2002).

Lo que se debe tomar en cuenta, es que si se desea llegar al reconocimiento total de las prácticas indígenas no se las puede condicionar a la ideología occidental a la cual estamos acostumbrados, pues esto supone una disminución de la capacidad de ejercicio de sus prácticas tradicionales.

Las nacionalidades o pueblos indígenas del país están legitimadas por la tradición y por la Constitución, tienen derecho a exigir de los poderes públicos respeto y que hagan respetar tanto su organización cuanto el ejercicio de sus funciones, incluso poniendo a sus órdenes el concurso de la fuerza pública. Pero el sistema jurídico comprende también reglas o normas a las que los miembros de la comunidad han de ceñir su conducta... y esas normas no serían propias... si no procedieran de la misma comunidad. (Flores, 2004, pág. 15).

Con respecto a la subordinación de la justicia indígena a la normativa estatal, la Corte Constitucional de Colombia ha dicho: “resulta claro que no puede tratarse de todas las normas constitucionales y legales, de lo contrario, el reconocimiento a la diversidad cultural no tendría más que un significado retórico.”⁶

⁶ Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-349. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Agosto 8 de 1996. Colombia.

Para llegar a eso, se considera importante dejar atrás la idea de que el derecho de los indígenas es el resultado del atraso de los pueblos, pues todavía se los describe en términos peyorativos. Para alcanzar un pluralismo jurídico total, los pueblos indígenas deberían tener completa autonomía de decisión y acción dentro de su territorio.

Es decir, los pueblos indígenas necesitan ejercer su derecho de producir y aplicar sus propias normas, de acuerdo a su costumbre, para que estas sean reconocidas como propias por parte de los indígenas y por tanto respetadas en beneficio de la comunidad.

Ya que es muy complicado establecer qué prácticas pertenecen o no a las comunidades indígenas, debido a su propia evolución:

“...faltando procedimientos formales de emitir normas, tenemos que dejar la respuesta a la comunidad misma. La comunidad misma es una entidad dinámica... Pero es concebible que una Corte opine que la autonomía de las autoridades locales indígenas no debe extenderse sin límites... En las sociedades de tipo occidental el principio de la no-arbitrariedad de las decisiones públicas es de conocimiento general.” (Hoekema, 2002, pág. 84).

Es preciso aclarar que el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas, como cualquier otro fenómeno que tiene como base a la sociedad, está en constante evolución; y por lo mismo, no está exento de recibir influencia externa de otros sistemas, como el estatal. Sin embargo, se ha de notar que cuando estos pueblos adoptan como suyo algún rasgo propio de otros sistemas, no lo hacen de una manera integral sino que lo modifican para que coincida con su propia ideología. (Flores, 2004).

El reconocimiento del derecho indígena ha supuesto un gran paso para estos pueblos, pero no se puede olvidar que una parte esencial de su derecho, es su cultura, la cual dicta en gran parte las bases de lo que ellos consideran o no justo.

Por esto, debo coincidir en el planteamiento de que la auto-identificación con su comunidad así como con sus prácticas, es un punto trascendental para que las mismas tengan eficacia social y lleguen a su fin último, la paz de la comunidad.

II. FIN DE LAS PENAS EN LA JUSTICIA EN EL ECUADOR

Antes de iniciar con el desarrollo del presente capítulo, es preciso explicar que cuando se trate el subtema de *Modalidad de las penas*, el mismo no será expuesto necesariamente de la misma manera para la justicia ordinaria y la justicia indígena, ya que en el caso de justicia ordinaria no se pretende desarrollar y explicar todo el proceso penal, pues ese no es el fin de este capítulo, sino solamente explicar el tipo de penas que se imponen y el fin de las mismas. Sin embargo, cuando se explique el mismo subtema en justicia indígena, será indispensable detallar el proceso de juzgamiento pues es necesario conocerlo para entender cómo se llegan a establecer los distintos tipos de penas y su fin; y tomando en cuenta además, que dicho proceso aún es desconocido por la mayoría de personas, incluyendo estudiosos del Derecho.

2.1 LA PENA EN LA JUSTICIA ORDINARIA

2.1.1 Fin de la pena.

El sistema de justicia ordinario se funda en la normatividad creada por la Función Legislativa de acuerdo a lo que manda la Constitución.

Sin embargo, en la actualidad se considera que este sistema está atravesando una grave crisis, pues no aporta como una estructura que frene la creciente criminalidad, tomando en cuenta además que tampoco cumple sus fines una vez que ya ha aplicado penas. “La respuesta del Estado... ante la crisis de la rama judicial únicamente (ha sido) de carácter legislativo, innovando en una serie de reformas tecnocráticas, en donde se dictan leyes, aumentado el número de sus funcionarios y destinando a esto mayores recursos con el objeto de agilizar trámites.” (Ruiz, 2003, pág. 181).

El problema es que estas medidas no han sido suficientes para regresar a la vida al sistema judicial y mas bien algunas de ellas se han constituido en verdaderas trabas para los procedimientos judiciales en general. Así por ejemplo, el gran número de normativa expedida en estos últimos años no ha significado solamente el reconocimiento de más derechos o la modernización de principios, sino también ha conllevado mayor inseguridad jurídica, tanto por la variedad de normas sobre un mismo asunto, así como por el establecimiento de un sin número de procedimientos que en muchas ocasiones solo alargan los procesos.

No obstante, en el caso del Derecho Penal aparece una figura que aunque controvertida, es tal vez la base del mismo, la pena. Esta figura resulta controvertida ya que a diario se cuestiona su real efectividad, así como el efectivo cumplimiento de los fines que se ha propuesto. No obstante, es innegable que supone un límite para el ejercicio del poder, y el principio *nullun crimen sine lege*, así como los principios de legalidad y de proporcionalidad, tan básicos en el Derecho Penal, son un prueba de ello.

Rafael Alcácer, por su parte, señala que:

La sanción penal, caracterizada por su contundencia frente a otros medios de organización social u otro tipo de sanciones jurídicas, es, es buena medida, la carta de presentación del Derecho penal... En consecuencia, la legitimación misma del Derecho penal se hará depender, en gran medida, de la legitimación de la institución social de la sanción penal. (Alcácer, 2004, pág. 21).

Lesch afirma que “la pena es un mal que se causa a una persona en un procedimiento público-general, llevado a cabo por el Estado, formal y querido, en cuanto se ha producido la lesión de una regla jurídica...” (1999, pág. 16).

Cuando se hace referencia al fin de la pena, aparecen dos teorías principales: la absoluta y la relativa.

2.1.1.1 Teorías Retributivas o Absolutas.

“Estas teorías se denominan retributivas porque sostienen que el delito, que es un mal, **debe ser retribuido** indispensablemente con otro mal, que es la pena.” (Albán, 2007, pág. 18).

Para Lesch (1999) estas teorías se subdividen a su vez en la teoría de la expiación y la teoría de la retribución:

- a) **Teoría de la expiación:** La pena se muestra como un mecanismo que busca hacer que el delincuente se arrepienta por sus actos, redimiéndose ante la sociedad. Es

decir, que la pena solo habrá sido efectiva si es que existe un verdadero sentimiento de culpabilidad y de arrepentimiento por parte del delincuente.

b) Teoría de la retribución: La pena es un fin en sí misma, es decir, se castiga por el mismo hecho de haber delinquido.

Ahora, respecto de la teoría retributiva o absoluta existen dos grandes exponentes: Kant y Hegel.

Por su parte, para Kant el delincuente no puede ser confundido con un objeto y por lo mismo no puede ser utilizado como un medio para el beneficio de otros o la obtención de otros fines. Por ello, la pena debe imponerse por el mero hecho de que se ha cometido un acto delictivo; sin embargo, a través de esta imposición se debe perseguir la justicia para que se restablezca el orden social. “Según Kant (el delincuente) debe ser castigado sin tomar en consideración ponderaciones de prudencia... pues la «ley penal es un imperativo *categórico*.”⁷ (Günther, et al, 2005, pág. 21).

Kant manifiesta que el delito no se concreta con la realización material del mismo, sino que este se configura cuando se han perturbado los valores morales que encerraban los bienes jurídicos violentados. En cambio, para Hegel el delito se concretaba o configuraba ya con la lesión material del bien jurídico. (Lesch, 1999).

Asimismo, Kant establece que la aplicación de la pena se debe regir por un principio de igualdad; es decir, que lo más justo sería aplicar la conocida ley del talión: *ojo por ojo y diente*

⁷ Acción u omisión / proposición que vale por sí mismo y que es obligatoria.

por diente. “Sólo el derecho del talión (*ius talionis*) permite determinar adecuadamente la calidad y la cantidad de pena que merece el delincuente.” (Donna, 1996, pág. 56).

Kant (s/f) citado por Günther (2005) dice que “«el mal inmerecido que ocasionas a otro ciudadano te lo haces a ti mismo... Sólo el derecho de retribuir con el mismo mal (*ius talionis*)... puede determinar de forma concreta la calidad y cantidad de la pena; cualquier otro... no podría contener una proporción con el juicio de la justicia pura y estricta a causa de otras consideraciones que se entremezclan».” (Pág. 27).

Es decir, que para las teorías absolutas la proporcionalidad mencionada se configura como la garantía de los derechos y la dignidad de las personas, y por ello, no cabe que la pena sea utilizada como una forma de prevención, pues esto podría ocasionar que se castigue más de lo debido.

Hegel a su vez explica que a la pena se le debe otorgar una función que restituya los daños causados por el delito.

Para éste el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la «voluntad general» representada por el orden jurídico, que resulta negada por la «voluntad especial» del delincuente. Si la «voluntad general» es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general... En esta construcción la pena se concibe sólo como *reacción* (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores. (Mir, 2008, pág. 78).

Los conceptos de Hegel y Kant se unen en una idea principal, la idea tiene que perseguir siempre la justicia, sin miramientos a circunstancias relativas, de ahí el nombre de teorías absolutas.

Estas teorías absolutas no ha sido totalmente aceptadas por el Derecho Penal, ya que en los Estados democráticos actuales no se puede concebir la aplicación de una pena solo por el mero hecho de la justicia, sino que aparte de la protección de bienes jurídicos, también se busca la protección del orden social. (Mir, 2008).

2.1.1.2 Teorías Preventivas o Relativas.

Las teorías preventivas o relativas otorgan a la pena un fin utilitario, con el que se busca evitar que se cometan hechos delictivos en el futuro, y al mismo tiempo proteger bienes jurídicos. Estas teorías se denominan relativas por el hecho de que las necesidades de prevención dependen de las circunstancias. (Mir, 2008).

La teoría relativa también se subdivide de la siguiente manera: Prevención general negativa, prevención general positiva, prevención especial positiva y prevención especial negativa.

a) Prevención general negativa

Esta teoría fue especialmente desarrollada por J.P. Anselm von Feuerbach, para quien el Estado al tener como objetivo mantener el orden social, debe contar con instituciones coactivas que impidan lesiones jurídicas. Pero ya que esta coerción física no es suficiente para mantener el orden social, se debe aplicar otro tipo de coerción, la psicológica. Así pues, la pena debe causar un efecto psicológico tal que inhiba al posible delincuente de cometer actos ilícitos. (Donna, 1996).

A esto le sigue, que la vinculación del mal con el delito tiene que ser amenazada por una ley. La ley es general y necesaria: rige para todos los ciudadanos, amenaza con pena a todo el que se haga punible, y establece esa pena precisamente porque hay una ley como consecuencia jurídica necesaria del delito. (Lesch, 1999, pág. 41-42).

Así pues para Feuderbach la amenaza de la pena debería prevenir el cometimiento de delitos; sin embargo, una vez que el hecho delictivo se ha consumado, la pena debe servir para hacer efectiva dicha amenaza penal, causando en lo posible intimidación de la sociedad. Según la lógica del mencionado autor, para que la pena se efectiva, ésta deberá ser mayor a las ganancias que se pudieren obtener del cometimiento del delito sin tomar en cuenta el daño social causado, lo que pudiera ocasionar en la práctica desproporcionalidad entre el delito y la pena. (Lesch, 1999).

Sin embargo, se debe tomar con cuidado la proporcionalidad en la prevención general y, especialmente, en la prevención general negativa, ya que...

...los hechos que por ser **menos graves** no se ven obstaculizados por fuertes barreras en la moral social, deberían ser castigados con las penas más graves, para contrarrestar la frecuencia de su realización... Por otra parte, hechos reputados de **máxima gravedad** por

la sociedad deberían ser objeto de penas de mínima cuantía, precisamente porque su gravedad, socialmente sancionada, constituye un eficaz freno que hace mucho menos necesario el recurso a la pena estatal. (Mir, 2008, pág. 83).

Entonces frente a una prevención general ilimitada, se afectarían gravemente los derechos de los ciudadanos, para lo que el Estado, como medio de compensación, debería regirse por un fuerte número de principios limitadores obligatoriamente.

b) Prevención general positiva

Este tipo de prevención busca reforzar los valores y el respeto de la norma por parte de la sociedad. Es decir, que el fin de la pena no es restablecer el orden social vulnerado, sino evitar o impedir que se sigan cometiendo delitos, a través de medios psicológicos positivos y ya no en base a la intimidación como en el caso de la prevención general negativa.

Si embargo, ya cometido el delito, la pena debe perseguir además la resocialización y reinserción del delincuente a la sociedad. Mercedes Pérez (1990), citada por Donna, manifiesta que existen tres consecuencias para esta teoría de la prevención:

La primera de aprendizaje social-pedagógico, que lleva a producir un efecto de fidelidad al derecho. La segunda, de confianza, que es la que se produce cuando el ciudadano ve cómo se realiza el derecho y, por último, un efecto de pacificación, que es cuando el delincuente se ha esforzado de tal manera que la conciencia jurídica general se pacifica, con el cual el conflicto se soluciona... (Donna, 1996, pág. 70).

Por otro lado, Armin Kaufmann (s/f), citado por Mir Puig, establece otras consecuencias algo diferentes a las ya mencionadas:

...en primer lugar, una función *informativa* de lo que está prohibido y de lo que hay deber de hacer; en segundo lugar, la misión de reforzar y mantener la *confianza* en la capacidad del orden jurídico de permanecer e imponerse; por último, la tarea de crear y fortalecer en la mayoría de los ciudadanos una *actitud de respeto* por el Derecho... (Mir, 2008, pág. 82).

Ya sea que se acepten unas u otras consecuencias, podemos establecer ciertos elementos en común. La teoría de la prevención primero debe informar lo prohibido y lo permitido, debe impulsar el respeto por el orden jurídico y también propiciar la confianza en el mismo.

Un punto de gran importancia es que el límite de la pena debe ser la culpabilidad. “La cuantía de la pena no puede en ningún caso ser superior a la culpabilidad del autor, si bien no existiría inconveniente en admitir una pena cuya cuantía se quede por debajo de la medida de la culpabilidad.” (Crespo, 2007, pág. 204).

c) Prevención especial negativa y prevención especial positiva

Cuando se habla de prevención especial negativa se hace referencia a la necesidad de aislar, en la cárcel, a quien ha cometido un delito, para prevenir que vuelva a hacerlo. Esto, está directamente relacionado con la prevención especial positiva, pues esta indica que una vez

aislado el delincuente, se debe rehabilitarlo para que exista una posterior reinserción en la sociedad.

Una vez expuesto de manera general el asunto, para mejor entendimiento, es preciso destacar que von Liszt (1969), desarrollador de esta teoría y citado por Mir (2008), en su Programa de Marburgo manifestó:

- 1) «La pena correcta, es decir, la justicia, es la pena necesaria», la que se determina con arreglo a la prevención especial.
- 2) La finalidad de prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la Criminología:
 - a) Frente al **delincuente ocasional** necesitado de correctivo, la pena constituye un «recordatorio» que le inhiba de ulteriores delitos; b) frente al **delincuente no ocasional pero corregible** ---también llamado «de estado» porque en él el carácter delincuente constituye ya un estado de cierta permanencia--- deben perseguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al **delincuente habitual incorregible** la pena ha de conseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo. (Pág. 85).

A pesar de que esta teoría pareciera más de acuerdo con los ideales del Estado democrático, la misma no ha quedado exenta de críticas. Una de las más destacadas se relaciona con la rehabilitación social que busca esta teoría, debido a que en la actualidad resulta obvio que en los países occidentales no se ha cumplido con ese fin, ya sea por malas políticas, por falta de recursos o infraestructura o por mala planificación. (Albán, 2007; Mir, 2008).

La realidad es que existe una sobrepoblación en las cárceles, las cuales además, en muy pocas ocasiones cuentan con los servicios básicos que permitan a los presos llevar una vida

digna. Mas bien, estos lugares se han convertido en focos de delincuencia, en la que existe una especie de *contagio* criminal.

“Las causas de la superpoblación no son difíciles de hallar: la ansiedad pública por “la ley y el orden” está alcanzando proporciones psicóticas en muchos países. Los jueces responden enviando a la cárcel cada vez a más personas sospechosas y sentenciadas.” (Méndez, O’Donnell, & Pinheiro, 2002, pág. 47).

Otra crítica realizada a esta teoría es la que establece que la prevención especial no siempre es necesaria, ya que los dos primeros tipos de delincuentes, el ocasional y el corregible, no son propensos a volver a delinquir y por tanto no necesitan de intimidación, resocialización o inocuización. En cambio en el caso de los delincuentes incorregibles, la prevención especial tampoco siempre será necesaria, pues la motivación que les llevó a cometer delitos graves, en la mayoría de ocasiones, puede ser circunstancial o pasional y por ello es poco probable que estos estímulos vuelvan a aparecer, con sus excepciones por supuesto. Además habrá que tomar en cuenta que por lo general, el delincuente incorregible, no responde a la intimidación y tampoco puede ser resocializado en muchas ocasiones. (Mir, 2008).

En particular, la prevención especial positiva considera que “el delincuente es un enfermo y la pena es un remedio que busca curarlo y reintegrarlo a la sociedad como un hombre sano.” (Albán, 2007, pág. 21).

Sobre esto último también han recaído críticas, ya que se afirma que a través de la prevención especial positiva se amolda al delincuente a los valores de la sociedad general, los cuales no fueron adoptados naturalmente por este, y por tanto lo despersonalizan; es decir, se convierte en un medio para los fines del control estatal. (Lesch, 1999).

2.1.1.3 Otras teorías del fin de la pena.

Además de las dos teorías antes explicadas, existen otras denominadas eclécticas, que pretenden recoger lo mejor de la teoría absoluta y la relativa. Una de estas teorías, es la denominada *teoría de la diferencia*, defendida por Schmidhäuser, quien divide a su vez a la teoría de la pena en finalidad y sentido de la pena. En cuanto a la finalidad de la pena, señala que esta es necesaria en cuanto a prevención general, pero no entendida como aquella que pretende evitar todo acto delictivo, lo cual es imposible, sino en el sentido de que se puedan reducir los delitos suficientemente para gozar de armonía social. En cambio, el sentido de la pena se refiere a la necesidad que tiene la sociedad de imponer penas para una mejor convivencia, lo que a su vez se diferencia de la idea de Kant de que el ser humano no puede ser usado como un objeto o medio. (Mir, 2008).

Por otro lado, Roxin con su *teoría dialéctica de la unión*, habla de tres fases esenciales en la vida de la pena (Mir, 2008):

- a) **Conminación legal:** La ley debe servir como un medio de prevención general en cuanto a los bienes jurídicos y prestaciones públicas fundamentales, pues al ser previa al delito, no podría actuar como retribución o como prevención especial.

- b) **Aplicación judicial:** La imposición de la pena además de servir como prevención especial de un delincuente determinado, servirá también para confirmar la amenaza de la pena. Sin embargo cuando se imponga una pena, el juzgador no se ha de sobrepasar del límite de la culpabilidad.

- c) **Ejecución de la condena:** Sirve como prevención especial pero con un fin resocializador en beneficio del delincuente, además de que es la confirmación de los dos pasos anteriores.

2.1.2 Fin de la pena en el sistema penal ecuatoriano.

Para empezar a desarrollar este subtema es necesario aclarar que se lo hará en base al Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social publicado en el Registro Oficial Suplemento 399 de 17-Nov-2006, ya que el mismo muestra de una manera más clara cual es una de las políticas penales más controvertidas hoy en día.

Es necesario precisar, que desde su publicación, este cuerpo legal solo ha constituido un cúmulo de buenas intenciones, pues su aplicabilidad ha quedado relegada hasta el momento en que se expidan las reformas necesarias para hacerlo realidad.

Así lo establece la primera disposición transitoria del cuerpo legal mencionado, que además manifiesta, que en todo caso seguirán rigiendo las disposiciones del Código Penal, del Código de Procedimiento Penal, y todo el resto de normativa que contenga la palabra *reclusión*, ya que como se observará mas adelante, este Código trajo como innovación la eliminación de la *reclusión* para sustituirla por la *prisión*.

Sin embargo, antes de revisar lo mencionado, es necesario establecer que la Constitución de la República (2008) en sus artículos desde 201 al 203 en el capítulo Función Judicial y Justicia Indígena, desarrolla la finalidad de la rehabilitación social y las directrices de dicho sistema.

Se determina que será finalidad de este sistema la rehabilitación integral de las personas sentenciadas penalmente para reinsertarlas en la sociedad, así como la protección de las personas privadas de libertad y la garantía de sus derechos.

Para lograr que se reinserten en sociedad exitosamente se deberá fortalecer sus capacidades para que puedan ejercer sus derechos y cumplir sus responsabilidades al recuperar la libertad.

El sistema se regirá por las siguientes directrices:

1. Únicamente las personas sancionadas con penas de privación de libertad, mediante sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán internas en los centros de rehabilitación social...
2. En los centros de rehabilitación social y en los de detención provisional se promoverán y ejecutarán planes educativos, de capacitación laboral, de producción agrícola, artesanal, industrial o cualquier otra forma ocupacional, de salud mental y física, y de cultura y recreación.
3. Las juezas y jueces de garantías penitenciarias asegurarán los derechos de las personas internas en el cumplimiento de la pena y decidirán sobre sus modificaciones.
4. En los centros de privación de libertad se tomarán medidas de acción afirmativa para proteger los derechos de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria.
5. El Estado establecerá condiciones de inserción social y económica real de las personas después de haber estado privadas de la libertad.

Una vez conocidos los mandatos constitucionales, se pueden señalar los artículos del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social (2006), ya que los mismos servirán para entender cuáles son los fines de las penas en el sistema ordinario ecuatoriano, a lo que quieren llegar las normas constitucionales de rehabilitación social, así como la nueva estructura que se espera guíe a una verdadera rehabilitación y reinserción del delincuente.

En primer lugar es inevitable indicar cuáles serán las autoridades encargadas de llevar a cabo este proceso. En orden de jerarquía son las siguientes:

1. Consejo Nacional de Rehabilitación Social.
2. Dirección Nacional de Rehabilitación Social.
3. Centros de rehabilitación social.

Ya que el objeto de este capítulo no es conocer todas las funciones y facultades de los organismos señalados, el mismo se centrará en los objetivos generales de este nuevo sistema, que después de todo constituyen el centro del cual se derivan los demás aspectos. Así mismo se revisarán algunos procedimientos básicos para entender el cómo se llegarán a los objetivos planteados.

Una de las bases principales de este nuevo sistema penitenciario es la individualización del tratamiento en las penas, lo cual está en concordancia con los objetivos que se plantearon y que son los siguientes:

- La rehabilitación integral de los internos.
- Reincorporación a la sociedad de los internos.
- Prevención de la reincidencia y habitualidad, con miras a obtener la disminución de la delincuencia.

Para el cumplimiento de los objetivos señalados, se ha establecido un régimen progresivo, que es el conjunto de acciones técnico-administrativas por medio de las cuales el interno cumple la pena que le ha sido impuesta, en uno de los centros de rehabilitación social.

Las características generales del régimen progresivo están señaladas en el artículo 13 *ibídem* y son:

- a) La individualización del tratamiento.
- b) La clasificación biotipológica delincencial.
- c) La clasificación de los centros de rehabilitación social.
- d) La adecuada utilización de los recursos legales en beneficio del interno.

Asimismo, el artículo 15 determina que para los fines de diagnóstico, pronóstico y ubicación de los internos en los centros de rehabilitación social, se adoptará el régimen basado en el siguiente procedimiento:

a) Diagnóstico:

1. Estudio del delito.
2. Estudio socio-familiar y ecológico.
3. Estudio médico y psicológico.
4. Definición del mecanismo criminodinámico.
5. Definición del índice de peligrosidad.

b) Pronóstico: Se establecen las escalas de peligrosidad en base al índice de adaptación.

c) Ubicación poblacional en base a la siguiente clasificación biotipológica:

1. Por estructura normal.
2. Por inducción.
3. Por inadaptación.
4. Por hipoevolución estructural.
5. Por sicopatía.

Una vez ya ubicados los internos en los centros de rehabilitación social previamente asignados, la progresión se realizará por la evaluación permanente del interno, en base a los aspectos social, biosicológico, laboral y disciplinario.

El régimen interno de estos centros, ya sean cárceles o penitenciarias, comprenderá los siguientes períodos⁸:

1. Internación para el estudio criminológico y clasificación delincuencia.

Realizado el estudio criminológico de los internos y su correspondiente clasificación, se los ubicará en uno de los siguientes centros de rehabilitación social:

⁸ Estos períodos se encuentran detallados en el artículo 20 y siguientes del Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Penal.

- a) **De seguridad máxima**, en los cuales primará el aislamiento, la disciplina y la custodia. La distribución de los internos se efectuará en grupos no mayores de veinte personas.

- b) **De seguridad media**, en los cuales primará el trabajo y la educación. La distribución de los internos se efectuará en grupos no mayores de cien personas.

- c) **De seguridad mínima**, en los cuales primará el trabajo y la educación autocontrolados. La distribución de los internos se realizará en grupos homogéneos no mayores de diez personas.

En este nivel se organizarán y funcionarán las fases de prelibertad y libertad controlada en cualquiera de sus formas.

- d) **Los establecimientos especiales para los imputados, acusados y contraventores.** Se los ubica en un lugar diferentes porque en el caso de imputados o acusados aún no se les ha probado nada y por tanto no se les puede relacionar directamente con delincuentes de una peligrosidad menor. En cambio en el caso de los contraventores, resulta lógico ya que no han cometido delitos de gravedad.

Sin embargo, si a criterio del departamento correspondiente, alguno de los mencionados tipos de delincuentes tiene un grado de peligrosidad considerable, entonces se lo puede ubicar provisionalmente, en lugar apropiado, proporcionándole, además, un tratamiento acorde a su situación.

2. Rebajas.

La reducción de penas operará sobre un sistema de méritos que permita evaluar la buena conducta y la colaboración activa del interno en su rehabilitación, que se demostrará por la participación en procesos culturales, educativos, laborales, de tratamientos de adicciones u otros.

Se puede reducir la pena hasta por un máximo del 50% de la pena impuesta, pero no procederá cuando los internos hayan sido sentenciados por:

- Plagio.
- Asesinato.
- Delitos sexuales.
- Trata de personas.
- Crímenes de genocidio, de lesa humanidad, de guerra, de agresión, determinados en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.⁹

3. Prelibertad

La fase de la prelibertad es la parte del tratamiento en la que el interno que ha cumplido los requisitos y normas del sistema progresivo, desarrolla su actividad

⁹ Los artículos correspondientes del Estatuto de Roma constan del Anexo 3.

controlada por el régimen, fuera del centro de rehabilitación social, conforme al reglamento pertinente. Esta puede ser revocada motivadamente.

4. Libertad controlada.

El artículo 24 del mismo cuerpo legal establece que la libertad controlada es la fase del tratamiento mediante la cual el interno convive en su medio natural, bajo la supervisión del régimen y será concedida o revocada por los jueces de garantías penitenciarias, siempre que se cumplan los requisitos exigidos en la Ley y en sus reglamentos.

Si un interno quiere ser beneficiario de la libertad controlada, deberá haber cumplido, por lo menos, las tres quintas partes de la pena impuesta, y reunir las siguientes condiciones:

- a) Buena conducta, demostrando su afán constante de readaptación social.
- b) Que acredite tener profesión, arte, oficio o industria, u otro medio que le permita vivir honradamente.
- c) Haber cumplido con el pago de indemnizaciones civiles, o haber comprobado imposibilidad para hacerlo.
- d) Obtener informe favorable del correspondiente Departamento de Diagnóstico y Evaluación, y del Fiscal respectivo.

Quienes disfruten de libertad controlada quedarán sujetos a la vigilancia de la autoridad policial del lugar en que deban residir, sin perjuicio de la supervisión que le corresponde al respectivo departamento de diagnóstico y evaluación.

En el caso de que el beneficiario observare mala conducta, no cumpliere con algún otro requisito, o cometiere otro delito durante el goce de la libertad controlada, completará el tiempo que le faltare por la anterior condena, y cumplirá, además, la impuesta por la nueva infracción por el juez competente.

5. Ubicación poblacional tratamiento.

La ubicación poblacional y el tratamiento de los internos se realizará en base de las siguientes normas generales:

1. En los centros de rehabilitación social de seguridad máxima:

- a) La disciplina, fundamentada en el aislamiento nocturno individual, con horarios fijos, descanso reglamentado y comunicación indirecta.
- b) La educación, mediante la alfabetización y escolaridad obligatorias reglamentadas y la educación física obligatoria.
- c) El trabajo común reglamentado, que se realizará en grupos no mayores de veinte personas.
- d) La salud integral, el aislamiento preventivo y el tratamiento permanente.

2. En los centros de rehabilitación social de seguridad media:

- a) La disciplina, basada en el aislamiento nocturno por grupos homogéneos, con horarios, descansos y visitas reglamentados.
- b) La educación, por medio de la escolaridad obligatoria, opciones educativas, cultura física e instrucción general.
- c) El trabajo obligatorio y reglamentado, con capacitación laboral.
- d) La salud integral y el tratamiento permanente.

3. En los centros de rehabilitación social de seguridad mínima:

- a) La disciplina, fundamentada en la convivencia en grupos afines sin aislamiento, con horarios y descansos autoestablecidos y supervisados, salidas reglamentadas y evaluadas.
- b) La educación, que será técnica, secundaria y superior, con cursos de especialización.
- c) El trabajo, que será obligatorio y autorregulado, con promoción laboral y capacitación.
- d) La salud integral, la evaluación en el nivel de adaptación individual, familiar y colectiva.

Una vez revisado el régimen interno de los centros de rehabilitación, se debe mencionar que la rehabilitación y la resocialización no están limitadas al tiempo en que la persona está internada, sino que también se ha creado la *asistencia para liberados* (Art. 48

ibídem), la cual es una función cuyo objetivo será procurar que los liberados puedan reintegrarse a la sociedad de forma armónica.

Este objetivo se cumplirá mediante la asistencia médico-siquiátrica, laboral y comunitaria, y con el derecho a que se le otorgue los certificados que solicite, sin hacer referencia a su vida delictiva anterior.

Aunque para el Estado pareciera funcionar la idea de privación de la libertad, Jorge Paladines afirma:

En materia pena es muy conflictivo, no sé cuan pacificador pueda ser la privación de la libertad, creo que eso aumenta el conflicto y si eso se une con la desproporcionalidad de la pena, si se une con una forma ritualista y poco comprensiva por parte de los usuarios de la administración de justicia ordinaria de la justicia penal, creo que el ideal de pacificación queda desplazado por una justicia que promueve más el conflicto y el dolor. (J. Paladines, comunicación personal, 27 de agosto de 2012).¹⁰

2.1.3 Clasificación de las penas.

Antes de iniciar a desarrollar los tipos de penas existentes, es necesario establecer algunos puntos indispensables sobre la pena en sí. Primero se debe tomar en cuenta que esta debe constar en la ley y segundo que debe existir una sanción previa a su comisión.

Por ello, el Código Penal ecuatoriano establece:

¹⁰ La entrevista consta de Anexo 2.

Art. 2.- Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la Ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una Ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Ahora es importante mencionar que existen diferentes tipos de clasificaciones de la pena; no obstante, el presente trabajo se enfocará en la clasificación por *el bien jurídico afectado*, desarrollada por Ernesto Albán (2007), la misma que se unirá a las normas pertinentes del Código Penal para desarrollar una explicación más apropiada.

a) Pena de muerte o capital: Este tipo de pena así como las corporales y las infamantes se encuentran actualmente excluidas del sistema jurídico ordinario ecuatoriano. A la pena de muerte en particular, se la considera de carácter excepcional, y no es aceptada por las legislaciones de muchos países, entre ellos el Ecuador que la eliminó de su normativa en 1906.

Quienes la defienden, creen que en ciertos momentos sociales es necesaria para eliminar a delincuentes peligrosos e incorregibles, así como para evitar que se propaguen olas violencia. Es decir, la pena de muerte cumpliría una suerte de prevención general y especial al mismo tiempo. Sin embargo, los países que utilizan este tipo de pena, no han mostrado una disminución de la criminalidad, como en el caso de los Estados Unidos de América, país en el que por el contrario, parece aumentar.

Asimismo, sus detractores más fuertes son los defensores de los derechos humanos, quienes consideran que en el siglo XXI es grotesco que se pueda seguir aplicando esta pena por parte del Estado, quien se supone es el llamado a proteger los derechos de sus ciudadanos.

b) *Penas corporales e infamantes:* Debido a que este tipo de penas tienen más un fin de expiación del delincuente, ha sido excluida del sistema penal ordinario, pues no forma parte de los fines que busca la pena en este sistema. Por otro lado, las penas corporales son constantemente usadas en otros sistemas de justicia, como el indígena, para quienes la expiación es una parte elemental para la rehabilitación del delincuente.

c) *Penas privativas de la libertad:* La limitación de la libertad individual de los condenados no es necesariamente absoluta, pues en los últimos años en varios países se han optado por vías alternativas, como el arresto domiciliario o el sometimiento a la vigilancia de la autoridad, para evitar restringir del todo la libertad de una persona.

Esta pena puede imponerse con el fin de aislar del todo al delincuente de la vida social o también como una medida para que se de una rehabilitación más pronta que conlleve a la resocialización del individuo. Empero, el fin rehabilitador que pudiera tener es usualmente criticado debido a que los privados de la libertad se

encuentran en condiciones, en su mayoría inhumanas, las cuales no permiten más que un aumento de la criminalidad en los propios centros penitenciarios.

El Código Penal ecuatoriano publicado en 1971¹¹, establece dos penas relativas a la privación de la libertad: la reclusión, que a su vez se divide en reclusión mayor y menor, y la prisión.

La reclusión mayor debe cumplirse en los Centros de Rehabilitación Social y se divide en: (Art. 53)

- a) Ordinaria de cuatro a ocho años y, de ocho a doce años.
- b) Extraordinaria de doce a dieciséis años.
- c) Especial de dieciséis a veinticinco años.

Por otro lado, la reclusión menor (Art. 54), también se cumplirá en los Centros de Rehabilitación Social, pero se divide en:

- a) Ordinaria de tres a seis años y de seis a nueve años.
- b) Extraordinaria de nueve a doce años.

Además, los condenados a reclusión menor también deben realizar trabajos de reeducación o trabajos en talleres comunes; y se establece que solo se les hará

¹¹ El Código Penal ha tenido varias reformas a lo largo de los años; sin embargo, la última realizada fue en 2011. En la actualidad se está discutiendo en la Asamblea Nacional un Proyecto de Código Integral Penal, con el cual se busca depurar y modificar en cierta medida al sistema legal penal.

trabajar fuera del establecimiento al organizarse colonias penales agrícolas, cuestión que en la práctica ha sido impracticable.

Igualmente a los condenados a reclusión menor no se les podrá aislar, a no ser por castigos reglamentarios, que no podrán pasar de ocho días.

En cuanto a la prisión correccional (Art. 55), ésta deberá cumplirse en las cárceles del respectivo cantón, en las de la capital de provincia o en secciones apropiadas de las penitenciarias, debiendo ocuparse en los trabajos reglamentarios, en talleres comunes. Empero, esta disposición no se ha cumplido, ya que en la actualidad todos los tipos de presos se encuentran internados en los mismos centros penitenciarios, sin tomar en cuenta el tipo de pena impuesta o su grado de peligrosidad.

d) *Penas interdictivas:* Con estas penas básicamente se limitan ciertos aspectos de la capacidad jurídica de la personas. Se divide en interdicción civil y política.

La interdicción civil es una pena accesoria a la condena a reclusión mayor ordinaria o extraordinaria, o reclusión menor extraordinaria. Esta interdicción se mantendrá mientras dure la pena y priva al condenado de la capacidad de disponer de sus bienes, a no ser por acto testamentario. Por ello, se debe nombrar un guardador para que administre los bienes mientras dure la pena.

También se aplicará en los casos de reincidencia, o cuando concurren varios delitos que merezcan pena de reclusión. (Art. 56).

En cambio la interdicción política será accesoria a las condenas a reclusión o a prisión, y suspenderá los derechos de ciudadanía, en los casos establecidos en el Código Penal, por un tiempo igual al de la condena.

e) ***Penas pecuniarias:*** Son penas que afectan al patrimonio del condenado. En nuestra legislación se dividen en multas y comiso especial.

La multa es el pago de una cantidad de dinero determinada por el juez en beneficio del Estado, serán impuestas a cada uno de los condenados por una misma infracción y se cobrará por apremio real. (Art. 63).

En cambio el comiso especial se da cuando, en forma de sanción, el Estado retira la propiedad de ciertos bienes al infractor, quedándose con el dominio de los mismos.

También aparece como una pena accesoria de las privativas de libertad y de la multa, cuando ésta es la pena principal. (Albán, 2007).

El artículo 65 *ibídem* establece que el comiso especial recae:

- Sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción.

- Sobre las que han servido, o han sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice.
- Sobre las que han sido producidas por la infracción misma.

El comiso especial será impuesto por delito, sin perjuicio de las demás penas establecidas por la Ley; pero, al tratarse de una contravención, no se impondrá sino en los casos expresamente determinados por la Ley.

f) ***Sujeción a la vigilancia de la autoridad:*** Art. 61.- En virtud de la sujeción a la vigilancia especial de la autoridad, puede el juez prohibir que el condenado se presente en los lugares que le señalare, después de cumplida la condena; para lo que, antes de ser puesto en libertad, el condenado indicará el lugar que elija para su residencia, y recibirá una boleta de viaje, en la que se determinará el itinerario forzoso y la duración de su permanencia en cada lugar de tránsito.

Además, estará obligado a presentarse ante la autoridad de policía del lugar de su residencia dentro de las veinticuatro horas siguientes a su llegada, y no podrá trasladarse a otro lugar, sin permiso escrito de dicha autoridad, la que tiene derecho para imponer al vigilado ocupación y método de vida, si no los tuviere.

Art. 62.- Los condenados a pena de reclusión pueden ser colocados, por la sentencia condenatoria, bajo la vigilancia de la autoridad, por cinco a diez años; y

si reincidieren en el mismo delito o cometieren otro que merezca la pena de reclusión, esa vigilancia durará toda la vida.

g) *Privación del ejercicio de profesiones, artes u oficios / Incapacidad perpetua para el desempeño de todo empleo o cargo público:* “No hay en la parte general del Código norma alguna que regule su aplicación de una manera amplia y completa, como parece necesario por la gravedad que puede tener la participación de profesionales en actos delictivos.” (Albán, 2007, págs.: 277-278).

Sin embargo, los artículos 283, 288, 359 del mismo cuerpo legal, establecen lo siguiente:

- A los abogados que favorezcan la actuación de los tinterillos, autorizando con su firma los escritos de éstos, además de prisión, se les condenará con suspensión del ejercicio profesional de dos meses a un año.
- El juez, el árbitro o componedor, el jurado que se hubiere dejado cohechar o sobornar quedará privado del ejercicio de la abogacía.
- Si un abogado sobornare a testigos, peritos o intérpretes, o hiciere uso de testigos o peritos falsos, en la sentencia se le privará definitivamente, del ejercicio profesional.

Asimismo, a un facultativo que diere un informe en que faltare, dolosamente, a la verdad, se le privará definitivamente del ejercicio profesional.

h) Otras penas: Son penas alternativas que se imponen por la falta de eficacia de las penas antes mencionadas, en especial de las que privan de la libertad. Aún no son aplicadas en el Ecuador, pero algunos ejemplos serían: trabajos sociales, el cumplimiento de instrucciones en diferentes ámbitos, etc.

Ante lo descrito, Carlos Poveda considera que:

...antes de establecer condenas más fuertes, penas más severas, lo que hay que también considerar son los aspectos sociales y económicos y sobretodo el nivel de oportunidades. Igualmente Boaventura manifiesta que la criminalidad es una reacción de los excluidos, es decir que hay personas que no tienen oportunidades y que buscan de alguna manera mucho más rápida tener ese equilibrio de oportunidades que otros si lo tienen. (C. Poveda, comunicación personal, 24 de agosto de 2012).¹²

¹² ¹² La entrevista consta de Anexo 1.

2.2 LA PENA EN LA JUSTICIA INDÍGENA

2.2.1 Modalidad de las penas: Prácticas consuetudinarias.

“La justicia indígena es el sistema de normas y procedimientos propios que utilizan los pueblos y comunidades indígenas para resolver sus conflictos internos a través de sus autoridades... con sus propias normas, procedimientos,... y sanciones.” (Cóndor, 2009).

La justicia indígena es un sistema basado en la costumbre y tradiciones ancestrales de los pueblos indígenas. Debido a ello, sus prácticas se encuentran en constante evolución, no solo por el hecho de que las comunidades son mutables por propia naturaleza, sino también porque reciben influencia externa de otras sociedades.

“Sería erróneo sostener que el Derecho Indígena es homogéneo... más bien es grande la diversidad debida a múltiples factores, entre los cuales se precisan mencionar... el contacto con otras comunidades culturales... especialmente la mestiza dominante.” (Trujillo, Grijalva, & Endara, 2001, pág. 11).

A pesar de ello, existen ciertos puntos que definen a la justicia indígena y que Ruiz (2003) ha resumido de la siguiente manera:

- 1) Una lógica alrededor de lo comunitario, que bajo situaciones específicas, constriñe y se impone sobre algunas disidencias individuales.
- 2) Un acervo de tradiciones y costumbres, del cual los sujetos derivan un margen de certeza y de predecibilidad, al igual que cierta eficacia simbólica.

- 3) Una regulación de las relaciones de poder, bajo concepciones que fácilmente pueden resultar “no democráticas”.
- 4) Un margen de discrecionalidad y de autonomía en el cual los sujetos pueden, por ejemplo, distanciarse de los dictámenes de la cultura, enfrentar creativamente algunas situaciones nuevas no prescritas por la costumbre (es decir, las prácticas de justicia comunitaria, producen pensamiento), etc.
- 5) Una elaboración narrativa de sus propias prácticas que varía en grados de complejidad y de explicitación. (pág. 123).

Para iniciar a explicar los procedimientos indígenas es necesario aclarar que estos tienen una trascendencia mucho más moral que jurídica, pues para estos pueblos el cometimiento de una falta supone la desarmonía de la comunidad y el quebrantamiento de costumbres originadas ancestralmente.

Como ya se explicó anteriormente, para las comunidades indígenas los procesos de juzgamiento no son vistos como un asunto especializado y separado de la vida diaria de sus pobladores; por lo contrario, son vistos como una parte importante del todo que supone su vida cultural, económica, social, etc.

En la “justicia indígena... existen normas, procedimientos sumarísimos de carácter público y colectivo, expresados en las asambleas comunales, así como autoridades competentes como los *cabildos* para resolver un conflicto.” (Salgado, 2002, pág. 84).

Es decir, cuando se habla de justicia indígena no se debe hablar de justicia por mano propia. Esta es una concepción equivocada con la que normalmente se encuentran los indígenas y por la que son llamados bárbaros o inhumanos. Es necesario comprender que la denominada justicia por mano propia a pesar de que sí existe, no es considerada como justicia

real o verdadera por los pueblos indígenas. En muchas ocasiones quienes la realizan son grupos mixtos, es decir, donde conviven no solamente indígenas sino también mestizos o campesinos no indígenas que consideran que no existe justicia real en la que se pueda confiar y por tanto optan por decidir la suerte de los delincuentes ellos mismos.

Convencidos de que el mundo gira alrededor de nuestras formas de hacer las cosas, encontramos graves obstáculos para admitir la validez de otras formas de hacerlas o de hacer otras cosas con los mismos o parecidos resultados, y cuando no podemos negarlas, nos defendemos concediéndolas menos valor que el que otorgamos a las nuestras, algo de esto es lo que hacemos con el derecho consuetudinario, al que, en consecuencia, le catalogamos como un derecho de segunda clase, destinado a desaparecer el momento en que el nuestro se imponga. (Salgado, 2002, pág. 98).

Ximena Endara (Trujillo, Grijalva, & Endara, 2001) establece varias características del derecho indígena aplicado a la administración de justicia:

- 1. No existe diferencia en razón de la materia:** En la justicia indígena, a diferencia de la justicia ordinaria, las mismas autoridades resuelven todos los casos, no importa de qué índole sean; es decir, no existe una especialización de acuerdo a la materia. Solo los casos que se consideren más graves, en lugar de ser resueltos en el seno familiar o por la dirigencia, se trasladan a la asamblea comunal, como máxima autoridad.
- 2. No existen instancias procesales:** Las decisiones tomadas por las autoridades indígenas no se pueden apelar ante un superior, ya que las conocidas

federaciones o confederaciones indígenas no funcionan como segunda instancia.

Esto se debe básicamente a que en los procedimientos de juzgamientos, después de las respectivas investigaciones, se logra que el delincuente acepte que ha cometido una falta.

Sin embargo, los indígenas que se sintieran vulnerados en sus derechos pueden interponer una acción de extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena ante la Corte Constitucional, la cual deberá respetar los principios y reglas de (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009, art. 66):

- Interculturalidad.- El procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables.
- Pluralismo jurídico.- El Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades.
- Autonomía.- Las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio.

- Debido proceso.- La observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.
- Oralidad.- En todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario.
- Legitimación activa.- Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción.
- Acción.- La persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido.
- Calificación.- La sala de admisiones deberá comunicar si se acepta a trámite y las razones que justifican su decisión.
- Notificación.- De aceptarse a trámite, el juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión o podrá acudir a la comunidad, de estimarse necesario.
- Audiencia.- La autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción.
- Opinión técnica.- El juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas.

- Proyecto de sentencia.- El juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.
- Notificación de la sentencia.- La sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado.
- Violación de derechos de las mujeres.- Los jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

3. Su base es el juicio comunitario y los consensos: Una vez realizadas las investigaciones pertinentes que aseguren que las personas acusadas han cometido la falta, se procederá a establecer si han existido cómplices o encubridores, como se les denomina en el sistema penal ordinario. Teniendo todos los elementos necesarios se procede al juzgamiento y resolución, procedimientos en los cuales participan la mayoría de los miembros adultos de la comunidad, quienes además buscan llegar a consensos entre las partes sobre las sanciones establecidas.

4. **Se realizan investigaciones profundas sobre los hechos:** Ya que lo que se busca es mantener la armonía comunitaria, las investigaciones se realizan con mucho cuidado, ya que de sancionar a la o las personas equivocadas se pueden crear conflictos comunitarios.

5. **La administración de justicia no actúa de oficio:** Por lo general son las partes quienes solicitan la participación de la justicia indígena. Sin embargo, existen casos que por su gravedad son conocidos de inmediato por las autoridades y se procede a investigar. En cambio, en otras ocasiones en que no se ha solicitado su participación se suele denunciar el hecho ante el teniente político o la policía.

6. **Se establecen penas consideradas graves para la sociedad mestiza:** En los casos que se consideran de gran gravedad por las comunidades indígenas se suelen contemplar penas de tipo corporal, las cuales aún no son entendidas y por tanto tampoco aceptadas por la sociedad mestiza, pero que sin embargo para los indígenas tienen un soporte moral y espiritual.

Para la justicia indígena es importante analizar caso por caso, ponderando todas las circunstancias que le rodean al mismo así como los valores que han sido rechazados por el delincuente. Se busca las razones que motivaron su acción, sin que baste como prueba el mero hecho de que el delito se cometió. Con esto se quiere llegar a soluciones más justas, dialogando durante todo el proceso y llegando a acuerdo con los afectados.

Para María Mercedes Lema (2007), a los conflictos que se dan usualmente en las comunidades indígenas, se los puede dividir de acuerdo a su gravedad, en conflictos de primera, segunda y tercera instancia.

- **Conflictos de primera instancia o Uchilla kamachik tantanakui:** Son los problemas familiares que no afectan directamente a toda la comunidad, como chismes o peleas conyugales. Para su resolución pueden intervenir la familia y ancianos dando consejos y tomando resoluciones; así como el presidente de la comunidad u otras autoridades para controlar el proceso.
- **Conflictos de segunda instancia o Ayllu Kamachik:** Son los conflictos que involucren a varias familias, como el robo de bienes o problemas de tierras. En estos casos participan todas las autoridades del cabildo para tomar decisiones.
- **Conflictos de tercera instancia o Tauka Ayllu Kamachik:** Son los conflictos más graves como asesinatos, homicidios o violaciones. Se los trata con más prontitud por el hecho de que han trastornado la vida de la comunidad. En este tipo de conflictos intervienen como autoridades la Asamblea Comunitaria, el cabildo y la policía y el teniente político como representantes del Estado.

Los procedimientos que siguen la justicia indígena, en donde la oralidad prevalece, no difieren demasiado de los de la justicia ordinaria, al menos en materia penal que es lo que compete al presente trabajo, y aunque pueden variar de comunidad en comunidad, se han

encontrados puntos comunes que se desarrollan de la siguiente manera: (Cóndor, 2009; Lema, 2007;

1. **Denuncia o Willachina:** El afectado pone en conocimientos de las autoridades indígenas el hecho o acción que cree que lo ha perjudicado.
2. **Admisión de denuncia o Pushakkuna Rimary:** Las autoridades conocen del hecho y estudian la denuncia y de creerlo pertinente convocan a una audiencia.
3. **Investigación o Yachankapak Tapuchina:** Se inician todas las investigaciones que se consideren necesarias, para lo cual participan todas las partes involucradas. Asimismo, las autoridades realizan preguntas y repreguntas para conocer las circunstancias y motivaciones del hecho.
4. **Audiencia o Chimpapurachina:** En la audiencia se escucha a ambas parte por igual y se da el conocido careo. Con esto se busca aclarar todos los puntos oscuros del hecho, así como identificar actitudes, sentimientos e intencionalidades. A esta audiencia pueden acudir todos los miembros de la comunidad, pero en particular se encuentran las autoridades indígenas, los dirigentes comunales y las familias de las partes.
5. **Resolución:** Una vez que se han escuchado a las partes, se estudian las pruebas, se determina si existe o no un culpable y se analizan las causas que llevaron a cometer el delito.

Esta etapa se puede dividir a su vez en dos momentos: El primer momento se da cuando quien ha cometido la infracción lo reconoce y se arrepiente, lo que consecuentemente lleva al perdón y absolución del mismo. El segundo momento se da cuando las autoridades toman decisiones para resolver conflicto y modificar el comportamiento errado.

- 6. Ejecución de la pena o Paktachina:** Esta ejecución es vigilada por la comunidad y aunque puede variar, suele comenzar con un acto ritual y público en el que el individuo y su familia cambian de comportamiento, armonizándose con la comunidad. Luego se asumen compromisos y acuerdos que deberán cumplirse en el transcurso del tiempo y finalmente se realiza una celebración por el restablecimiento del orden, quedando el infractor restituido a la comunidad de manera inmediata.

Esther Sánchez recoge algunos de los consejos dados por varias autoridades. Entre ellos encontramos el consejo del señor Alberto García, que reza:

“Hemos reclamado la ley propia del indígena, por eso estamos dando estos pasos para fortalecer el derecho al gobierno propio, viviendo bien sabroso, respetar a la ley indígena, a alguaciles, gobernadores, para que los niños respeten, las madres, los padres respeten. Nuestros abuelos son máxima autoridad que nos dan buen consejo para vivir mejor, agarremos lo bueno, pero lo malo no lo agarremos, no metamos el error, el que sabe curar curemos *chutún*¹³, mal aire, la alguaira. Demos consejo como padre para que los que no saben aprendan y no pongan mal a otros como crecimiento de barriga, de ola de la mar; sabemos lo poquito que dejaron los abuelos para curar mal hora; matar nos duele, con

¹³ Se describe como un animal de figura antropomorfa que se introduce en el cuerpo de las personas. Su poder es potencialmente nefasto para quienes contravienen normas establecidas o se encuentran "vagando por el monte"; por tanto, es una forma de evitar que los individuos se expongan a peligros de la selva, transiten solos, empleen demasiado tiempo fuera de casa o coman algo indebido. – Significado recuperado de Instituto Colombiano de cultura hispánica. (2004) <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/geografia/geograf/awa4.htm>

amenaza viene la muerte, daban consejo los abuelos nuestros, el tío al sobrino, los mayores, nosotros como autoridad a la comunidad.” (2004a, pág. 60).

En general toda la comunidad participa activamente de estos procesos, como veedora de los procedimientos. Lo hace de manera más directa a través de la Asamblea General o Tantanakuy, cuando tienen que conocer, juzgar y sancionar hechos que han superado la esfera familiar y por tanto afectan a la armonía de la comunidad. (Lema, 2007).

2.2.2 Fin de la pena y cosmovisión cultural.

La cultura es una forma de orden social que regula la vida de un grupo de personas con cosas en común, que se sienten identificados entre sí, definiendo su forma de vida, su pensamiento, sus acciones u omisiones y en general su rol en esa determinada sociedad.

Se puede hablar de forma de vida o *societal culture* cuando un grupo humano establecido históricamente en un territorio determinado no sólo transmite de generación en generación creencias morales y religiosas y costumbres sociales, sino que además ha desarrollado instituciones político-jurídicas que regulan la convivencia... sobre la base de esa moral social consolidada a través del tiempo a la que apela... (Ahumada et al, 2008, pág. 7).

Es por ello, que culturas hay muchas y muy variadas, pues las sociedades han evolucionado indistintamente unas de otras, creando lazos en común en lo moral, así como en su forma de organización.

En la actualidad a la globalización se la suele conocer como la antítesis de la cultura, pues esta tiende a la unión homogénea de todas las sociedades mundiales, despersonalizándolas al mismo tiempo. A pesar de ello, los rasgos característicos de muchas sociedades han sobrevivido a este proceso global y en los últimos años han tendido a volver al revivir de los mismos, acogiéndolos como parte del patrimonio cultural de una sociedad.

La cultura es quien nos define como personas y de ahí la importancia de su reconocimiento. Ya no se habla solamente del respeto que se les debe a las culturas minoritarias, sino ante todo a la afirmación de sus diferencias. Sin embargo, no se debe pretender que este reconocimiento quede en puras buenas intenciones y por tanto “para garantizar su supervivencia, se deb(e) contar con marco normativo específico, ya que ello posibilitaría mantener las diferencias culturales y nacionales, y contribuiría, además, a hacer realidad el ideal de justicia social que ha sido negada históricamente para este sector.” (Salgado, 2002, pág. 59).

Este análisis nos lleva a concluir entonces que los casos iguales han de ser tratados iguales, pero los casos desiguales deberán ser tratados de una manera desigual, respetando las diferencias de ambas partes, pero al mismo tratando de equipararlas para llegar a un resultado lo más justo posible.

Además se debe tomar en cuenta que el ideal de justicia diferirá entre una y otra sociedad y es por ello que no se encontrarán las mismas visiones ni siquiera entre los pueblos

indígenas, pues a pesar de tener ideales y criterios parecidos, estos se van modificando dependiendo del desarrollo de cada colectividad en su propio entorno.

Jorge Paladines afirma que “la justicia debe ser siempre el tratar de buscar un equilibrio, una armonía, que es la paz social, ese es el fin más grande de la justicia. No es justicia lo que comporta un conflicto sino lo que restituye la paz social.” (J. Paladines, comunicación personal, 27 de agosto de 2012).¹⁴

“Según... Kelsen, una cosa es justa o injusta únicamente para el individuo frente al cual existe la correspondiente norma de justicia, y tal norma tiene existencia solo para aquellos que, por una u otra razón, desean lo que la misma prescribe.” (Salgado, 2002, pág. 68).

Es decir, que el individuo tiene que reconocer como legítima y justa la norma a la cual se somete, caso contrario se está desconociendo sus diferencias y por tanto no se alcanza el ideal de justicia que esa persona busca.

Así, sucede que muchos de los derechos que ejercen los indígenas dentro de sus comunidades, al ser desconocidos por la sociedad occidental, también son malentendidos y menospreciados. Uno de los más claros ejemplos de esto es la justicia indígena, en especial en la etapa de su ejecución.

Por ello, “los derechos de las sociedades indígenas no pueden ser concebidos según la matriz individualista del derecho y de las teorías constitucionales liberales. Estos derechos

¹⁴ La entrevista consta de Anexo 2.

aparecen como colectivos y como condición de una efectivo reconocimiento de la diversidad cultural y del carácter pluriétnico de las sociedades.” (Stefanes, 2006, pág. 196).

Mientras para la justicia ordinaria el positivismo es su base y por tanto lo justo resulta ser un concepto independiente de lo que establezca la ley, para la justicia indígena una costumbre o lo tradicionalmente establecido deben tener concordancia con lo justo, lo cual nace según su ideología en la mayoría de ocasiones, de la naturaleza. (Salgado, 2002).

“La expresión “tradicionalmente” no revela una “circunstancias temporal”, una supuesta originalidad precolombina, y sí el modo como los indígenas se relacionan con la tierra como “hábitat”, que les asegura que sobrevivan física y culturalmente de acuerdo con la tradición, los usos y las costumbre.” (Stefanes, 2006, pág. 201).

Es en base justamente a estas costumbres y tradiciones en que se desarrolla la justicia indígena, en la que “la naturaleza de las sanciones... obedecen a la idea de reintegrar al condenado de nuevo a su comunidad, de que éste se confiese y admita su error ante las autoridades indígenas. Se persigue que el infractor quede en paz consigo mismo y con su sociedad nativa”. (Ahumada et al, 2008, pág. 192).

Existe la creencia generalizada que el baño en agua fría o los azotes con ortiga son los castigos impuestos por cometer una falta, lo cual está lejos de la realidad. Estos métodos son usados en una fase previa a la ejecución de la sanción y se les utiliza como formas de expiar el alma de los delincuentes, a quienes se les considera como víctimas de las incitaciones de malos espíritus. Con ello se busca que el delincuente acepte su error y se arrepienta para que

de esta manera la comunidad les vuelva a aceptar dentro de su seno. Es por eso que con la sanción previa de los azotes también se incluyen consejos al delincuente, pues no se quiere solo castigar por castigar, sino hacerlo para que la persona no vuelva a cometer el mismo error. (Ahumada et al, 2008).

Ahora algunas de las penas que se imponen ante una falta son los trabajos comunitarios, de los cuales el tiempo se dará de acuerdo a la gravedad del acto u omisión. También se puede aislar al delincuente pero no con el fin de alejarlo de la comunidad, sino para medite sobre sus acciones y se arrepienta.

En las normas comunales desarrolladas existen *distintos sistemas punitivos* o distintas formas de sanción como el de la indemnización de daños y perjuicios, la reparación, la restitución vía trabajos agrícolas en el predio de la víctima, entrega de productos agrícolas equivalentes a la misma cuantía que se haya establecido por el daño, etc. (Salgado, 2002, pág 85).

También existe la sanción de indemnización a la víctima, la cual por lo general se hace a través de una negociación en delitos considerados de menor gravedad como las injurias o hurtos. Sin embargo, también es admisible en delitos graves como homicidios, aunque en estos últimos no se toma en cuenta necesariamente la voluntad negociadora. (Ahumada, 2008).

Otro de las sanciones conocidas es la del fuste que se incorporó en la época de la colonia por los españoles, pero los indígenas lo acomodaron al “concepto propio de rayo, que es pensado... como mediador entre extremos, como fuerza entre lo claro y lo oscuro... Quien

es definido o encontrado en estado de oscuridad, puede y debe pasar a un estado de claridad; por ello debe ser tocado por el fuste y pasar por el rayo...” (Sánchez, 2004a, pág. 173).

Todas las penas mencionadas y otras que se pudieran imponer por la justicia indígena son realizadas públicamente, por lo general en la plaza central o el lugar de mayor concurrencia, ya que esto supone también un castigo para la familia del delincuente, quien es responsable de su actuar y por tanto también debe presenciar su castigo; y en la mayoría de casos no solamente presenciarlo sino también ser parte de quienes lo ejecutan, sin olvidar aconsejarlo al mismo tiempo.

En la actualidad muchas de las poblaciones indígenas, al menos en la sierra, ya no aplican la pena de muerte; sin embargo, para estos pueblos existe una pena mucho más grave que la pena de muerte, que es la exclusión o exilio de la comunidad. Esta sanción se impone solo de manera excepcional cuando se han cometido delitos realmente graves o ha existido reincidencia y la misma supone la muerte social del individuo, pues esta ya no puede acercarse a su comunidad o contactarse con sus familiares o amigos. (Córdor, 2009).

Lo mencionado anteriormente no parecería una pena demasiado fuerte en la concepción occidental; sin embargo, para los indígenas su comunidad no es solo el lugar donde habitan sino es quien los define y le da sentido a su vida.

Además para entender tanto el fin de la pena así como su cosmovisión, es importante conocer algunos de los valores que forjan su cultura (Durand, 2005):

- Reconocimiento y sacralización de las fuerzas naturales.

- Respeto a la palabra.
- Reconocimiento a lo diverso.
- Trabajo colectivo.
- La vergüenza y el honor.
- Respeto a la comunidad.
- Amor, respeto y consideración a la familia.

Carlos Poveda afirma que...

...mas que hablar de pena o de delito (en la justicia indígena) se habla de llaqui, el problema, el conflicto, la desarmonía que existe por un acto, no le enfocan como que fuera algo externo sino como que el origen es algo interno; es decir, la persona que comete un error, que produce un llaqui, que produce un sufrimiento está enferma... y el tratamiento es diferente... se habla de sanar a la persona... (C. Poveda, comunicación personal, 24 de agosto de 2012).¹⁵

En concreto los fines de la pena en este sistema de justicia de pueden reducir a: “la función resocializadora de la pena (la sanción impuesta sirve para hacer recapacitar al infractor para que cambie su conducta) y la búsqueda de la restauración del equilibrio en la comunidad (afectada por la mala acción de uno de sus integrantes).” (Cóndor, 2009, pág. 32).

Además, se debe tomar en cuenta que la sanción tiene que ser justa para las dos partes. Es decir, se debe compensar al afectado pero al mismo proporcionar un castigo por el que, quien cometió el delito, reconozca su error, lo enmiende y no lo vuelva a cometer.

¹⁵ La entrevista consta de Anexo 1.

2.2.3 Justicia indígena: Normativa nacional e internacional.

A pesar de que en el primer capítulo ya se hizo referencia al reconocimiento de la justicia indígena, en especial en el campo constitucional ecuatoriano, es importante conocer que existe mucha más normativa, tanto nacional como internacional, la cual reafirma este reconocimiento y que por lo mismo es necesaria detallar.

“Es necesario que los pueblos indígenas se les reconozca su propio fuero, con el carácter de especial, a fin de que la conducta de sus integrantes se regule sobre la base de su propia cosmovisión, la costumbre y el derecho indígena.” (Torres, 1990, pág. 42).

A continuación se revisarán algunas de las normativas más sobresalientes en cuanto a reconocimiento de la justicia indígena. En primer lugar se iniciará con aquella de carácter nacional, empezando en el ámbito constitucional.

Ya se han mencionado varios artículos de la Constitución de la República (2008) correspondientes a los temas tratados; sin embargo, existen más que resulta pertinente conocer.

El artículo 4 reconoce que el Ecuador tiene diferentes dimensiones culturales y sociales que son legado de nuestros antepasados. Por ello, en el artículo 11 que se habla de los principios por los que se debe regir el ejercicio de los derechos, se establece que es obligación

del Estado promover la igualdad real y que los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente así como los instrumentos de derechos humanos, no pueden excluir los derechos que se deriven de dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

De la misma manera, asumiendo rasgos interculturales la Constitución asumió en su artículo 83 como uno de los deberes y responsabilidades de los ecuatorianos, el ama killa, ama llulla, ama shwa. Es decir, el no ser ocioso, no mentir y no robar. Principios básicos del convivir de la cultura indígena.

Además, manda como otro deber de los ecuatorianos el promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir.

Existe también otro cuerpo legal que reconoce a la justicia indígena y es el Código Orgánico de la Función Judicial (2009) que en su artículo 7 determina que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Además, la actuación y decisiones de los jueces, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios (Art. 344):

- a) **Diversidad.-** Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas.

- b) **Igualdad.-** La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas.
- c) **Non bis in idem.-** Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional.
- d) **Pro jurisdicción indígena.-** En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible.
- e) **Interpretación intercultural.-** En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio.

El Consejo de la Judicatura (Art. 346), por su parte, establecerá mecanismos eficientes de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria y capacitará a los servidores de la Función Judicial que deban realizar actuaciones en el ámbito de su competencia en territorios donde existe predominio de personas indígenas.

Además de esta normativa ya vigente, se han presentado proyectos de ley relacionados a la justicia indígena y a formas de cooperación de esta con la justicia ordinaria, como el Proyecto de Ley Orgánica de ejercicio y aplicación de los Derechos Colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y

montubios del Ecuador. (2009). Pero el que más ha destacado sin duda, es del que a continuación se resaltan sus artículos más sobresalientes:

a. Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Jurisdicción Ordinaria. (2010).

Este proyecto de la ley fue remitido por la asambleísta Lourdes Tibán en el año 2010 y ya fue aprobado para último debate. Algunos de sus artículos más sobresalientes son los siguientes:

Art. 1.- Objetivo de la ley.- La presente ley tiene por objetivo determinar las formas de coordinación y cooperación, dentro del marco del mutuo respeto y la interculturalidad, las funciones de administrar justicia a cargo de los órganos de la función judicial con las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas...

Art. 2.- Para efectos de la coordinación y cooperación establecidas en esta Ley, se considerarán que los dos sistemas jurídicos son diferentes en su origen, normas y procedimientos, pero comunes en los fines, que es el de mantener el orden y la conducta social dentro de un determinado territorio...

Art. 20.- Las decisiones de las autoridades indígenas emitidas dentro de sus funciones jurisdiccionales, serán respetadas por las instituciones y

autoridades públicas y privadas, y tendrán la misma fuerza obligatoria que los actos jurídicos adoptados por los órganos de la Función Judicial. Por consiguiente, no podrán volver a ser juzgados ni revisados por ningún otro órgano o institución del Estado, y el acto jurídico emitido por la autoridad indígena será cosa juzgada.

Art. 24.- De la Coordinación y Cooperación.- Las autoridades indígenas podrán solicitar la colaboración y cooperación de las autoridades judiciales, fiscales, policiales y administrativas del Estado, que sean competentes y estimen necesarias para obtener el cumplimiento y la plena ejecución de sus decisiones. Estas autoridades deberán prestarle la colaboración o auxilio solicitado de manera inmediata y oportuna...

Art.33.- Control de Constitucionalidad.- El que o las que, con la resolución expedida por la autoridad indígena, se sientan afectados en sus derechos fundamentales, o se verifique la violación de los derechos humanos de las partes en conflicto, harán uso del recurso de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, establecido en la Constitución de la República.

En el ámbito internacional también existen varios cuerpos legales que defienden los derechos indígenas, entre ellos encontramos a los siguientes:

b. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Este Pacto en su preámbulo reconoce que con arreglo a la "Declaración Universal de Derechos Humanos", no puede realizarse el ideal del ser humano libre a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales.

Luego establece que todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. (Art. 1). Además, que en los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se les negará el derecho a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma. (Art. 27).

c. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Las Nacionalidades y los Pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes. (1998).

Artículo 8

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los

derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

Artículo 9

1. En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

Si bien el Convenio 169 de la OIT de 1998 es uno de los más reconocidos en cuanto a reconocimiento de la jurisdicción indígena, por tomar en cuenta puntos como los de la interculturalidad, costumbre y tradiciones ancestrales, autonomía en la organización, etc.; tampoco ha quedado exento de críticas, en especial por lo que se señala en el numeral 2 del artículo 8 y en el numeral 1 del artículo 9, ya que estos aprueban el sometimiento de la justicia indígena al ordenamiento jurídico nacional y a los derechos humanos reconocidos internacionalmente, de los cuales ya se ha dicho y se profundizará más adelante, son concepciones de corte occidental.

Como se puede observar, al menos en los últimos años ha existido un gran desarrollo normativo en beneficio del reconocimiento de la justicia indígena; sin embargo, una vez más el sistema nacional se ha quedado rezagado sin actuar como se lo espera ante el actual desenvolvimiento social y jurídico.

En este punto parece también conveniente mencionar que en el caso ecuatoriano contamos con jurisprudencia que reconoce las actuaciones de la administración de justicia indígena.¹⁶ A pesar de que esta jurisprudencia no es demasiado variada o amplia, supone al menos un paso ante la igualdad que se busca entre sistemas. Así, la resolución No. 924-2009 reza lo siguiente:

¹⁶ Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Resolución No.: 924-2009. (Jueces Luis Abarca Galeas, Máximo Ortega Ordóñez, y Conjuez Luis Quiroz Erazo). Diciembre 16 de 2009.
Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Resolución No.: 393-2009. (Jueces Abarca Luis, Rosero Raúl y Ortega Máximo). Mayo 8 de 2009.
Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Resolución No.: 248-2010. (Jueces Luis Abarca Galeas, Luis Quiroz Erazo y Conjuez Enrique Pacheco Jaramillo). Abril 22 de 2010.

En relación a la consideración de que el caso corresponde dirimirse en la Jurisdicción Indígena, en función de pertenecer las partes, en particular el querellado, quien se halla sumido en una extrema pobreza, a una Comunidad Indígena, es menester consignar que es criterio reiterado de este Alto Tribunal, en referencia a la vigencia del Derecho Indígena, concebido como un derecho colectivo de los pueblos, comunidades o nacionalidades Indígenas y Tribales, el reconocer plenamente la aplicación de las normas y de los procedimientos propios, en ejercicio de la jurisdicción indígena para resolver un problema interno (Justicia Indígena) de estas colectividades, de acuerdo a sus costumbres ancestrales, los cuales como se ha sostenido en otros fallos, se hallan en efecto debidamente garantizados por el marco jurídico vigente...

En este punto, lo importante es que en el país se cree jurisprudencia innovadora y aclaradora, como ya lo ha hecho la Corte Constitucional de Colombia que cuenta con numerosos fallos motivados y bien razonados, tanto así que se han constituido en el pilar fundamental de la aplicación de la justicia indígena y de sus relaciones con la justicia ordinaria.

III. CONCILIACIÓN DE LA PENA ENTRE EL SISTEMA INDÍGENA Y ORDINARIO

3.1 VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS.

“Los derechos humanos se pueden definir como un conjunto de derechos básicos o mínimos que le pertenecen a todo ser humano por su condición de tal. Son inherentes a la persona, es decir no pueden ser transferidos... ni se puede renunciar a ellos.” (Córdor, 2009, pág. 18).

Estos han ido evolucionando de tal forma que se han constituido: derechos de primera generación, que son los derechos civiles y políticos relacionados a la libertad e igualdad; derechos de segunda generación, que son los derechos económicos, culturales y sociales; y finalmente los derechos de tercera generación que básicamente se relacionan a los derechos del medio ambiente y la paz. (Durand, 2005).

Antes de proceder al análisis sobre los derechos humanos en la justicia ordinaria y en la justicia indígena, es necesario repasar algunas diferencias claras entre estos dos sistemas, para lo cual Carlos Ariel Ruiz (2003) establece algunas pautas:

- Justicia indígena: Su punto central es la comunidad.
Justicia ordinaria: Su punto central es el individuo.
- Justicia indígena: Sus procedimientos por lo general se originaron de mitos o son de orden religioso.
Justicia ordinaria: Sus procedimientos se han creado a partir de razonamientos lógicos.
- Justicia indígena: La justicia indígena es parte de un todo, es decir, incide la educación, la economía, etc.
Justicia ordinaria: Es un sistema especializado nacido a partir del concepto de democracia.
- Justicia indígena: El cumplimiento de las normas comunitarias no solo es una cuestión de obediencia o temor, sino principalmente de respeto por la comunidad y su armonía.
Justicia ordinaria: Se basa en el temor y la represión por parte de órganos estatales coercitivos.
- Justicia indígena: La proporcionalidad de las sanciones depende de cada caso particular, tomando en cuanto a los sujetos y a las circunstancias o razones del hecho, por tanto puede variar entre casos similares.
Justicia ordinaria: La proporcionalidad está dada por la ley y es exigida por la misma.

Una vez establecidas estas diferencias, resultará más cómodo comprender las distintas ideológicas entre ambos sistemas de justicia, y no solo entre estos dos sistemas, sino principalmente, entender las diferencias en la concepción de la vida que tienen estos pueblos, razón por la que no sería concebible y menos aún correcto juzgar sus actuaciones basándose solamente en la concepción o el ideal occidental de Derechos Humanos.

Existen “tensiones que se producen entre el constitucionalismo, que atribuye a los individuos unos derechos fundamentales que tienen «pretensión de validez universal», y las demás concepciones o «cosmovisiones» que en cambio niegan que tales derechos sean el presupuesto ineludible de la convivencia.” (Ahumada et al, 2008, pág. 6).

Ambos sistemas de justicia han recibido críticas en cuanto a su actuar o a sus omisiones, según sea el caso. En el caso de la justicia indígena, se ha criticado por parte de la sociedad mestiza, que se aplican penas inhumanas y degradantes, no útiles en la sociedad del siglo XXI que se piensa más civilizada. Por el lado de la justicia ordinaria se establece que...

De manera general, la concepción positivista predominante en los cursos de derecho reduce el fenómeno jurídico a un contenido meramente legalista y formal, lo que ha sacrificado mucho las ideas de justicia, equidad, igualdad, transformándose en un culto a la ley que, en unión con la creencia de la neutralidad del sistema judicial, provocó el alejamiento de este poder en las sociedades, confiriéndole una indiferencia en relación con los conflictos y su falta de compromiso con las injusticias sociales. (Stefanes, 2006, pág. 208).

Es decir, que actualmente los ciudadanos sometidos al sistema de justicia ordinaria se sienten alejados de la misma, no se encuentran identificados con este sistema, al cual también se considera injusto, ineficaz e ineficiente.

Pero ¿qué es lo que hace que ambos sistemas tengan concepciones de la vida y por tanto de los derechos tan diferentes? Por un lado...

...los supuestos epistemológicos del pensamiento occidental... parten de la idea de la existencia del “Ser” “Uno” inmutable, indivisible, perfecto, único, creador... de todas las cosas... Para los pueblos indígenas andinos por su parte la existencia es producto de la interrelación de dos entidades... por lo que la relación entre dos entes diferentes se da por

el diálogo, el consenso que genera relaciones equitativas... diferente(s) a la idea del Uno, que no acepta al otro o lo domina. (Lema, 2007, pág. 48).

Es decir, que mientras para el pensamiento occidental el individuo es lo más importante y al que por tanto se debe proteger con derechos y sus respectivas garantías, para la visión indígena el individuo incluso puede ceder ante la idea de lo colectivo, pues para ellos lo que en verdad cuenta es la armonía grupal, el beneficio de todos como grupo, como un ser conjunto.

Usualmente se establece, y la Constitución ecuatoriana actual no es la excepción, que la justicia indígena se puede seguir aplicando de acuerdo a su costumbre, con sus propias autoridades y aplicando las sanciones que creyeren pertinentes, siempre que no violen los derechos humanos. Pero con esta disposición se deja atrás la concepción distinta que tienen estos pueblos sobre los mismos, por lo cual, el forzarles a someterse a una concepción occidental de la vida sería convertir al reconocimiento de la justicia indígena en una mera teoría política sin práctica real.

Existe entonces “una doble contradicción: se reconoce su existencia (de la justicia indígena), su función de administrar justicia, pero no los métodos utilizados para hacerlo.” (García et al, 2008, pág. 37).

Ante esta situación, lo ideal sería que se reconozcan las diferencias culturales y en especial las de administrar justicia, pues si se afirma que el Ecuador u otros países son una sociedad plural y más aún ya se ha reconocido el pluralismo jurídico constitucionalmente, se

deben fijar pautas de tipo igualitario en los dos sistemas de justicia para que ninguno se vea subordinado ante la ideología del otro.

Para Carlos Poveda el hecho de que aún no se pueda ver como iguales a la justicia indígena y a la justicia ordinaria tiene que ver entre otras cosas con que se minimiza a los indígenas y por ello dice que...

...no se debe minimizar el sistema jurídico originario porque a veces tendemos a hacerlo, y como en una ocasión el indio no tenía alma y hasta las haciendas se vendía con indio y todo, pues ahora el reconocimiento sería dar derecho a los indios, cuando definitivamente son sujetos de derecho, son ciudadanos ecuatorianos... (C. Poveda, comunicación personal, 24 de agosto de 2012).¹⁷

Por ejemplo, en los Códigos Penales de Colombia de 1936 y 1980...

...la consagración de la inimputabilidad..., consideró a los indígenas como sujetos destinatarios de dicha institución, asemejando la conducta de los miembros de estas comunidades a la del *inmaduro psicológico* o *transtornado mental*, expresando con ello una vez más el desprecio por estos grupos étnicos y el desconocimientos de sistemas jurídicos diferentes al nacional. (Becerra, 2006, pág. 220).

Si bien es cierto que la realidad actual es diferente, es innegable que aún persisten rasgos reduccionistas en contra de los indígenas y su cultura, los mismos que deberían ser eliminados del pensamiento mestizo si se quiere llegar a un real respeto de estos pueblos y sus prácticas.

¹⁷ La entrevista consta de Anexo 1.

La crítica más grande que se ha hecho a quienes a su vez están en contra de la justicia indígena, es que se basan en leyes y tratados internacionales de corte occidental.

Estas críticas parten de la afirmación de que la Declaración (de Derechos Humanos) fue redactada por el grupo de países vencedores en la Segunda Guerra Mundial y sus aliados, quienes impusieron en el texto su punto de vista sobre los derechos y sus formas de protección. Esto en términos concretos implicó... utilizar a la sociedad occidental, su cultura, estructura política y social como modelo ideal con alcance universal. (Simon, 2007, pág. 9).

Es decir que lo que se critica es el escaso o inexistente respeto a la pluralidad en contradicción con los principios morales establecidos por la misma Declaración, por los cuales se debe respeto a todo tipo de manifestación cultural del individuo. Asimismo, se critica la homogeneidad que se busca de la sociedad en perjuicio de las diferencias, con la que las minorías étnicas quedan relegadas por un lado o por el otro, obligadas a insertarse en el marco unitario que les ha sido propuesto.

“En 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos "como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse", a fin de que se logre el respeto de los derechos y libertades consagrados por ésta y "su reconocimiento y aplicación universales y efectivos".” (Ruiz, s/f). Esto afirmara el deseo de implantar la visión occidental de derechos humanos universalmente sin considerar la amplia variedad cultural existente.

Ante esta discusión cultural de derechos humanos, la Corte Constitucional de Colombia al mismo tiempo que reconoce la autonomía en la aplicación de la justicia indígena,

también establece mínimos que deben ser respetados¹⁸ y que se basan en los artículos 3, 4 y 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) referentes al derecho a la vida, a la prohibición de la tortura y de la esclavitud.¹⁹

Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos...²⁰

Según lo anotado, habrá quienes opinen que la prohibición del derecho a la tortura supondría el fin de las prácticas de justicia indígena, al menos de aquellas que tengan que ver con castigos corporales, lo que no necesariamente es así, ya que la misma Corte Constitucional de Colombia tiene una opinión generalizada sobre estas practicas, la cual es, que no constituyen tortura.

Por ejemplo, respecto de la flagelación o fueite se pronuncia de la siguiente manera:

El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna... Aunque indudablemente produce aflicción, su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo. Es pues, una figura simbólica o, en otras palabras, un ritual que utiliza la comunidad para sancionar al individuo y devolver la armonía.

En este caso, y al margen de su significado simbólico, la Corte estima que el sufrimiento que esta pena podría causar al actor, no reviste los niveles de gravedad requeridos para que

¹⁸ Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-349. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Agosto 8 de 1996. Colombia.

¹⁹ La Constitución de la República del Ecuador (2008) también incluye a estos derechos en el artículo 66 que reza: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: c) La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes.”

²⁰ Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-349. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Agosto 8 de 1996. Colombia.

pueda considerarse como tortura, pues el daño corporal que produce es mínimo. Tampoco podría considerarse como una pena degradante que “humille al individuo groseramente delante de otro o en su mismo fuero interno”, porque de acuerdo con los elementos del caso, esta es una práctica que se utiliza normalmente entre los paeces y cuyo fin no es exponer al individuo al “escarmiento” público, sino buscar que recupere su lugar en la comunidad. Al respecto, es significativo el hecho de que ninguno de los condenados, ni siquiera el propio demandante, cuestionara esta sanción.²¹

La realidad como aparece obvia es que Colombia definitivamente se ha constituido en un líder regional en cuanto al reconocimiento de tipo igualitario de la justicia indígena, pues ha entendido que las prácticas de este tipo de justicia no se realizan con un ánimo de perjudicar física, psicológica o emocionalmente al individuo, sino con la intención de sanarlo, por lo que dichas prácticas no se realizan de una forma barbárica sin ningún tipo de control.

“Los derechos culturales tienen una innegable dimensión colectiva que no está presente en todos los derechos humanos y sin la cual resultan ininteligibles.” (Flores, 2004, pág. 77).

Bien hace la Corte Constitucional de Colombia al afirmar:

Frente a esta disparidad de visiones, ¿es dable privilegiar la visión mayoritaria?. La Corte ya ha respondido este interrogante: No, porque en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto. Las únicas restricciones serían, como ya lo expuso la Sala, el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura... Al respecto, la Corte Europea de Derechos Humanos, en diferentes decisiones ha establecido que no todas las penas corporales constituyen tortura y que para que adquieran tal entidad los sufrimientos producidos deben ser graves y crueles. La intensidad, entonces, deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio-político en el que se practica. Estos criterios, también son

²¹ Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-523/97. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Octubre 15 de 1997.

relevantes para determinar, una vez descartada la tortura, si se trata de un comportamiento inhumano o degradante.²²

Sin embargo, tampoco se pueden cerrar los ojos a la realidad y es inevitable reconocer que las autoridades indígenas también pueden cometer excesos, ya que ningún sistema es perfecto o totalmente estable. Así, estos excesos pueden terminar en procesos penales en contra de las autoridades penales, por lo que las mismas siempre deben tener cuidado y actuar en base a lo permitido o establecido por sus costumbres y a los mínimos ya detallados.

En cambio por el lado de la justicia ordinaria, como ya se ha mencionado previamente, no existe una identificación por parte de la sociedad con la misma ante la falta de resultados positivos, pero cuando se habla de derechos humanos en particular, la sociedad tiende a legitimar las prácticas de este tipo de justicia por el simple hecho de que proviene del Estado. Pero es necesario preguntarse, ¿en realidad la justicia ordinaria es una protectora de los derechos humanos?

Para Carlos Poveda la respuesta es clara, y a pesar de que resalta que ningún sistema es perfecto, afirma...

...una institucionalidad denominada justicia ordinaria es más aberrante que ver a una persona que está cargando piedras, que está siendo bañada en agua fría y ortigada,... cuando se habla de que la justicia indígena es inhumana, es cruel, es degradante, primero veamos lo que tenemos y que respuesta damos (justicia ordinaria), eso lo ha dicho Zaffaroni en la presentación del Código Penal boliviano, y dice que si no podemos dar solución a nuestros mismos problemas, no nos metamos en jurisdicción indígena que ellos sabrán como los resuelven. (C. Poveda, comunicación personal, 24 de agosto de 2012).²³

²² Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-523/97. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Octubre 15 de 1997.

²³ La entrevista consta de Anexo 1.

Jorge Paladines comparte este pensamiento y sostiene que “aquí todos fingimos demencia cuando encerramos a una persona en un centro de rehabilitación social, eso también es tortura y es tortura sistemática, generalizada y sobretodo legitimada social y estatalmente...” (J. Paladines, comunicación personal, 28 de agosto de 2012).²⁴

Por lo anotado se debe entender que no podemos juzgar a otras culturas superficialmente sin entender lo que en realidad conllevan sus prácticas y más aún si el sistema de justicia al que se defiende también se encuentra de fallas y no cumple con los fines que se ha propuesto, y lo que es peor, en el camino viola varios derechos humanos y fundamentales considerados básicos.

Así, el hacinamiento en las cárceles y penitenciarias, la falta de salubridad, de servicios básicos y el aislamiento también constituyen tortura, pues degradan a las personas a un nivel inhumano en el que ningún tipo de rehabilitación es posible. Estos lugares no se han convertido más que en un centro infeccioso, en los que la delincuencia reina y en donde se aprenden más y mejores formas de delinquir, en donde quienes han cometido un delito menor se encuentran mezclados con quienes han cometido crímenes atroces.

Ante este panorama la justicia ordinaria debería estar más preocupada en solucionar sus propios problemas en lugar de criticar y tratar de deslegitimar a otros sistemas de justicia que se han mostrado más eficientes a la hora de cumplir con los fines u objetivos que se han propuesto.

²⁴ La entrevista consta de Anexo 2.

Por ello lo más factible sería llegar a consensos entre quienes defienden la visión estatal y quienes tienen cosmovisiones diferentes de lo que se consideran derechos humanos. Es decir, además de respetar los ideales diferentes de estos pueblos, se deberían establecer mínimos a la protección de derechos, de los cuales algunos serán declarados intocables.

Asimismo si se quiere llevar a cabo un examen o estudio sobre derechos humanos en la justicia indígena, lo justo sería que se lo haga en vista de estudios sociológicos y antropológicos que puedan aclarar el panorama cultural de cada pueblo o comunidad indígena, puesto que, como ya se señaló, no todas son homogéneas.

3.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LOS SISTEMAS.

3.2.1 Titulares del Ius Puniendi

Los titulares del Ius Puniendi son quienes tienen la potestad de establecer los delitos, las penas y además de ejecutarlas. En el Derecho Penal actual, el Estado es el único titular del ius puniendi, ya que se ha reservado la facultad de expedir leyes y hacerlas cumplir. (Albán, 2007).

A pesar de que el *ius puniendi* también se puede ejercer a través de la función legislativa, en cuestiones prácticas de Derecho Penal, son los jueces y tribunales de Garantías

Penales los encargados de aplicar esta potestad estatal, mediante la jurisdicción y competencia que les son otorgadas por ley.

Ya que no es objetivo de este trabajo determinar la jurisdicción y competencia en ninguno de los dos sistemas, pues ello comprendería un trabajo de investigación diferente y más profundizada, solo se mencionarán someramente aspectos generales en cuanto este tema.

En cuanto a la Constitución de la República (2008), esta manifiesta:

Art. 167.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.

Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:

1. La Corte Nacional de Justicia.
2. Las cortes provinciales de justicia.
3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
4. Los juzgados de paz.

La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial.

La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.

Es decir, que los órganos previamente anotados son aquellos que pueden ejercer funciones jurisdiccionales, ¿pero qué es la Jurisdicción? La jurisdicción nace de la Constitución y la ley y “consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado...

que se ejerce según las reglas de la competencia.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 150).

En cambio la competencia “es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 156).

Es así que en razón de la materia existe la competencia de los jueces de garantías penitenciarias quienes tendrán...

... “como función principal el brindar amparo legal a los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios, a cuyo efecto visitarán los establecimientos penitenciarios cada mes y oirán las solicitudes, reclamos o quejas que les presente las internas o los internos o las funcionarias o funcionarios o empleadas o empleados.” (Código Orgánico de la Función Judicial, 2009, Art. 230).

Sin embargo, eso es aplicable en el caso de la justicia ordinaria, pues cuando se trata de justicia indígena quienes tienen la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado no son jueces ni tribunales, sino las autoridades comunitarias a las que los pobladores indígenas les hubieran conferido legitimidad de acuerdo a sus costumbres.

Ahora es necesario determinar quiénes son autoridad para los pueblos y comunidades indígenas. En el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria (2010), se establece:

...la autoridad indígena competente será el Cabildo, Directorio, Consejo de Gobierno y la Asamblea General respectiva que para el caso disponga el derecho propio y que así le reconozca su colectividad,... serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; sólo estarán sometidos a lo establecido en la Constitución y en esta Ley. (Arts. 7-8).

Sin embargo, cuando se habla de administración de justicia, estas autoridades no actúan necesariamente en todos los casos. Por ejemplo, en el caso de discusiones o conflictos intrafamiliares la primera autoridad es el padre o un anciano de la familia, cuyas decisiones son muy respetadas. En casos que revisten mayor conflictividad se encuentra la figura del cabildo, representado por las autoridades de la comunidad, quienes colectivamente imparten justicia. En cambio, cuando se trata del cometimiento de un delito de extrema gravedad, quien tiene que impartir justicia es la asamblea general, como órgano máximo de la comunidad. (Hernández, 2011).

Ahora en lo referente a la costumbre, la autoridad indígena es una persona respetada y conocida por sus buenas actuaciones éticas y morales, es la guía de la comunidad y por lo mismo la legitimada para solucionar los conflictos y traer la armonía de vuelta a la comunidad.

La jurisdicción de estas autoridades se refiere al poder de determinar sus propias normas, procedimientos y autoridades, para ejercerlas a través de la administración de justicia, de acuerdo a sus competencias.

Existe la creencia generalizada de que a las autoridades indígenas solo se les debe facultar para conocer delitos menores, pues otros que supongan mayor conflictividad deben ser conocidos y sancionados por la justicia estatal. Esta es una creencia que definitivamente minimiza a la justicia indígena así como a su capacidad para resolver conflictos de gravedad. A pesar de esto, en este sistema de justicia no hay distinción de competencia; es decir, se conocen todos los casos por las mismas autoridades sin tomar en cuenta la materia, las personas o la gravedad del llauqui.

El Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria (2010) determina a la jurisdicción indígena y su competencia de la siguiente manera:

Art. 12.- Los conflictos de competencia que surgen entre las distintas formas de la autoridad indígena y la autoridad de la jurisdicción ordinaria, serán resueltos por la Corte Constitucional,... y en caso de duda, el conflicto se resolverá a favor de la autoridad indígena...

Art. 17.- Infracciones de no indígenas.- Las infracciones que fueren cometidas por no indígenas en perjuicio de indígenas en territorios indígenas, se resolverá de la siguiente manera:

1. El no indígena que tenga domicilio, residencia, negocio, industria o alguna actividad que vincule con el quehacer de la colectividad indígena, y en caso de conflictos, se sujetarán a la jurisdicción de las autoridades indígenas.

2. El no indígena que no tenga su domicilio, residencia, negocio, industria en el territorio de la colectividad indígena será juzgado por la autoridad indígena. El accionado podrá hacer uso de su legítimo derecho de defensa y usar su idioma materno en su defensa.

Si el no indígena no acata o no cumple la resolución de la autoridad indígena, será expulsado de ella...

3. Si el no indígena, estuviere ocasional o temporalmente en la comunidad indígena, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar, pagara la indemnización patrimonial que acuerde con él o los perjudicados o la que fije la autoridad indígena.

Art.18.- Conflictos fuera de la Colectividad.- Los conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas, fuera del territorio indígena, serán conocidos por la justicia ordinaria...

Este proyecto de ley ya trae algunas opciones de soluciones para cuando se presenten conflictos de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia indígena; sin embargo cabe mencionar, que este es un tema aún no agotado, pues no se han establecido leyes que solucionen estas dudas y tampoco existen soluciones dadas a través de resoluciones jurisprudenciales. De todos modos, lo importante es conocer que las autoridades indígenas tienen funciones jurisdiccionales, de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, que deben ser respetadas en casos de conflictos internos.

3.2.2 Sujetos pasivos de las penas.

Los destinatarios de las penas son quienes hubieran incurrido en un delito o una infracción, independientemente bajo cuál sistema de justicia se quiera cobijar. Claro que será obligación de cada sistema de justicia el determinar a quienes se consideran indicados o idóneos para recibir el castigo de una pena.

Ahora, es pertinente mencionar algo adicional, aún existe una discusión sobre quienes son destinatarios no solo de la pena, sino del Derecho Penal. Existen dos posiciones: La una que afirma que el Derecho Penal obliga a la sociedad en general, con prohibiciones expresas de la ley. En cambio, del otro lado, se afirma que el Derecho Penal no está dirigido a toda la sociedad sino a los administradores de justicia, pues la ley no está escrita como un mandato, sino como una hipótesis que establece que si llegara a suceder una determinada acción u

omisión, la autoridad deberá actuar de una específica manera. Por tanto, la ley no está obligando a la sociedad sino a la autoridad. (Albán, 2007).

Volviendo al tema principal, el sujeto pasivo de la pena es aquel que, en la justicia ordinaria, haya sido procesado como autor, cómplice o encubridor y haya sido sentenciado con alguna de dichas calidades, así lo establece el artículo 41 del Código Penal (1971).

Son **autores:** (Art. 42)

- Los que han perpetrado la infracción, sea de una manera directa e inmediata, sea aconsejando o instigando a otro para que la cometa, cuando el consejo ha determinado la perpetración del delito.
- Los que han impedido o procurado impedir que se evite su ejecución.
- Los que han determinado la perpetración del delito y efectuándolo valiéndose de otras personas, imputables o no imputables, mediante precio, dádiva, promesa, orden o cualquier otro medio fraudulento y directo.
- Los que han coadyuvado a la ejecución, de un modo principal, practicando deliberada e intencionalmente algún acto sin el que no habría podido perpetrarse la infracción.
- Los que, por violencia física, abuso de autoridad, amenaza u otro medio coercitivo, obligan a otro a cometer el acto punible, aunque no pueda calificarse como irresistible la fuerza empleada con dicho fin.

Son **cómplices** (Art. 43) los que indirecta y secundariamente cooperan a la ejecución del acto punible, por medio de actos anteriores, o simultáneos.

Si de las circunstancias particulares de la causa resultare que el acusado de complicidad quiso cooperar en un acto menos grave que el cometido por el autor, la pena será aplicada al cómplice solamente en razón del acto que pretendió ejecutar.

Son **encubridores**: (Art. 44)

- Los que, conociendo la conducta delictuosa de los malhechores, les suministran, habitualmente, alojamiento, escondite, o lugar de reunión.
- Les proporcionan los medios para que se aprovechen de los efectos del delito cometido.
- Los favorecen, ocultando los instrumentos o pruebas materiales de la infracción, o inutilizando las señales o huellas del delito, para evitar su represión.
- Los que, estando obligados por razón de su profesión, empleo, arte u oficio, a practicar el examen de las señales o huellas del delito, o el esclarecimiento del acto punible, oculten o alteren la verdad, con propósito de favorecer al delincuente.

Además solamente se puede considerar sujeto pasivo a quien ha cometido un delito previamente tipificado, con voluntad y conciencia. Por lo que se considera inimputables a quien por enfermedad, estaban en tal estado mental, que se hallaban imposibilitados de entender o de querer el acto u omisión delictuosa. (Código Penal, 1971, Art. 34)

Los casos de embriaguez o de intoxicación por sustancias estupefacientes son casos especiales que también se contemplan en la Ley Orgánica de Transporte Terrestre Tránsito y Seguridad Vial y en la Ley de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas.

En el caso de que un sordomudo cometiere un delito, no será reprimido si constare plenamente que ha obrado sin conciencia y voluntad, pero si constare que ha obrado con ellas, se le aplicará una pena que no exceda de la mitad ni baje de la cuarta parte de la establecida para el delito. (Art. 39 *ibídem*).

Asimismo, las personas que no hayan cumplido los 18 años de edad, estarán sujetas al Código de la Niñez y Adolescencia. (Art. 40 *ibídem*).

Sin embargo, se puede dar el caso de que el sujeto pasivo de la pena en la justicia ordinaria, por cualquier razón, fuera un indígena. En este caso el juez tiene mayor autonomía para juzgar ciertos elementos necesarios que determinarán el proceder de la autoridad frente a la condición de indígena de esta persona, lo cual obviamente no presupone una discriminación, sino por el contrario sería el reconocimiento de las diferencias culturales.

Estos elementos serían los siguientes:

- La valoración de la condición de indígena de un sujeto.
- El establecimiento del grado de conciencia étnica de un sujeto.
- La valoración del grado de preservación de una cultura indígena.
- La comprensión del sentido cultural de prácticas indígenas aceptadas por sus respectivas culturas, pero proscritas por el sistema nacional... (Ruiz, 2003, pág. 69).

Con respecto a este último caso, la Corte Constitucional de Colombia se ha pronunciado de la siguiente forma:

...las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.²⁵

Para el caso de los sujetos pasivos en la justicia indígena es necesario tomar en cuenta que la jurisdicción que les ha sido otorgada constitucionalmente a las autoridades indígenas, es para conflictos de carácter interno, los cuales en su gran mayoría se dan entre indígenas. Por ello, es necesario preguntarse: ¿una persona mestiza puede someterse a la jurisdicción indígena?

La respuesta a esta pregunta sería que no puede, ya que en primer lugar no pertenece a dicha comunidad, no se considera indígena y por tanto no tiene la misma cosmovisión cultural, por lo que la aplicación de penas indígenas sobre este individuo no causaría los mismos efectos de expiación y rehabilitación que se busca. Respecto del tema, la Corte Constitucional colombiana se ha pronunciado de la siguiente manera:

²⁵ Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-496/96. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Septiembre 26 de 1996. Colombia.

Se nace indígena y se pertenece a una cultura, que se conserva o está en proceso de recuperación. La pertenencia a una comunidad indígena no surge de un acto espontáneo de la voluntad de dos o más personas. La conciencia de una identidad indígena o tribal es un criterio fundamental para la determinación de cuándo se está ante una comunidad indígena, de suerte que la mera intención de asociarse no genera este tipo de colectividad.²⁶

Sin embargo, no siempre es fácil determinar quién es en realidad indígena debido a las grandes influencias externas que estos pueblos han recibido, así como a las progresivas migraciones a la ciudad. Por ello no existe un criterio homogéneo como el idioma, el territorio o la cultura; sino que es la autoidentificación el fundamento principal para determinar quienes son indígenas. (Cóndor, 2009).

Entonces será este último punto el fundamental para decidir a quién se le puede considerar como sujeto pasivo de la pena en la justicia indígena, por lo que es necesario mencionar que algunos de los elementos que se deben estudiar para determinar si existe o no real autoidentificación, no son solo las características físicas, sino otros elementos como la pertenencia y el compromiso con la comunidad, la práctica de las costumbres comunitarias y la concepción que tenga sobre la cosmovisión indígena.

3.2.3 Debido Proceso.

Para tratar el tema del debido proceso hay que conocer algunas diferencias procedimentales importantes entre el sistema de justicia ordinario y el indígena, pues mientras

²⁶ Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-254. (Jueces Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y José Gregorio Hernández). Mayo 30 de 1994. Colombia.

en el primero es una regla general el archivar en documentos escritos todo el proceso, para el segundo esto se constituye solo como una excepción. Es decir, en el caso de la justicia indígena la oralidad es la regla común y solo se redactan actas al momento de tomar las decisiones, y aun así no, esto no es algo que se encuentre en todas la comunidades.

Por otro lado la fuente principal de lo que se considera delito así como de las penas y su forma de aplicación, es la costumbre en el caso indígena; en cambio para la justicia ordinaria la Constitución y la ley penal son las normas básicas que rigen este sistema.

Es importante conocer lo descrito puesto que el debido proceso se basará en dichas premisas; así pues, para la justicia indígena el debido proceso es fijado por la costumbre de cada comunidad indígena, la cual ha ido estableciendo en el transcurrir del tiempo los procedimientos y formas que se consideran adecuados para resolver cierto tipo de conflictos, lo cual que a su vez puede llevar dos variaciones.

Por una lado la de evolución social, por la cual aquello predeterminado por la comunidad como adecuado puede variar, ya sea porque se han definido nuevas formas aceptadas por el conjunto social o porque debido a la influencia externa se han insertado nuevos modos; la segunda variación se da de acuerdo a cada caso en particular, ya que aunque en la administración de justicia indígena existen procedimientos a los que se los relaciona con ciertos delitos en particular, esto no supone la obligación de actuar de igual manera para todos los casos que tengan similitud, pues las autoridades indígenas revisan cuidadosamente no solo al hecho delictivo sino a las circunstancias familiares, sociales, económicas y emocionales del sujeto, lo que puede conllevar a que, de existir delito, la sanción varíe.

Lo anteriormente señalado no supone la no existencia de seguridad jurídica, pues esta “se alcanza dentro de grupos muy poco numerosos en los que cada uno conoce perfectamente el ámbito de lo prohibido y la consecuencia que acarrea infringir la norma.” (Ahumada, 2008, pág. 187-188).

En definitiva, el debido proceso en la justicia indígena recae, por una parte, en la obligación de la autoridad de aplicar los procedimientos establecidos por la costumbre, y por el otro lado, el derecho que tienen los indígenas que han sido acusados, de exigir que se cumplan estos procedimientos ancestrales. (Salgado, 2002).

Jorge Paladines afirma que para entender como debido proceso a los procedimientos menos complicados de la justicia indígena, es necesario...

...romper muchos mitos y esquemas que los operadores de justicia occidental tenemos en la cabeza, por ejemplo el esquema de creer que todo lo que tiene que ver con debido proceso debe necesariamente recibir la presencia de un abogado defensor, reunir los rituales de un juez natural, reunir los rituales jurídico-occidentales de los plazos razonables, etc. Y uno de ellos también es el esquema de la privación de la libertad, que yo sepa no existe la cárcel hacinante, podrida, descompuesta y corrupta que tenemos en la justicia ordinaria, en las formas de resolución de conflictos de la justicia indígena. (J. Paladines, comunicación personal, 27 de agosto de 2012).²⁷

En cambio el panorama del debido proceso en la justicia ordinaria es diferente, pues está lleno de garantías que pretenden limitar el poder del Estado, a la vez que protegen a los derechos del sujeto.

²⁷ La entrevista consta de Anexo 2.

Por ejemplo, la misma Declaración de los Derechos Humanos (1948), establece varias garantías del debido proceso, como la que nadie podrá ser arbitrariamente detenido o preso, que toda persona tiene derecho a ser oída públicamente con igualdad y justicia, a ser juzgada por un tribunal imparcial e independiente, a tener garantías de defensa, etc. (Arts. 9-10-11).

La Constitución de la República (2008), determina más detalladamente cuales son las garantías básicas del debido proceso, de las cuales algunas de las más importantes son (Arts. 76-77): La presunción de inocencia de toda persona; nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley; sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento; en caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (*In dubio pro reo*); proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones; y derecho a la defensa que incluirá las siguientes garantías:

- a.** Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b.** Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c.** Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- d.** Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley.
Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

- e. Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.²⁸
- f. Ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g. Ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensor público con quien no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada.²⁹

El defensor público se encargará del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor y deberá intervenir hasta la finalización del proceso, sin perjuicio del derecho del procesado a sustituirlo por un defensor privado.³⁰

- h. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

²⁸ En concordancia con el artículo 71 del Código de Procedimiento Penal.

²⁹ En concordancia con el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal (2000). “Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el procesado conozca inmediatamente los derechos que la Constitución de la República los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código le reconocen. El procesado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el juez de garantías penales debe designarlo de oficio un Defensor Público, antes de que se produzca su primera declaración. El juez de garantías penales o tribunal de garantías penales pueden autorizar que el procesado se defienda por si mismo. En ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica.”

³⁰ Arts. 74 y 77 del Código de Procedimiento Penal 2000.

- i.** Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto. (*Non bis in ídem*).
- j.** Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k.** Ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l.** Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas.
- m.** Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

Los detallados son las garantías básicas de todo proceso, pero en el caso de procesos penales en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena...
2. Ninguna persona podrá ser admitida en un centro de privación de libertad sin una orden escrita emitida por jueza o juez competente, salvo en caso de delito flagrante.
3. Toda persona, en el momento de la detención, tendrá derecho a conocer en forma clara y en un lenguaje sencillo las razones de su detención, la identidad del juez,

o autoridad que la ordenó, la de quienes la ejecutan y la de las personas responsables del respectivo interrogatorio.

4. En el momento de la detención, el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la asistencia de una abogada o abogado, o defensor público en caso de que no pudiera designarlo por sí mismo, y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique.
5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.
6. Nadie podrá ser incomunicado.
7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:³¹
 - a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.
 - b) Acogerse al silencio.
 - c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.
8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género.

³¹ En concordancia con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal.

9. La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión...
10. Sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, la persona detenida recobrará inmediatamente su libertad, aún cuando estuviera pendiente cualquier consulta o recurso.
11. El juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad, las cuales se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.
12. Las personas declaradas culpables y sancionadas con penas de privación de libertad por sentencia condenatoria ejecutoriada, permanecerán en centros de rehabilitación social...
13. Para los adolescentes infractores regirá un sistema de medidas socioeducativas proporcionales a la infracción atribuida. La privación de la libertad será establecida como último recurso...
14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. (*Non reformatio in peius*).

Además se deberán respetar los principios de presunción de inocencia, intermediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos. (Código de Procedimiento Penal, 2000, artículo innumerado después del 5).

Como es fácil concluir de lo anotado, el debido proceso busca la protección de los derechos fundamentales así como de la dignidad del procesado, de las víctimas, de los testigos y de todos quienes participen en el proceso penal. Definitivamente el principio de presunción de inocencia es una de las bases fundamentales de este proceso, pues resultaría peor condenar a un inocente que no castigar a un culpable, por lo que es imprescindible que las autoridades y funcionarios competentes cumplan con todas las reglas de debido proceso para evitar cometer tal error.

Otra consecuencia que se quiere evitar es la revictimización de la víctima del delito, pues el que se cumpla razonadamente con el proceso correcto supone a la vez una protección de los derechos de esta persona, así como un mayor cuidado con los bienes jurídicos que ya le hayan sido violentados.

De la misma forma al suponer el debido proceso un límite para el poder, uno de los objetivos fundamentales es evitar la arbitrariedad, de ahí la importancia de resoluciones o sentencias motivadas, en las que la mera enunciación de las normas no baste sino que se complemente con la pertinencia al caso concreto. Mientras más se limite o restringe un derecho, mayor y mejor ha de ser la motivación. (Jaén, 2004).

Añadido a esto, no basta con la motivación sino que las resoluciones y sentencias además han de ser congruentes, es decir, debe existir concordancia entre los fundamentos y la decisión final, la cual si se trata de la imposición de una pena, debe ser proporcional a la infracción. Además, los fundamentos o motivación han de tomar en cuenta las posiciones de

todas las partes procesales, de ahí el derecho a contradecir las acusaciones así como las pruebas que se presenten en contra de un individuo, para evitar la indefensión

Sin embargo, si una vez expedida la resolución o sentencia un sujeto procesal no estuviere de acuerdo o se sintiere perjudicada por la misma, puede interponer recursos ante tribunales superiores, los cuales en todo caso, no podrán empeorar la situación del procesado.

Una vez que las resoluciones judiciales tengan carácter de firmes, no podrán ser modificadas, sino solamente aclaradas o ampliadas o para rectificar errores materiales, como los de carácter aritmético. (Jaén, 2004). Esto también forma parte de las garantías de la tutela judicial efectiva que busca asegurar los derechos del procesado.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. EL pluralismo jurídico reconocido constitucionalmente requiere de un aprendizaje de sus fundamentos por parte de los operadores de justicia estatal, para que de esta manera puedan aceptar y respetar los derechos de los pueblos indígenas, así como la jurisdicción que les ha sido otorgada para la resolución de conflictos internos de acuerdo a sus costumbres. Por ello, son necesarios procesos educativos que no expliquen solamente el funcionamiento procedimental usado por lo pueblos indígenas, sino que también enseñen el porqué de estos procedimientos, su origen y su cultura. El entendimiento intercultural es el primer paso hacia una real aceptación de culturas ajenas a la mestiza mayoritaria que existe en el Ecuador, pues de esta manera podremos entender no solo sus costumbres ancestrales sino la ideología de corte mágico tras ellas, así como el trasfondo espiritual centrado en la comunidad como el centro de su mundo y la armonía como el fin constante que mantiene el equilibrio.
2. Se deben fijar reglas de competencia para ambos sistemas de justicia, en especial en cuanto al territorio y a las personas, para que en un futuro no existan errores o confusiones en la aplicación, ya sea de la ley, o de la costumbre en su caso. Para ello se deberán tomar en cuenta todos los posibles escenarios de conflictos en los que pudiera haber confusión entre la competencia de estos dos tipos de justicia, lo cual debe ser

decido de manera conjunta por los representantes o autoridades de ambas partes, quien además deberán asegurar el cumplimiento y respeto a lo acordado. Así por ejemplo, resulta lógico que una disputa entre indígenas en territorio indígena sea conocida y resuelta por sus propias autoridades. Sin embargo, será necesario analizar qué autoridad sería la competente si el conflicto se da entre un indígena y un mestizo en una comunidad indígena, o entre los mismos actores pero fuera de la comunidad. De la misma manera, se podría encontrar el caso de que uno o varios mestizos cometieren un delito en una comunidad indígena, entonces deberá analizarse a qué justicia deben someterse o si tendrían posibilidad de elección. Todos estos puntos tienen que ser tratados y resueltos de manera conjunta, pues si bien ya existe una posible solución en el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria, este es de claro tinte indígena, por lo que el mismo debe ser modificado de tal manera que exista equidad.

3. Si es que el reconocimiento del pluralismo jurídico permanece limitado o subordinado al ordenamiento jurídico estatal, entonces este concepto quedará plasmado solamente teóricamente, sin que exista una verdadera convivencia de los dos sistemas de justicia. De ahí la importancia de que el Estado otorgue una igualdad real a ambos sistemas de justicia para que no se den limitaciones a uno por parte del predominante, teniendo como base para hacerlo solamente a sus propios fundamentos teóricos o morales. Por ello, también se afirma la necesidad de que existan modificaciones en la Declaración de Derechos Humanos y demás instrumentos internacionales, en los que se reconozca la interculturalidad del mundo y se incluyan a las minorías étnicas en sus disposiciones, pero cuidándose de caer en el mismo error y volver a formular normas

internacionales sin una consulta previa a estas minorías, para llegar a acuerdos con los pueblos originarios de lo que se puede considerar como universal para no irrespetar su ideología, creencias y costumbres. Debe quedar claro que no se puede forzar a una persona o a una comunidad a enmarcar su conducta ante una cultura que no es la suya, pues ello violaría su derecho a conocer y practicar sus propias costumbres solo por el hecho de que hay una mayoría con un pensamiento diferente.

4. Si se quiere llegar a un verdadero pluralismo jurídico de carácter fuerte, entonces no se deben hacer cambios solo en el ámbito jurídico, sino que también se deben tomar en cuenta a los aspectos económicos, políticos, culturales y sociales; pues se creará toda una nueva gama de relaciones entre las comunidades indígenas, la población mestiza y el Estado. Es decir, que se debe pretender llegar a una verdadera unificación entre los diferentes sistemas de justicia, mediante políticas de integración que incluyan como parte del quehacer nacional a las diferentes culturas existentes en el país, las que también merecen reconocimiento por parte de la generalidad ecuatoriana.
5. El hecho de que cada vez y con más frecuencia aparezcan sistemas de justicia diferentes al estatal, se entiende desde el clamor de la población por un sistema más eficiente, oportuno y justo. El reto hoy en día de la justicia estatal es encontrar medios más efectivos para cumplir con las expectativas de justicia de la comunidad en general, controlando al mismo tiempo que se lo haga sin acudir a los mismos métodos de corrupción ya conocidos, para convertirse en un servicio de calidad en el que la población pueda confiar. Asimismo, se debe fomentar con mayor ahínco los métodos alternativos de solución de conflictos en las materias que sean adecuadas para

someterse a ellos, pues esto ayudaría a descongestionar un sistema ya colapsado. Así, el hecho de que se haya reconocido un sistema de justicia diferente al estatal supone no solo la aceptación de otro modo de practicar la justicia, sino también un cierto alivio en relación a causas que se presentaban en comunidades indígenas y que por su nivel de gravedad podían ser fácilmente resueltas por sus propias autoridades, sin la necesidad de encender al aparataje estatal para el inicio de procedimientos lentos y en muchas ocasiones poco efectivos.

6. El sistema de justicia ordinario se encuentra en crisis principalmente por la falta de voluntad política para sus transformaciones, no solo estructurales, sino principalmente de fondo. Por ello, se deben establecer planes y programas estatales en favor del sistema penal, que eviten en la medida de lo posible procedimientos tardos o largos que solo retrasarían y afectarían al mejoramiento de este sistema. Sin embargo, el verdadero cambio no se dará solo a través de nuevas leyes, reformas o programas, sino que principalmente debe nacer una cultura del cumplimiento de la ley y las reglas tanto por parte de los operadores de justicia, como por los usuarios de este servicio. Es decir, el hecho de que el sistema de justicia se encuentre en crisis no depende necesariamente de una teoría errónea, sino más bien de una teoría no aplicada o mal aplicada.
7. Es imprescindible para el sistema de justicia ordinario, poner en práctica lo antes posible el Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social, pues no cabe duda que el mismo trae aspectos innovadores y más humanos que tienen como objetivo la real rehabilitación y resocialización del reo. Ahora, para llegar a ello y como ya se

mencionó es indispensable que primero se realicen reformas en el Código Penal, pero el punto central de esto, es que se lo haga oportunamente sin más retrasos y no solamente como el resultado de un proyecto político para captar adeptos. Las buenas intenciones no bastan, por ello se deben poner en práctica de la manera más estricta estos nuevos procedimientos para hacer posible una verdadera rehabilitación y reinserción de los condenados.

8. Se debe elaborar una ley que regule la coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. Esta ley debe ser dialogada por las dos partes para llegar a consensos, sin que la aprobación de dicha ley suponga el sometimiento de la justicia indígena ante la justicia ordinaria o ante principios no reconocidos por ellos. Si por diferentes motivos, apareciera como imposible una aceptación de todas las prácticas de la justicia indígena, se deberá llegar a consensos de tal manera que se establezcan procedimientos híbridos que respeten tanto la cultura indígena como los derechos defendidos por la justicia occidental. El entendimiento y el diálogo intercultural son las mejores herramientas para entender a las diferentes culturas así como a su forma de administración de justicia, la finalidad que le asignan a la pena y su forma de ejecutarla. Mientras se respeten los mínimos de prohibición de tortura, de esclavitud y el derecho a la vida, ambos sistemas deben gozar de autonomía.
9. En el sistema de justicia ordinaria, en cuanto al fin de la pena se refiere, existe un híbrido entre la teoría retributiva o absoluta y la teoría de la prevención especial. El porqué de esta afirmación se explica en que la justicia ordinaria por un lado castiga por el mero hecho de que se ha cometido un delito, y por otro, aísla a quien ha cometido

dicho delito para evitar que vuelva a afectar a la sociedad. Añadido a esto, la prevención especial positiva se da porque en el actual sistema se tiene como objetivo que el delincuente se rehabilite para posteriormente reinsertarse a la sociedad. Además, encontramos otro punto de encuentro en el tema de derechos humanos, el que para la teoría retributiva se configura como un límite necesario para la proporcionalidad de la pena y que al mismo tiempo se debe convertir en un hecho práctico si se quiere lograr la rehabilitación del delincuente que persigue la prevención especial, de una manera humana.

- 10.** Por otro lado, cuando se hace referencia al fin de la pena en la justicia indígena, si es necesaria una comparación en base a las teorías de la pena ya anotadas, también se puede hablar de que existe un híbrido entre la teoría de la expiación perteneciente a la teoría retributiva y la prevención general negativa, ya que la pena busca causar un impacto psicológico tal que cause inhibición en los individuos para no cometer delitos; y por otro lado, en el caso de que tuviera que aplicarse dicha pena, un objetivo principal en las comunidades indígenas es que exista un arrepentimiento real y sincero por la acción u omisión. A este conjunto además se añade la prevención general positiva, puesto que algo importante dentro de estas comunidades es reforzar el respeto a las costumbres y tradiciones, así como los valores morales que predominen en el lugar. Asimismo, aparecen características de la prevención especial positiva al también buscar una rehabilitación y posterior reinsertación de quien ha cometido una infracción al plano social, lo que sin duda se ha logrado con más éxito en este ámbito que en el de la justicia ordinaria, puesto que el mismo hecho de que las comunidades

sean grupos sociales más pequeños, permiten una mayor intervención por las partes sociales dentro del entorno psico-social del delincuente.

- 11.** Una vez analizado el trabajo en su totalidad, se puede afirmar que el fin de la pena no difiere demasiado entre un sistema y el otro, pues ambos buscan que se rehabilite a quien ha cometido una infracción para posteriormente reintegrarlo a la sociedad. La diferencia nace en los medios usados para llegar a estos fines, pues mientras que en la justicia indígena se utilizan procedimientos basados en cuestiones casi mágicas y costumbristas, controlados por la comunidad; en la justicia ordinaria existen procedimientos razonados y sistemáticos, controlados institucionalmente. Otra similitud que aparece en cuanto al fin de la pena, es el hecho de que ambos sistemas buscan llegar a una armonía social por la que los componentes sociales puedan funcionar de manera coordinada. Así, al ser estos los puntos fundamentales de los dos tipos de justicia, los mismos pueden encontrar puntos medios que les permita convivir en perfecta armonía siempre que respeten mutuamente su jurisdicción, sus normas y costumbres y su forma de proceder en general; respetando además ambas partes y teniendo como límites básicos, a los derechos humanos que les sean compatibles.

REFERENCIAS

1. Ahumada, Bonilla, Borja, Botero, Carbonell, Casaús,... y Vitale. (Giraudó, L.). (2008). *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
2. Albán, E. (2007). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano. Parte General*. Quito: Ediciones Legales S.A.
3. Alcácer, R. (2004). *Los fines del Derecho Penal – Una aproximación desde la filosofía política*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
4. Ardila, E. (2002). Pluralismo jurídico: apuntes para el debate. *EL OTRO DERECHO*, 26-27, 49-60.
5. Becerra, C. (2006). La jurisdicción especial indígena y el derecho penal en Colombia: Entre el pluralismo jurídico y la autonomía relativa. En Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. (Zea, D., Becerra, C.). *EL ACCESO A LA JUSTICIA, entre el derecho formal y el derecho alternativo*. (213-235) Colombia: Publicaciones ILSA.
6. Chisaguano, S. (2006). *La Población Indígena del Ecuador*. (Primera ed.). Quito: Instituto Nacional de Estadística y Censos INEC.
7. Córdor, E. (2009). *Manual informativo para Pueblos Indígenas. “La justicia indígena en los países andinos”*. Lima: Comisión Andina de Juristas.

8. Crespo, E. (2007). Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. En Donna, E., *Delitos de Peligro – I.* (197-239). Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni.
9. Donna, E. A. (1996). *Teoría del delito y de la pena. Fundamentación de las sanciones penales y de la culpabilidad* (Segunda ed.). Buenos Aires: Astrea.
10. Durand, C. H. (2005). *Derecho Indígena* (Segunda ed.). México: Porrúa.
11. Flores, F. (2004). *Constitución y pluralismo jurídico*. Quito: Corporación Editora Nacional.
12. García F. (2008). La jurisdicción indígena: del monismo jurídico a la interlegalidad. En Andrade, S., Ávila, L. (Ed.) *La transformación de la justicia.* (479-498). Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
13. García, F., Picolli, E., Santillán, A., Zambrano, V. (2008). Los retos del pluralismo jurídico. *ÍCONOS REVISTA DE CIENCIAS SOCIALES*, 12(2), 11-84.
14. Griffiths, J. (2007). ¿Qué es el Pluralismo Jurídico? En Engle, S., Griffiths, J., Tamanaha, B., *Pluralismo Jurídico.* (143-215). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
15. Günther, Cancio, Reyes, Díaz-Aranda, Caro, Parma,...y Abarca. (2005). *XVII Congreso Latinoamericano, IX Iberoamericano, I Nacional de Derecho Penal y Criminología.* Guayaquil: ARA Editores.
16. Hernández, M. (2011). *Justicia Indígena, Derechos Humanos y Pluralismo Jurídico.* Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
17. Hoekema, A. (2002). Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario. *EL OTRO DERECHO*, 26-27, 63-85.
18. Jaén, M. (2004). *Derechos Fundamentales del Proceso Penal.* Medellín: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez C. Ltda.

19. Lema, M. (2007). *El Derecho Indígena en el Ecuador*. Quito: Corte Suprema de Justicia.
20. Lesch, H. (1999). *La función de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
21. Llasag, R. (2008). Pluralismo jurídico y la Corte Suprema de Justicia peruana. *FORO – Revista de Derecho*, 9, 231-236.
22. Méndez, J., O'Donnell, G., & Pinheiro, P. (2002). *La (in)efectividad de la ley y la exclusión en América Latina*. Buenos Aires: Paidós.
23. Mir, S. (2008). *Derecho Penal. Parte General* (Octava ed.). Buenos Aires: Euros Editores.
24. Palacio, G. (1993). *PLURALISMO JURÍDICO. El desafío al Derecho Oficial*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia: Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
25. Ruiz, C. (2003). ENTENDIMIENTO INTERCULTURAL Y ADMINISTRACIÓN DE LA JUSTICIA. La Jurisdicción Especial Indígena – JEI, un reto de cooperación. En Loaiza, H. (Muñoz C.), *CONTRASTES SOBRE LO JUSTO – Debates en justicia comunitaria*. (33-73). Medellín: Instituto Popular de Capacitación de la Corporación de Promoción Popular.
26. Salgado, J. (2002). *JUSTICIA INDÍGENA - Aportes para un debate*. Quito: Abya Yala.
27. Sánchez E. (2004a). Derechos propios. Ejercicio legal de la jurisdicción especial indígena en Colombia. Bogotá: Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.
28. Sánchez, E. (2004b). Pluralismo jurídico, interculturalidad y derechos humanos indígenas. En Flores, F. (Ed.), *Constitución y Pluralismo Jurídico*. (83-108). Quito: Corporación Editora Nacional.
29. Simon, F. (2007). Globalización, pluralismo jurídico y derechos humanos. *IURIS DICTIO*, 10, 7-10.

30. Stefanos, R. A. (2006). Las movilizaciones Indígenas y la reconstrucción de territorios: Nuevos desafíos para el derecho. En Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. (Zea, D., Becerra, C.). *EL ACCESO A LA JUSTICIA, entre el derecho formal y el derecho alternativo*. (187-211) Colombia: Publicaciones ILSA.
31. Torres, R. (1990). *Derechos de los pueblos indígenas – Situación Jurídica y Políticas de Estado*. Quito: Abya-Ayala.
32. Trujillo, J., Grijalva, A., & Endara, X. (2001). *Justicia Indígena en el Ecuador*. Quito: Abya-Yala.

FUENTES DE CONSULTA NORMATIVA:

33. Código de Ejecución de Penas y Rehabilitación Social. Noviembre 17 de 2006. (Ecuador).
34. Código Orgánico de la Función Judicial. (COFJ) Marzo 9 de 2009. (Ecuador).
35. Código Penal. (C.P.) Enero 22 de 1971. (Ecuador).
36. Código de Procedimiento Penal. (C.P.P.) Enero 13 de 2000. (Ecuador).
37. Constitución de la República del Ecuador 1998. Agosto 11 de 1998. (Ecuador).
38. Constitución de la República del Ecuador 2008. Octubre 20 de 2008. (Ecuador).
39. Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Las Nacionalidades y los Pueblos indígenas y Tribales en Países Independientes. Abril 24 de 1998.
40. Declaración Universal de Derechos Humanos. Diciembre 10 de 1948.
41. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Octubre 22 de 2009.
- R.O. No. 52.
42. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Diciembre 16 de 1966.

43. Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Justicia Indígena y la Justicia Ordinaria. Oficio AN-LTG-0043-10. Febrero de 2010.
44. Proyecto de Ley Orgánica de ejercicio y aplicación de los Derechos Colectivos de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, pueblos afroecuatoriano y montubios del Ecuador. Diciembre 3 de 2009.

FUENTES DE CONSULTA JURISPRUDENCIAL:

45. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-254. (Jueces Eduardo Cifuentes, Carlos Gaviria y José Gregorio Hernández). Mayo 30 de 1994. Colombia.
46. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-349. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Agosto 8 de 1996. Colombia.
47. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-496/96. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Septiembre 26 de 1996. Colombia.
48. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión de Tutelas. Sentencia T-523/97. (Jueces Hernández José, Herrera Hernando y Gaviria Carlos). Octubre 15 de 1997.
49. Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Resolución No.: 924-2009. (Jueces Luis Abarca Galeas, Máximo Ortega Ordóñez, y Conjuez Luis Quiroz Erazo). Diciembre 16 de 2009.
50. Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Resolución No.: 393-2009. (Jueces Abarca Luis, Rosero Raúl y Ortega Máximo). Mayo 8 de 2009.

51. Corte Nacional de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Resolución No.: 248-2010. (Jueces Luis Abarca Galeas, Luis Quiroz Erazo y Conjuez Enrique Pacheco Jaramillo). Abril 22 de 2010.

FUENTES DE CONSULTA INFORMÁTICAS:

52. CODENPE (s/f). Nacionalidades y Pueblos. Recuperada de http://www.codenpe.gob.ec/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=71&Itemid=597
53. Flores, D. (s/f). La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario. Recuperada de http://www.inredh.org/archivos/pdf/justicia_indigena_derecho_ordinario_danielaflores.pdf
54. Ruiz, O. (s/f). La Justicia Indígena en el Ecuador: Pautas para una compatibilización con el Derecho estatal. Recuperada de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista003/indigena.htm>

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

1. Ariza, L. J. (2009). Derecho, saber e identidad indígena. Colombia: Siglo del Hombre Editores.
2. Balcarce, Bonetto, Bruera, Buompadre, Buteler, Caffetera Nores,... y Zaffaroni. (Lascano, C.). (2001). Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin. Córdoba: Lerner.
3. Borja, R. (2003). Enciclopedia de la Política. (Tercera ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
4. García, F., Choque, M. E., Sánchez, E., Tituaña, A., & López, S. (2000). Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI. Quito: FLACSO.
5. Ilaquiche, L. R., (2001, Marzo 1). Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de un caso. Revista Yachaikuna. Recuperado de <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>
6. Instituto de Ciencias Penales. (Publicación Semestral). La prohibición de la tortura desde la óptica de los Derechos Humanos, Ciencia Penal Posfinalista: Una visión funcional del Derecho Penal. Revista de Derecho Penal, 49-88, 575-595.

7. Martínez, I. (2003). Conciliación en equidad. Teoría y realidad. En Loaiza, H. (Muñoz C.), *CONTRASTES SOBRE LO JUSTO – Debates en justicia comunitaria.* (179-189). Medellín: Instituto Popular de Capacitación de la Corporación de Promoción Popular.
8. Mones, A. (2002). Justicia Restaurativa en el ámbito del Sistema Penal. En Fellini, Z., *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil.* (33-39). Buenos Aires: Depalma.
9. Oberlander, C. (2002). Flexibilización del Principio de Legalidad. En Fellini, Z., *Mediación Penal. Reparación como tercera vía en el sistema penal juvenil.* (135-141). Buenos Aires: Depalma.
10. Reyes, J., & Leon-Dell, R. (1998). *Victimología.* México: Cardenas Editor.

FUENTES DE CONSULTA NORMATIVA:

11. Convenio de Diversidad Biológica suscrito - Brasil 1992. Marzo 16 de 1993.
12. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Diciembre 16 de 1966.
13. Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Septiembre 24 del 2009.
14. Proyecto de Ley Orgánica de Derechos Lingüísticos de los Pueblos y Nacionalidades Indígenas. Oficio 156-HCC-AS-2010. Mayo 4 de 2010.
15. Proyecto de Ley Orgánica para el ejercicio y aplicación de los derechos colectivos consagrados en la Declaración de las Naciones Unidas, sobre los derechos de los pueblos indígenas. Oficio AN-LTG-0206-09. Diciembre 3 de 2009.

FUENTES DE CONSULTA INFORMÁTICAS:

16. Cárdenas, A. (2010, Marzo 28). Castigos dolorosos de la justicia indígena. El Universo. Obtenida de <http://www.eluniverso.com/2010/03/28/1/1447/justicia-indigena.html>
17. Comunidad Chichico Rumi (n.d). Justicia Indígena. Obtenida de <http://comunidadchichicorumi.wordpress.com/justicia-indigena/>
18. El Litoral (2008, Enero 22). Prácticas de justicia comunitaria violan derechos humanos en Bolivia. El Litoral. Recuperado de <http://www.ellitoral.com/index.php/diarios/2008/01/22/opinion/OPIN-02.html>
19. Lira, C. (n.d). Fines de la pena. Obtenida de <http://www.ilustrados.com/tema/2633/fines-pena-medidas-seguridad.html>
20. Pereyra, O. (2010, Agosto 16). Dictan sentencia por el caso Ayo Ayo: 30 años de cárcel para 11 asesinos de alcalde en el 2004. Obtenida de <http://eju.tv/2010/08/dictan-sentencia-por-el-caso-ayo-ayo-30-aos-de-crcel-para-11-asesinos-de-alcalde-en-el-2004/>
21. Plitt, L. (2006, Junio 9). Justicia ordinaria vs. justicia indígena. Obtenida de http://www.webislam.com/noticias/46577justicia_ordinaria_vs_justicia_indigena.html
22. Siles, L. (2010, Febrero 23). Bolivia: Justicia Comunitaria: aumentan linchamientos. Obtenida de <http://nuestroperronegro.blogspot.com/2010/02/bolivia-justicia-comunitaria-aumentan.html>
23. Navarro, E. (2010, Mayo 28). Así funciona la justicia indígena en Ecuador: Incineran vivos a dos hombres y torturan a otro. Noticias24. Obtenida de

<http://www.noticias24.com/actualidad/noticia/157286/incineran-vivos-a-dos-hombres-y-torturan-a-otro-asi-funciona-la-justicia-indigena-en-ecuador/>

24. Escuela Superior Politécnica del Litoral. (2012). Estadísticas de Delitos en Guayaquil. Obtenida de http://www.icm.espol.edu.ec/delitos/ultima_semana.htm
25. Ecuadorinmediato.com (2010, Junio 1). CAL califica proyecto de Ley Orgánica de coordinación y cooperación entre jurisdicción indígenas y ordinaria. Ecuadorinmediato.com. Obtenida de http://www.ecuadorinmediato.com/Noticias/news_user_view/cal_califica_proyecto_de_ley_organica_de_coordinacion_y_cooperacion_entre_jurisdiccion_indigena_y_ordinaria--127610

ANEXOS

ANEXO # 1

ENTREVISTA

Entrevistado: Carlos Poveda.

Fecha: 24/08/2012

1. ¿Qué cambios en el ámbito jurídico supone el reconocimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador?

Creo que es muy importante recalcar que vivimos en un sistema de pluralismo jurídico, pero no solamente esto tiene que ver con la vigencia de la actual Constitución de la República del Ecuador sino que es un derecho colectivo reconocido en la Constitución Política de 1998, y básicamente ni siquiera es una creación asambleísta, una creación legislativa, es un reconocimiento a un derecho que ha revivido por muchísimos años y que anteriormente se conocía como la Ley Antigua.

Algunos sistemas básicamente europeos consideran que es un sistema interlegal; es decir, además del sistema jurídico que tenemos también hay este sistema jurídico originario. Yo en lo personal, ni siquiera le identifico a la justicia indígena como un derecho consuetudinario, sino como un sistema jurídico por que esta basado en autoridades e instituciones y en un sinnúmero de sistemas que básicamente tienden a solucionar un conflicto. Por lo tanto el reconocimiento de un pluralismo jurídico, no es más que un reconocimiento de lo que somos como ecuatorianos; yo creo que una de las virtudes que tiene

el preámbulo de la actual Constitución es que nos reconoce tal como somos, si bien es cierto vivimos en un estado independiente, unitario, democrático, pero en definitiva somos diversos por las nacionalidades que tenemos, por los ancestros que tenemos, por la historia plenaria que tenemos, y es básicamente fortalecer ese nivel de pluralismo, y también no sólo hablamos de pluralismo jurídico si no también de pluralismo espiritual, de varias fuentes que determinan nuestra convivencia precisamente en diversidad.

Por lo tanto este reconocimiento que se hace es precisamente reconocer lo que tenemos como país, lo que tenemos como Estado y simplemente el reflejo de los que somos.

2. ¿Qué elementos hacen falta para la convivencia armónica de la justicia ordinaria y la justicia indígena?

Actualmente se debaten muchos temas sobre pluralismo jurídico, la vigencia de los dos sistemas, pero esta discusión ya tenemos más o menos 14 años, no todas las veces pacífica. Recalcando lo que siempre digo citando a Boaventura de Souza debemos introducirnos en un tema de un diálogo intercultural. Si es que reconocemos que somos un país diverso, que tenemos nacionalidades, pueblos indígenas como titulares derechos colectivos, debemos aceptar que debe existir un diálogo pacífico.

A veces la justicia ordinaria quiere ocupar espacios dentro de la comunidad, en donde no puede dar un resultado, una respuesta de forma correcta y ordenada. A veces en los mismos casos que han tenido un poco de connotación nacional e internacional, la justicia ordinaria no está a la altura ni al talante de una solución. En el caso la Cocha, la justicia ordinaria tuvo su oportunidad para juzgar y prácticamente está prescrita la causa, en cambio en la justicia indígena sí se resolvió.

El tema no es supeditar cual de los dos sistemas es mejor porque ninguno es perfecto, ni tampoco en el mundo hay sistemas perfectos, pero como podemos coordinar y cooperar para que los dos tengan su mensaje, es decir solucionar sus conflictos, ahí entramos a un diálogo intercultural, ya que ni uno es mejor ni el otro lo es, porque también iríamos a un relativismo cultural en donde a veces la utilización del sistema jurídico originario podría también devenir en ciertas prácticas que no están aceptadas dentro de una comunidad o que son repudiadas también por el tema de derechos humanos, que sí es un límite al ejercicio jurisdiccional indígena.

Pero también una de las estrategias que podría establecerse es un diálogo intercultural, segundo reconocer que ningún sistema es perfecto, tercero reconocer que somos diversos y cuarto la esencia del asunto es que el Estado debe reaprender a resolver conflictos y no solo emitir sentencias, por tanto la justicia indígena tiende a resolver un conflicto, por ahí podríamos tener un elemento de conexión, de confluencia para establecer los mecanismos de cooperación y coordinación, sobretodo ahora que la Constitución de la República establece un

mismo nivel a la justicia ordinaria y a la justicia indígena, eso es una gran diferencia con la Constitución de 1998 en la que la justicia indígena se establecía como un medio alternativo de solución de conflictos.

3. ¿Cuáles son los principales fines de la pena en la justicia ordinaria?

Siempre las tendencias y las teorías de la pena ya establecidas como son la no repetición de los hechos que sirva de escarmiento, en sí las penas infamantes muchas veces retributivas porque igual hay varias teorías y varias tendencias, pero que en la práctica tienen una especie de control social aplicar penas más severa a veces, ahora que estamos en un sistema securitista para que esto no se vuelva a cometer. Inclusive con la pena de muerte en los Estados Unidos, en algunos estados, así como en algunos estados de Asia, realmente no ha disminuido el índice de delincuencia esto al contrario incentiva, por lo tanto yo creo que en la tendencia moderna la pena es un fracaso, es decir, no tiene socialización, no tiene rehabilitación, se da el hacinamiento en las cárceles, pensando que solamente la privación de la libertad, la marginación del delincuente, es lo más óptimo en la sociedad democrática, cuando esto tiende inclusive a ser mucho más preocupante y no genera ningún tipo de solución.

Cualquier tendencia, cualquier explicación que sea la pena como control social como un criterio retributivo parece en los actuales momentos no funcionar, ha colapsado el sistema

penal, es decir al no existir rehabilitación, al no existir resocialización, al existir hacinamiento, no posibilidades de reinserción, obviamente esto genera problemas.

Pero también vamos un poco más atrás, ¿por qué en las sociedades existen tanta conflictividad? La situación delincinencial hoy también tienen un parámetro, el económico-social, es decir un Estado que tenga problemas y falencias en lo económico-social va a degenerar mucho más problemas.

Por la experiencia que hemos tenido en esta veeduría, las cosas que más nos ha llamado la atención es por ejemplo en Zamora, ahí la población era muy tranquila, es decir no había un desarrollo minero como ahora lo hay y sin embargo ahora a pesar de que existe un desarrollo minero aparecen los conflictos que es muy curioso, es decir aparece una oportunidad de desarrollo y progreso pero también aparecen los problemas, y esto nos da una explicación, en donde existe progreso y desarrollo va acompañada de índices delictivos mayores, antes que no existía esta oportunidad, había sociedades más pacíficas, entonces por ahí podemos encontrar una explicación.

Es decir ¿funciona la pena simplemente como reacción inmediata a un daño?, o debemos ir mas allá con criterio sociológico y esto tiene una lógica, es decir las sociedades que progresan van a tener esos problemas y obviamente yo creo que antes de establecer condenas más fuertes, penas más severas, lo que hay que también considerar son los aspectos

sociales y económicos y sobretodo el nivel de oportunidades. Igualmente Boaventura manifiesta que la criminalidad es una reacción de los excluidos, es decir que hay personas que no tienen oportunidades y que buscan de alguna manera mucho más rápida tener ese equilibrio de oportunidades que otros si lo tienen.

4. ¿Cuáles son los principales fines de la pena en la justicia indígena?

Eso es una visión diferente, más que hablar de pena, yo no hablo de delito, lo que ellos llaman es el llaqui, es decir el problema, el conflicto, la desarmonía que existe por un acto, no lo enfocan como que fuera algo externo, el origen es algo interno. La persona que comete aquí un error, que comete un llaqui, un sufrimiento, es que pasa algo, está enfermo y mire la visión diferente que tenemos, mientras en la justicia ordinaria se establece que quien comete un delito es responsable y hablamos de actividades de responsabilidad, de culpabilidad, de la autonomía de voluntad.

Aquí hablamos en cambio de una enfermedad y el tratamiento es diferente, por eso es que cuando se aplica un criterio asimilando el criterio occidental de castigo en las comunidades, de lo que se habla es de sanar a las personas y esto causa hasta chiste, porque cómo una persona puede curarse cuando delinque, esa es la visión, parece que a veces da buen resultado, el uso del baño de agua fría, de la ortiga, del nivel de publicidad de que los niños vean, eso parece que da mejor control social. La reincidencia por ejemplo es un criterio que

siempre lo vemos en las sociedades occidentales supuestamente civilizadas, el criterio de reincidencia en las comunidades es mínimo, es decir que funciona un criterio en un lugar y no funciona en otro, porque también tienen visiones diferentes, aquí se observa a la persona que causa un error, que causa un dolor, que causa un llanto que se manifiesta, se le cura, se le sana y no necesariamente con la cárcel, es lo último que harían, lo que permiten es que se establezcan criterios de trabajo, de reivindicación comunitaria, pero también una cosa que me parece muy importante es el planteamiento de la víctima, es el desarrollo y desenvolvimiento que tiene la víctima, mientras en nuestra cultura jurídica la víctima queda relegada a un segundo y tercer plano, se le victimiza y esta no puede alcanzar su reparación, su resarcimiento.

En las comunidades indígenas el primer criterio inclusive de participación en las decisiones comunitarias es la persona que ha sido ofendida por un acto de esos, esas son las indemnizaciones, la participación en las decisiones comunitarias, tenemos una visión diferente, por lo tanto hay mucho que aprender, por ahí también están unas soluciones a los males que nos aquejan y si vamos a la tendencia procesalista penal ecuatoriana, los acuerdos reparatorios, las suspensiones provisionales, también tienden a generar que no necesariamente debe imponerse una pena, pero también hay otros criterios de satisfacción en donde el criterio de la víctima es lo más importante.

5. ¿Cuál sistema de justicia, cree usted, que ha mostrado mayor efectividad en sus resultados o ha alcanzado sus fines?

Pregunta omitida en la entrevista debido a que ha sido respondida previamente por el Dr. Carlos Poveda en las preguntas 2 y 3.

6. ¿Qué sistema de justicia, según su opinión, viola realmente los derechos humanos? Y ¿cómo lo hace?

No me gusta hacer comparaciones entre dos sistemas porque ninguno es perfecto, a veces este criterio de derechos humanos en la aplicación del sistema jurídico originario ha sido un límite, es decir, yo no aplico este sistema porque la práctica de sanción me parece a mí inhumano y degradante y siempre se ha utilizado este criterio primero para minimizar la aplicación de este marco jurídico originario, segundo para desconocerlo a propósito y de ahí viene la comparación errada que tienen algunos operadores de justicia.

Es decir lo que practican las comunides es aberrante, pero ¿cuándo nos ponemos a pensar que más aberrante resulta a las personas hacinándolas en la cárcel?, mire lo que ocurrió recientemente con una de las internas de la cárcel del Inca- edad 19 años, dos meses de embarazo, se le condena a 4 años por tráfico de drogas, sube en consulta a la Corte Provincial de Justicia de Pichincha y le aumentan a 8 años, inmediatamente conoce la señora consigue insulina y se clava en la yugular y muere en la cárcel, y las autoridades esperaban la boleta de libertad del cadáver para poder repatriarle.

Frente a este criterio no tenemos la idea y el balance de que es aberrante que una institucionalidad denominada justicia ordinaria es más aberrante que ver a una persona que está cargando piedras, que está siendo bañada en agua fría y ortigada, podría haber una comparación odiosa pero esa decisión en donde los jueces por una consulta que resulta también a veces odiosa, le aumentan la condena en contra del principio de reformatio in peius, causando dolor a una persona que tenía por delante dos vidas y que encima ni siquiera tengan el respeto por un cadáver y pidan boleta de libertad.

Claro que también pueden haber excesos en el sistema originario, como han existido, no lo vamos a negar o invisibilizar, pero yo creo que en definitiva, lo importante es dar solución a los conflictos y cuando se habla de que la justicia indígena es inhumana, es cruel, es degradante, primero veamos lo que tenemos y que respuesta damos, eso lo ha dicho Zaffaroni en la presentación del Código Penal boliviano, y dice que si no podemos dar solución a nuestros mismos problemas, no nos metamos en jurisdicción indígena que ellos sabrán como resuelven.

7. Conclusiones y recomendaciones.

El tema se va discutiendo, dialogando por 14 años y ya es hora de poner pautas definitivas a esta exigencia constitucional, real, que es el derecho de los pueblos; es decir, ya no podemos entrar en debates sino debemos dar pasos firmes. Con algunos casos que se han

presentado en la Corte Constitucional, esta institución no ha dado respuesta en dos años. En Colombia se ha fortalecido este criterio de derecho colectivo porque la Corte Constitucional ha estado a la altura de las circunstancias, aquí siempre se esperaba que ojalá toque un caso de esos, pero han sido dos años y no resuelven, no se cuantos años más vamos a esperar.

La Asamblea tiene un Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación que todavía no sale, la Corte Nacional de Justicia también podría intervenir, conozco que de alguna manera va a hacerlo en una interpretación legal pero ojalá haya coherencia necesaria de los jueces de Corte Nacional para entender que cuando se reconocen derechos colectivos, no es que gana un partido político y pierde otro, ganamos todos los ecuatorianos.

Sobretudo no se debe minimizar el sistema jurídico originario porque a veces tendemos a hacerlo, y como en una ocasión el indio no tenía alma y hasta las haciendas se vendía con indio y todo, pues ahora el reconocimiento sería dar derecho a los indios, cuando definitivamente son sujetos de derecho, son ciudadanos ecuatorianos y sobretudo considerar que es una forma de impulsar la solución de conflictos, de considerar un nuevo sistema que de pronto debemos aprender. Por ello, siempre he planteado que los operadores jurídicos, jueces y abogados, también conozcamos la realidad y hagamos pasantías en las comunidades, pero esto en lugar de generar expectativa nacional, genera un sentimiento de ¿por qué nos vamos a rebajar a esta cultura? Yo creo que debemos conocernos y aprender mutuamente.

ANEXO # 2

ENTREVISTA

Entrevistado: Jorge Paladines

Fecha: 28/08/2012

1. ¿Qué cambios en el ámbito jurídico supone el reconocimiento del pluralismo jurídico en el Ecuador?

Hay una primera fase y que es tratar que los sistemas de la justicia ordinaria respeten a los sistemas de resolución de los conflictos de la justicia indígena, que no todos son iguales. No se habla de enfrentamiento o del diálogo intercultural entre dos sistemas sino entre diversos sistemas, diversos tanto en la justicia ordinaria pero mucho más diversos en lo que tiene que ver con los sistemas de resolución de conflictos ancestral.

¿Por qué no uso la palabra justicia? Porque la palabra justicia también es occidental, cuando hablamos de la palabra justicia podemos caer en el pecado de interpelar desde una visión occidental de derechos las formas de administración de resolución de conflictos en las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas. Creo que un primer paso es que no solo haya un reconocimiento en el ámbito constitucional que se da en el artículo 171, sino también en el Código Orgánico de la Función Judicial, y poco a poco se va abriendo este reconocimiento a nivel de cultura jurídica en los operadores de justicia tanto en la justicia ordinaria común como en la justicia constitucional.

2. ¿Qué elementos hacen falta para la convivencia armónica de la justicia ordinaria y la justicia indígena?

Primero la convicción del reconocimiento es el elemento más importante, el respeto a las dos formas de justicia, sobre todo a la justicia ancestral por parte de los operadores de la justicia occidental.

Segundo, en el ámbito del diálogo que tiene que ver con la coordinación y cooperación hay muchos conflictos en la justicia ordinaria que no se interpelan desde un diálogo intercultural, por ejemplo hace falta la presencia del intérprete intercultural, del peritaje intercultural en algunos conflictos en donde las partes intervinientes pertenezcan a comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.

El tercero es romper muchos mitos y esquemas que los operadores de justicia occidental tenemos en la cabeza, por ejemplo el esquema de creer que todo lo que tiene que ver con debido proceso debe necesariamente recibir la presencia de un abogado defensor, reunir los rituales de un juez natural, reunir los rituales jurídico-occidentales de los plazos razonables, etc. Y uno de ellos también es el esquema de la privación de la libertad, que yo sepa no existe la cárcel hacinante, podrida, descompuesta y corrupta que tenemos en la justicia ordinaria, en las formas de resolución de conflictos de la justicia indígena.

3. ¿Cuáles son los principales fines de la pena en la justicia ordinaria?

El principal fin es la justicia y para definirla bien podemos revivir a un poco de muertos en Grecia o Roma como Cicerón, Platón o el mismo Ulpiano. Sin embargo, creo que la justicia debe ser siempre el tratar de buscar un equilibrio, una armonía, que es la paz social, ese es el fin más grande de la justicia. No es justicia lo que comporta un conflicto sino lo que restituye la paz social.

En materia pena es muy conflictivo, no sé cuan pacificador pueda ser la privación de la libertad, creo que eso aumenta el conflicto y si eso se une con la desproporcionalidad de la pena, si se une con una forma ritualista y poco comprensiva por parte de los usuarios de la administración de justicia ordinaria de la justicia penal, creo que el ideal de pacificación queda desplazado por una justicia que promueve más el conflicto y el dolor.

4. ¿Cuáles son los principales fines de la pena en la justicia indígena?

Es un problema que no voy a tratar de resolverlo por ahora pero del que hay muchas investigaciones al respecto, pero la justicia indígena en cuanto a la pena es un constructo, aun no es algo acabado ya que está en innovación constante.

Creo que la invasión española creó muchos complejos, muchas formas mixtas de administrar justicia que no son ni esencialmente indígenas ni esencialmente españolas. Por ejemplo entendemos que el fueite no es un ritual indígena, es un ritual español, los españoles

nos daban fute a nosotros en la colonia en esta forma salvaje de mantener la esclavitud sobre nuestros pueblos.

El sacar a alguien en calzones a las dos de la mañana no es una tradición tampoco nuestra, eso se llama la picota pública y es una tradición muy europea, que le queremos dar un nombre indígena y revestirla de un dialogo intercultural es otra cosa. Creo que esto es algo clave porque la humanidad tanto en lo que se define como sociedad como lo que es comunidad, tanto lo que es la justicia ordinaria como son las formas de resolución de conflictos indígenas, no han eliminado a una palabra que es la venganza.

Los fines de la pena son canalizar la venganza, tanto en la justicia ordinaria de forma más ritualista como en las formas de justicia indígena menos complicadas, menos burocráticas y por supuesto más tendientes a la incorporación social; sin embargo, sigue o pervive este ideal que lo comparten tanto tribus africanas como sociedades europeas industrializadas, ya sea la inglesa o la alemana, o la estadounidense en el caso de América, que tiene esto que no ha podido desarrollar la humanidad que es la venganza.

5. ¿Cuál sistema de justicia, cree usted, que ha mostrado mayor efectividad en sus resultados o ha alcanzado sus fines?

Indudablemente la justicia indígena es mucho más efectiva que la justicia ordinaria, al punto de que no tiene los tiempos que dilatan la justicia en el caso de la justicia ordinaria, no tiene los problemas de inaccesibilidad, es decir de falta de acceso a la justicia que tiene la justicia ordinaria, y una parte más importante, no tiene tampoco la privación de la libertad en

las mazmorras, perdón en los centros de rehabilitación social, que a la final son mazmorras, que todavía tiene la justicia ordinaria.

6. ¿Qué sistema de justicia, según su opinión, viola realmente los derechos humanos? Y ¿cómo lo hace?

La justicia ordinaria, pero hay que entender qué son los derechos humanos, es decir de forma europea lo que son los derechos humanos. El fute a las dos de la mañana en calzones podría ser leído como tortura. Por supuesto también es tortura pero aquí todos fingimos demencia cuando encerramos a una persona en un centro de rehabilitación social, eso también es tortura y es tortura sistemática, generalizada y sobretodo legitimada social y estatalmente, las dos comportan estos niveles de tortura. Sin embargo, si tenemos que ver como ideal el de pacificación y de incorporación social del daño para tratar de superarlo, creo que es mucho más eficiente la justicia indígena.

7. Conclusiones y recomendaciones.

Primero investigar, la justicia indígena no es una sola, a veces caemos en el pecado andino de creer que la justicia indígena es todo lo que se pueda leer en unas comunidades indígenas del Cotopaxi. La justicia indígena del Cotopaxi es distinta a la del Chimborazo en las comunidades, nacionalidades y pueblos que pudieran haber ahí. Lo mismo entre las comunidades del norte de la sierra y del sur de la sierra, lo mismo creemos a veces desde una lectura hegemónica de la justicia indígena que no existe el paradigma de la justicia indígena de los pueblos indígenas de la costa, también hay los awas; o peor no podemos entender a los

distintos niveles de administración de conflictos de la justicia amazónica en donde hay incluso pena de muerte, en donde hay pueblos no contactados.

Entonces cuidado caigamos en el pecado reduccionista de creer que lo que una comunidad muy cercana a la capital de la República pueda resolver es el paradigma de la justicia, en esto también tenemos que desmitificar, no hay paradigmas, no hay una idea acabada.

La justicia indígena es un constructo y en hora buena es un proyecto político de recuperar históricamente lo que la invasión española y sobretodo la idea eurocentrista del derecho nos ha quitado por más de quinientos años.

ANEXO # 3

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional

Artículo 5

Crímenes de la competencia de la Corte

1. La competencia de la Corte se limitará a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto. La Corte tendrá competencia, de conformidad con el presente Estatuto, respecto de los siguientes crímenes:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

2. La Corte ejercerá competencia respecto del crimen de agresión una vez que se apruebe una disposición de conformidad con los artículos 121 y 123 en que se defina el crimen y se enuncien las condiciones en las cuales lo hará. Esa disposición será compatible con las disposiciones pertinentes de la Carta de las Naciones Unidas.

Artículo 6

Genocidio

A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;
- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

Artículo 7

Crímenes de lesa humanidad

1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;

- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

2. A los efectos del párrafo 1:

- a) Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;
- b) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;
- c) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;
- d) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

e) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

f) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

g) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

h) Por “el crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos de carácter similar a los mencionados en el párrafo 1 cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

i) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

3. A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término “género” se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término “género” no tendrá más acepción que la que antecede.

Artículo 8

Crímenes de guerra

1. La Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra en particular cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes.

2. A los efectos del presente Estatuto, se entiende por “crímenes de guerra”:

a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos contra personas o bienes protegidos por las disposiciones del Convenio de Ginebra pertinente:

i) El homicidio intencional;

ii) La tortura o los tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos;

iii) El hecho de causar deliberadamente grandes sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud;

iv) La destrucción y la apropiación de bienes, no justificadas por necesidades militares, y efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

v) El hecho de forzar a un prisionero de guerra o a otra persona protegida a servir en las fuerzas de una Potencia enemiga;

vi) El hecho de privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a otra persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente;

vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal;

viii) La toma de rehenes;

b) Otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil en cuanto tal o contra personas civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra bienes civiles, es decir, bienes que no son objetivos militares;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Lanzar un ataque intencionalmente, a sabiendas de que causará pérdidas incidentales de vidas, lesiones a civiles o daños a bienes de carácter civil o daños extensos, duraderos y graves al medio ambiente natural que serían manifiestamente excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa de conjunto que se prevea;

v) Atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, viviendas o edificios que no estén defendidos y que no sean objetivos militares;

vi) Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción;

- vii) Utilizar de modo indebido la bandera blanca, la bandera nacional o las insignias militares o el uniforme del enemigo o de las Naciones Unidas, así como los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra, y causar así la muerte o lesiones graves;
- viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio;
- ix) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y los lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, siempre que no sean objetivos militares;
- x) Someter a personas que estén en poder de una parte adversa a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón de un tratamiento médico, dental u hospitalario, ni se lleven a cabo en su interés, y que causen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;
- xi) Matar o herir a traición a personas pertenecientes a la nación o al ejército enemigo;
- xii) Declarar que no se dará cuartel;
- xiii) Destruir o apoderarse de bienes del enemigo, a menos que las necesidades de la guerra lo hagan imperativo;
- xiv) Declarar abolidos, suspendidos o inadmisibles ante un tribunal los derechos y acciones de los nacionales de la parte enemiga;
- xv) Obligar a los nacionales de la parte enemiga a participar en operaciones bélicas dirigidas contra su propio país, aunque hubieran estado al servicio del beligerante antes del inicio de la guerra;
- xvi) Saquear una ciudad o una plaza, incluso cuando es tomada por asalto;
- xvii) Emplear veneno o armas envenenadas;

xviii) Emplear gases asfixiantes, tóxicos o similares o cualquier líquido, material o dispositivo análogos;

xix) Emplear balas que se ensanchan o aplastan fácilmente en el cuerpo humano, como balas de camisa dura que no recubra totalmente la parte interior o que tenga incisiones;

xx) Emplear armas, proyectiles, materiales y métodos de guerra que, por su propia naturaleza, causen daños superfluos o sufrimientos innecesarios o surtan efectos indiscriminados en violación del derecho internacional de los conflictos armados, a condición de que esas armas o esos proyectiles, materiales o métodos de guerra, sean objeto de una prohibición completa y estén incluidos en un anexo del presente Estatuto en virtud de una enmienda aprobada de conformidad con las disposiciones que, sobre el particular, figuran en los artículos 121 y 123;

xxi) Cometer atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

xxii) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada y cualquier otra forma de violencia sexual que también constituya una infracción grave de los Convenios de Ginebra;

xxiii) Utilizar la presencia de una persona civil u otra persona protegida para poner ciertos puntos, zonas o fuerzas militares a cubierto de operaciones militares;

xxiv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios, y contra personal que utilice los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

xxv) Hacer padecer intencionalmente hambre a la población civil como método de hacer la guerra, privándola de los objetos indispensables para su supervivencia, incluido el hecho de

obstaculizar intencionalmente los suministros de socorro de conformidad con los Convenios de Ginebra;

xxvi) Reclutar o alistar a niños menores de 15 años en las fuerzas armadas nacionales o utilizarlos para participar activamente en las hostilidades;

c) En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional, las violaciones graves del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber, cualquiera de los siguientes actos cometidos contra personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa:

i) Los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles y la tortura;

ii) Los ultrajes contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;

iii) La toma de rehenes;

iv) Las condenas dictadas y las ejecuciones sin previo juicio ante un tribunal regularmente constituido, con todas las garantías judiciales generalmente reconocidas como indispensables.

d) El párrafo 2 c) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional, y por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos.

e) Otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados que no sean de índole internacional, dentro del marco establecido de derecho internacional, a saber, cualquiera de los actos siguientes:

i) Dirigir intencionalmente ataques contra la población civil como tal o contra civiles que no participen directamente en las hostilidades;

ii) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios, material, unidades y medios de transporte sanitarios y contra el personal que utilicen los emblemas distintivos de los Convenios de Ginebra de conformidad con el derecho internacional;

iii) Dirigir intencionalmente ataques contra personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a civiles o bienes civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados;

iv) Dirigir intencionalmente ataques contra edificios dedicados a la religión, la educación, las artes, las ciencias o la beneficencia, los monumentos históricos, los hospitales y otros lugares en que se agrupa a enfermos y heridos, a condición de que no sean objetivos militares;

v) Saquear una ciudad o plaza, incluso cuando es tomada por asalto;

vi) Cometer actos de violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, definido en el apartado f) del párrafo 2 del artículo 7, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual que constituya también una violación grave del artículo 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra;

vii) Reclutar o alistar niños menores de 15 años en las fuerzas armadas o grupos o utilizarlos para participar activamente en hostilidades;

viii) Ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto, a menos que así lo exija la seguridad de los civiles de que se trate o por razones militares imperativas;

ix) Matar o herir a traición a un combatiente adversario;

x) Declarar que no se dará cuartel;

xi) Someter a las personas que estén en poder de otra parte en el conflicto a mutilaciones físicas o a experimentos médicos o científicos de cualquier tipo que no estén justificados en razón del tratamiento médico, dental u hospitalario de la persona de que se trate ni se lleven a cabo en su interés, y que provoquen la muerte o pongan gravemente en peligro su salud;

xii) Destruir o apoderarse de bienes de un adversario, a menos que las necesidades del conflicto lo hagan imperativo;

f) El párrafo 2 e) del presente artículo se aplica a los conflictos armados que no son de índole internacional y, por consiguiente, no se aplica a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia u otros actos análogos. Se aplica a los conflictos armados que tienen lugar en el territorio de un Estado cuando existe un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados o entre tales grupos.

3. Nada de lo dispuesto en los párrafos 2 c) y e) afectará a la responsabilidad que incumbe a todo gobierno de mantener o restablecer el orden público en el Estado o de defender la unidad e integridad territorial del Estado por cualquier medio legítimo.

ANEXO # 4

LEY ORGANICA DE COORDINACION Y COOPERACION ENTRE LA JURISDICCION INDIGENA Y LA JURISDICCION ORDINARIA

TITULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1.- Objetivo de la ley.- La presente ley tiene por objetivo determinar las formas de coordinación y cooperación, dentro del marco del mutuo respeto y la interculturalidad, las funciones de administrar justicia a cargo de los órganos de la función judicial con las funciones jurisdiccionales de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, conforme lo establece el Art. 171 de la Constitución de la República del Ecuador, el artículo 343 de la Ley Orgánica de la Función Judicial y los demás instrumentos jurídicos internacionales sobre el tema.

Art. 2.- Para efectos de la coordinación y cooperación establecidas en esta Ley, se considerarán que los dos sistemas jurídicos son diferentes en su origen, normas y procedimientos, pero comunes en los fines, que es el de mantener el orden y la conducta social dentro de un determinado territorio. Por lo tanto, cada sistema jurídico tiene sus valores, su legalidad y su legitimidad para cumplir con dichos fines en cada uno de sus jurisdicciones, lo cual será observado y respetado por las autoridades competentes.

Art. 3.- Los términos colectivo o colectividad indígena.- Sirven en esta ley, para denominar de manera genérica al grupo o colectividad indígena que según sus tradiciones o costumbres se hayan organizado en comuna, comunidad, centro, pueblo o nacionalidad indígena, dentro de las cuales la autoridad reconocida por este, ejercen funciones jurisdiccionales, aplicando

normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial.

Art. 4.- La legitimidad de las autoridades indígenas.- La legitimidad de las funciones jurisdiccionales así como las diligencias de carácter investigativo o indagatorio y administrativos realizadas por las autoridades indígenas, no podrán ser desconocidas ni impedidas de hacerlo por ninguna otra autoridad estatal.

Art. 5.- Las innovaciones de toda índole que las colectividades indígenas incorporen conforme las necesidades a sus formas de juzgamiento no afectarán el sentido filosófico y cosmológico de la justicia indígena. Dichas innovaciones estarán orientados a difundir otras formas de sanciones en la administración de justicia indígena, que no implique siempre la sanción física o corporal, y que sea visible la eficacia en cuanto a la resolución del conflicto, así como se haga efectivo el objetivo de este proceso que es la rehabilitación de la persona o el resarcimiento del daño de manera inmediata y oportuna y la preservación de la armonía entre sus habitantes.

TITULO II

PRINCIPIOS DE LA LEY

Art. 6.- Principios de la Ley.- Además de los principios establecidos en el Código orgánico de la Función judicial, se establecen los siguientes principios básicos:

a) Diversidad.- Implica el reconocimiento y ejercicio pleno del Ecuador como país intercultural y plurinacional, así como el reconocimiento de las distintas identidades, valores, tradiciones, símbolos, creencias y modos de comportamiento existentes en el país, contexto en el cual las autoridades de las dos jurisdicciones observarán y actuarán.

b) Pluralismo Jurídico.- Es la existencia simultánea –dentro del mismo espacio de un Estado- de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones sociales, culturales, étnicas, históricas, económicas, geográficas, jurídicas y políticas, lo cual está establecida en la norma constitucional como principio y ejercicio de la jurisdicción indígena.

b) Igualdad entre los Sistemas Jurídicos.- El fortalecimiento, desarrollo, la cooperación y la coordinación entre los dos sistemas jurídicos, será posible en la medida en que sean considerados y asumidos bajo el criterio de igualdad y respeto mutuo, dentro del marco de la interculturalidad y plurinacionalidad del Estado. La igualdad, para que sea real y efectiva, no puede basarse en la uniformidad, sino en el respeto y la tolerancia de la diferencia, la diversidad y en la pluralidad jurídica dispuesta en la norma constitucional.

d) Non bis in idem.- Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para el pleno ejercicio del derecho al debido proceso; por lo mismo sus resoluciones no serán susceptibles de revisión por ninguna autoridad estatal.

e) Pro Jurisdicción Indígena.- En caso de conflicto entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá a esta última, de tal manera que se asegure el derecho a la libre determinación, la autonomía y la menor intervención posible de las autoridades del Estado.

f) Interpretación Intercultural.- Cuando los miembros de las colectividades indígenas sean sometidos a la jurisdicción ordinaria, sus autoridades resolverán y adoptarán las resoluciones mediante la interpretación intercultural, contando con peritos antropológicos, y considerando los elementos culturales, el idioma, prácticas ancestrales, normas y procedimientos según el derecho propio de las colectividades indígenas, con el fin de lograr la efectiva vigencia y

práctica de los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales y en esta Ley.

TITULO III

JURISDICCION Y COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DE LAS COMUNIDADES, PUEBLOS Y NACIONALIDADES INDÍGENAS

CAPITULO I

DE LAS AUTORIDADES INDIGENAS

Art.7.- Para efectos de la cooperación y coordinación, la autoridad indígena competente será el Cabildo, Directorio, Consejo de Gobierno y la Asamblea General respectiva que para el caso disponga el derecho propio y que así le reconozca su colectividad, situación esta que será acreditada mediante los mecanismos previstos en su derecho propio.

Art. 8.- Las autoridades de los pueblos indígenas, serán independientes en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, aun frente a los demás órganos de la Función Judicial; sólo estarán sometidos a lo establecido en la Constitución y en esta Ley.

CAPITULO II

JURISDICCION Y COMPETENCIA

Art. 9.- Jurisdicción y Competencia.- Las funciones jurisdiccionales de las distintas formas de la autoridades indígenas establecidas en la Constitución, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en otras normativas jurídicas internacionales, serán ejercidas dentro del marco de la norma constitucional y de conformidad con sus tradiciones ancestrales y su derecho propio.

Art.10.- Las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales conocerán y resolverán los conflictos en todas las materias, sin límite alguno de cuantía o gravedad, ni delito. La Constitución de la República del Ecuador ni los Instrumentos Internacionales no establecen límites en cuanto a la materia, cosas, ni persona o grados; al contrario, garantizan y obligan a que las autoridades que juzgan aplicando la legislación nacional o estatal, respeten y consideren los métodos y procedimientos propios que los pueblos indígenas aplican para resolver sus conflictos.

Art.11.- Las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, y en caso de ser necesario y para su mayor efectividad, podrán crear, desarrollar y fortalecer su derecho propio, conforme la estatuye el Art. 57 No 10 de la Constitución, y de esta forma alcanzar la paz, la tranquilidad y la armonía entre sus habitantes

CAPITULO III

CONFLICTOS DE COMPETENCIA

Art. 12.- Conflicto de Competencia.- Los conflictos de competencia que surgen entre las distintas formas de la autoridad indígena y la autoridad de la jurisdicción ordinaria, serán resueltos por la Corte Constitucional, mediante procedimiento sumario, observando los principios establecidos en esta Ley; y en caso de duda, el conflicto se resolverá a favor de la autoridad indígena, preservando la autonomía y el derecho a la libre determinación reconocida en la Constitución e instrumentos internacionales, con la finalidad de garantizar la integridad institucional como pueblos y nacionalidad.

Art. 13.- Usurpación de Funciones.- Si alguna persona o personas asumieran las funciones de autoridad indígena sin serlo y ejercieren las funciones jurisdiccionales facultadas a dichas

autoridades, serán procesados y sancionados por las autoridades indígenas legítimamente reconocidas, de conformidad con los procedimientos, normas y derecho propio.

Art. 14.- En los Conflictos entre Campesinos no Indígenas.- Las partes involucradas podrán de mutuo acuerdo someter sus conflictos a conocimiento de autoridad indígena.

Art. 15.- Los conflictos entre una Colectividad Indígena y un individuo que no se autodefine o niegue su condición de indígena para sustraerse de la competencia de la autoridad indígena, serán resueltos sumariamente por la Corte Constitucional. Para el efecto, la información de la autoridad indígena gozará del beneficio de la presunción de veracidad.

Art. 16.- Conflicto entre Colectividades Indígenas.- Los conflictos entre colectividades indígenas serán resueltos por las autoridades de las organizaciones de grado inmediatamente superior a las que pertenezcan las colectividades partes del conflicto, de conformidad con sus normas, procedimientos y en base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio.

Los conflictos entre colectividades indígenas que no pertenezcan a ninguna organización de grado superior, serán sometidos a una determinada autoridad indígena que sus asambleas de mutuo acuerdo lo resuelvan, de acuerdo a su derecho propio.

Art. 17.- Infracciones de no indígenas.- las infracciones que fueren cometidas por no indígenas en perjuicio de indígenas en territorios indígenas, se resolverá de la siguiente manera:

1. El no indígena que tenga domicilio, residencia, negocio, industria o alguna actividad que vincule con el quehacer de la colectividad indígena, y en caso de conflictos, se sujetarán a la jurisdicción de las autoridades indígenas.
2. El no indígena que no tenga su domicilio, residencia, negocio, industria en el territorio de la colectividad indígena será juzgado por la autoridad indígena. El accionado podrá hacer uso de su legítimo derecho de defensa y usar su idioma materno en su defensa.

Si el no indígena no acata o no cumple la resolución de la autoridad indígena, será expulsado de ella, y sus bienes inmuebles de tenerlos, pasaran al dominio de la respectiva colectividad, salvo los muebles, semovientes, y otros bienes que pueden ser separados de la tierra. El valor de la tierra, edificaciones y los cultivos permanentes o semipermanentes, una vez fijado el precio, será pagado por la colectividad para entrar ocupar las tierras.

3. Si el no indígena, estuviere ocasional o temporalmente en la comunidad indígena, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar, pagara la indemnización patrimonial que acuerde con él o los perjudicados o la que fije la autoridad indígena.

Art.18.- Conflictos fuera de la Colectividad.- Los conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas, fuera del territorio indígena, serán conocidos por la justicia ordinaria, teniendo en cuenta para sus resoluciones lo dispuesto en los artículos 8, 9, 10, del Convenio 169 de la OIT.

Además del derecho al debido proceso, el indígena podrá defenderse en su idioma materno. El juez o tribunal nombrará un traductor o interprete a satisfacción del indígena. Al momento de resolver, el juez o el tribunal observará y tendrá en cuenta antes de su actuación y decisión los principios de la justicia intercultural conforme lo establece esta ley y el Art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial. Además, el Juez competente, de manera obligatoria, contará con informes y peritajes antropológicos para tomar una decisión, mediante la interpretación intercultural. Los mismos que serán presentados en el enjuiciamiento respectivo, ante el juez o tribunal que conozca las causas sometidas a su conocimiento. Este informe recomendará la sanción a aplicarse, la misma que deberá ser comunicada a las autoridades de las comunidades, pueblos o nacionalidades correspondientes para su ejecución y cumplimiento.

Art. 19.- Pero si se trata del indígena o indígenas que pertenecen a una colectividad indígena organizada, podrán solicitar ser juzgados por su autoridad indígena. En igual sentido, la autoridad indígena podrá reclamar la competencia para resolver el caso.

CAPITULO IV

LEGALIDAD DE LAS RESOLUCION DE LAS AUTORIDADES INDÍGENAS

Art.20.- Obligatoriedad de las decisiones de la autoridad indígena.- Las decisiones de las autoridades indígenas emitidas dentro de sus funciones jurisdiccionales, serán respetadas por las instituciones y autoridades públicas y privadas, y tendrán la misma fuerza obligatoria que los actos jurídicos adoptados por los órganos de la Función Judicial. Por consiguiente, no podrán volver a ser juzgados ni revisados por ningún otro órgano o institución del Estado, y el acto jurídico emitido por la autoridad indígena será cosa juzgada.

Sus resoluciones constaran en las actas que para el efecto tenga cada colectividad indígena. En las actas deberán constar el nombre de la Comunidad y la Circunscripción Territorial en donde se encuentra localizada, con determinación de la Región, Provincia, Cantón y Parroquia, además se señalarán los nombres de las partes intervinientes, las normas y procedimientos propios aplicados, a fin de que sirvan de precedentes con el valor que esta tenga en su derechos propio.

Art.21.- De los Reglamentos internos y actos escritos.- Los reglamentos y los demás actos escritos que las colectividades indígenas desarrollen sobre sus tradiciones ancestrales, no implica positivizar ni codificar su derecho propio, tampoco necesitan ser aprobadas ni registrados por autoridad alguna ni archivos estatales para su validez y eficacia, sino que serán precedentes de los sistemas jurídicos propios con el valor que esta tenga en su derecho propio.

Art.22.- Del Registro de las decisiones de las Autoridades Indígenas.- Cuando la Ley exija inscripción o registro de los actos o hechos sobre los cuales recaiga la resolución de la autoridad indígena, ésta por medio de la autoridad competente para ello, comunicará su resolución al funcionario correspondiente respecto de la inscripción o registro, para que el funcionario y/o autoridad Estatal de cumplimiento inmediato, y en la que se especificará la fecha, libro, numero del folio y más datos necesarios. Así se procederá, por ejemplo, en caso del reconocimiento del hijo habido fuera del matrimonio, la adopción, de la fijación de linderos de dos predios colindantes resuelto en litigio, con las actas de resolución de conflictos sobre tierras y territorios donde se reconozcan y/o establezcan los derechos de propiedad, el usufructo, etc.

CAPITULO V

DE LA CAPACITACION Y PROMOCION DE LOS SISTEMAS JURIDICOS INDIGENAS

Art. 23.- Capacitación en derechos de los pueblos indígenas con interpretación intercultural.- Todas las instituciones y autoridades de la función judicial, las facultades de derecho o jurisprudencia de las universidades, colegios profesionales y mas instituciones del Estado afines, llevarán adelante procesos de capacitación, formación y promoción sobre derechos de los pueblos indígenas, que coadyuve a la plena implementación del Estado intercultural y Plurinacional y el pluralismo jurídico en el País.

Es este proceso, se estudiara antropología jurídica, pluralismo jurídico y cultural, y se fomentara la comunicación intercultural.

TITULO III

MECANISMOS ESPECIFICOS DE COORDINACION Y COOPERACION ENTRE LA JURISDICCION INDIGENA Y LA JURISDICCION ORDINARIA

Art. 24.-. De la Coordinación y Cooperación.- Las autoridades indígenas podrán solicitar la colaboración y cooperación de las autoridades judiciales, fiscales, policiales y administrativas del Estado, que sean competentes y estimen necesarias para obtener el cumplimiento y la plena ejecución de sus decisiones. Estas autoridades deberán prestarle la colaboración o auxilio solicitado de manera inmediata y oportuna, bajo pena de asumir responsabilidad de los perjuicios ocasionados por la omisión, conforme a los procedimientos de sus propias normativas internas.

El incumplimiento de este precepto y, en general, de las obligaciones que en esta ley se prescriben para las autoridades respecto de las decisiones y/o resoluciones de las autoridades indígenas, constituye delito tipificado en el Art. 277 del Código Penal, sin menoscabo del derecho a la repetición por parte de las autoridades que incumplan y la reparación de los daños que el incumplimiento ocasionare a los perjudicados según el inciso anterior.

Art.25.-. Las autoridades judiciales, administrativas y otras, en el marco de la cooperación y coordinación respetarán los derechos a la libre determinación, la autonomía, de tal manera que se asegure su fortalecimiento y mayor autonomía posible que conlleve preservar su institucionalidad como colectividades históricas con derechos específicos.

Art. 26.- Las autoridades de la jurisdicción ordinaria, deberán abstener de conocer casos de conflictos relacionados a personas, cosas o bienes indígenas que han ocurrido dentro del territorio indígena, y devolver para el conocimiento y resolución de la autoridad de la jurisdicción indígena. En este caso, los fiscales y los jueces en el momento que tengan

conocimiento ya sea porque las partes se autodefinieron o por alguna fuente de verificación que están frente a un caso de jurisdicción indígena deberán inhibir de continuar con el proceso y declinaran su competencia conforme el Art. 345 del Código Orgánico de la Función judicial.

Art.27.- Las autoridades de la jurisdicción ordinaria contarán con peritos intérpretes especialistas en lenguas nativas, así como en antropología jurídica y/o cultural para experticias en las que se encuentren involucrados intereses relacionados con comunidades indígenas, para lo cual contará con la cooperación de las instituciones educativas bilingües.

Art. 28.-. De la asistencia de especialistas.- la Corte Constitucional designará una Sala Especializada conformada por un equipo multidisciplinario e intercultural, con especialistas en derecho indígena, con autoridades de la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal que serán designados por medio de los procedimientos establecidos para la conformación de este máximo Organismo Constitucional, integrado con un representante de cada uno de los pueblos o nacionalidades indígenas, de acuerdo con el reglamento expedido por la Corte Constitucional, donde, para el caso de las autoridades indígenas, se respetarán los procedimientos de selección realizados conforme a su derecho propio.

Art.29.- En todos los casos en el que la Corte Constitucional deba resolver un conflicto en que sean parte indígenas o sus colectividades, deberá ser resuelto por esta Sala Especializada. Quienes contarán con la asistencia de un jurista, antropólogo, y un sociólogo aceptados por su competencia y honestidad.

Art.30.- Las Cortes provinciales y Nacional de Justicia, y otras instituciones afines deberán facilitar y adoptar estrategias de cooperación y coordinación con la jurisdicción indígena, y para tal efecto contarán con peritos antropológico, culturales, sin perjuicio de los señalado Art. 346 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Art.31.- El Ministerio Público complementará y fortalecerá las fiscalías indígenas, en las provincias y Cantones que cuenten con una población indígena importante, como un espacio público de cooperación y coordinación entre los dos sistemas jurídicos, quienes velarán por el pleno cumplimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas, cuando sus miembros sean procesados por la jurisdicción ordinaria.

Art.32.- Las Autoridades Indígenas coordinarán y cooperarán con todas las autoridades de la jurisdicción ordinaria que requiera su actuación, de manera oportuna y sumaria con las mismas obligaciones y sanciones que su incumplimiento pueda acarrear.

TITULO IV

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE LAS DECISIONES DE LAS AUTORIDADES DE LA JURISDICCION INDÍGENA

Art.33.- Control de Constitucionalidad.- El que o las que, con la resolución expedida por la autoridad indígena, se sientan afectados en sus derechos fundamentales, o se verifique la violación de los derechos humanos de las partes en conflicto, harán uso del recurso de control de constitucionalidad ante la Corte Constitucional, establecido en la Constitución de la República.

Art.34.- Los miembros y los pueblos indígenas que se sientan afectados por las resoluciones de la jurisdicción ordinaria, recurrirán ante Corte Constitucional mediante el mecanismo de control de constitucionalidad establecida en la norma suprema, en donde harán valer sus derechos vulnerados.

Art. 35.- El control de constitucionalidad establecida en esta ley, en cuanto a sus procedimientos y requisitos, se estará al Reglamento que el máximo Órgano Constitucional haya dispuesto.

TITULO V

DISPOSICIONES GENERALES

Primera.- Conflictos internos.- Al referirse la Constitución Política a los conflictos internos, establece una competencia material: es decir, todo tipo de casos y gravedad, no especifica qué tipos de delitos ni qué tipo de gravedad. No obstante, para los pueblos indígenas y para el caso de la justicia indígena, conflicto interno constituye toda acción o acto, u omisión que desestabiliza la paz, la armonía y la tranquilidad de una colectividad en un territorio determinado. De manera que, todo acto que esté considerado por la comunidad, pueblo o nacionalidad como ilícita, como no permitido, será juzgado a través de la autoridad indígena.

Segunda.- Los indígenas que no habiendo pertenecido a ninguna colectividad indígena, por efecto de la reconstitución de los pueblos, configuraran la respectiva colectividad, se someterán a las autoridades de esa nueva colectividad indígena.

Tercera.- Los casos que estén actualmente bajo conocimiento de los jueces de jurisdicción ordinaria, de conformidad a esta ley se remitirá a conocimiento y resolución de las autoridades indígenas.

Cuarta.- Definición y conceptos de términos comunes a esta Ley. A efectos de su mayor entendimiento, interpretación intercultural y la coordinación y cooperación efectiva, se establecen las siguientes definiciones y conceptos:

Indígena.- Son indígenas los descendientes de los pueblos que ocupaban un determinado territorio antes de la conquista. Son mujeres y hombres originarios de un determinado lugar, que han vivido históricamente en él, mantienen sus propias costumbres, identidades, tradiciones, normas y formas de vida, y para ser considerados como tales configuran estos elementos materiales y el elemento psicológico de querer pertenecer a ella..

Territorio Indígena.- Aquel espacio físico determinado que comprende la totalidad del hábitat en donde las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas habitan. Es el espacio en donde los pueblos y nacionalidades desarrollan sus culturas, leyes, formas de organización y economía propia. Comprende la superficie de la tierra y el subsuelo.

Autoridad indígena.- No elige el Estado con una imposición de reglas (currículum académico). Es la persona que es elegida y reconocida por una demostración sistemática de actuaciones éticas y morales que son de conocimiento de la comunidad o pueblo. No actúan solo en temas de solución de conflictos o de las inobservancias de las normas sociales, sino que es el eje mediante el cual se conduce y se guía la vida y el desarrollo de una colectividad, se busca el bien social constituyéndose un modelo de autogobierno indígena, porque son las personas encargadas de velar por el bienestar, la armonía, la tranquilidad y paz social en las respectivas comunidades o jurisdicciones. Desde 1998 según la norma constitucional del Ecuador están investidas de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Derecho Indígena.- El derecho indígena, es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas propias regula los más diversos aspectos y conducta del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena no nace desde el Estado, es conocida por todo el pueblo, es decir que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la

administración de justicia, en los sistema de rehabilitación que garantizan el convivir armónico

Justicia indígena.- Justicia indígena es el término mas desprestigiado por las múltiples y tergiversadas interpretaciones que se han hecho respecto de este tema. Se ha dicho que es una forma de ejercer la justicia por mano propia, que es la práctica de los linchamientos; es una justicia vengativa o rencorosa, ojo por ojo o diente por diente, etc. Para los pueblos y nacionalidades la justicia indígena no encaja en ninguna de estas apreciaciones. Justicia indígena supone reconocer la aplicación de normas y procedimientos propios o el ejercicio de la jurisdicción indígena que la autoridad propia realiza para resolver un conflicto interno dentro de su territorio.

Sistema Jurídico Propio.- El sistema jurídico propio, es el que se acopla a la realidad del momento; es decir, camina a la par con el correr del tiempo. No es un código poseedor de normas estables como el derecho escrito.

Derecho Propio.- Es la capacidad de darse sus propias normas. Es el derecho que se origina, evoluciona y se aplica por la reiteración de los hechos en el tiempo. Este derecho no surge de la Función Legislativa, sino de manera autónoma e independiente de un Estado.

Normas y procedimientos propios

Este elemento constitucional establece que las autoridades indígenas pueden dirimir y resolver sobre los distintos conflictos que se presentan al interior de los territorios indígenas, conforme a las normas, procedimientos y sanciones propias de la comunidad o pueblo indígena. Las normas y procedimientos propios constituyen un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de actuación que cada autoridad indígena sabe y conoce; por lo mismo no se sujetará a las normas y procedimientos señalados taxativamente en el derecho adjetivo penal ni civil.

Tradiciones ancestrales.- La jurisdicción indígena se ejercerá de acuerdo a sus tradiciones ancestrales y a su propio derecho y cultura, no sujeto a leyes que provienen de la función legislativa. Este principio constitucional otorga a los pueblos y nacionalidades indígenas la capacidad de darse sus propias normas jurídicas. Nos encontramos frente a una normativa jurídica o costumbre jurídica no escrita ni codificada, es por tanto, un conjunto de normas y reglas de comportamiento y de convivencia social, basadas en la costumbre, que de generación en generación han ido evolucionando, aplicando y convirtiéndose en verdaderos sistemas jurídicos.

Derechos Colectivos.- Los derechos colectivos son diferentes a los derechos individuales. Mientras el derecho individual constituye los derechos humanos de una persona, hombre o mujer, mientras que los derechos colectivos son derechos humanos cuyos titulares son las colectividades, las comunidades, los pueblos, las nacionalidades. Es decir, derechos que pertenecen a un grupo social, y no a una sola persona. Ejemplo de derechos colectivos, pueden ser: derecho a la identidad, derecho al medio ambiente sano, la educación en su propia lengua, la propiedad imprescriptible e indivisible de las tierras comunales, entre otros.

Derecho a la libreterminación.- La libreterminación es el derecho que tiene una comunidad, pueblo o nacionalidad a autodefinirse y constituirse en una forma de organización social, en donde se puedan autogestionarse, autogobernarse y auto administrarse. La libreterminación configura algunos elementos:

Autoafirmación.- el derecho que tienen una colectividad indígena a proclamar su existencia y a ser reconocido como tal.

Autodefinición.- el derecho que tiene una colectividad indígena para determinar cómo reconocerse como colectividad y a decidir quiénes son los miembros que conforman esa comunidad, pueblo o nacionalidad.

Autodelimitación.- consiste en el derecho a definir los propios límites de su circunscripción territorial indígena.

Autoorganización.- el derecho a definir cómo organizarse, qué estructuras establecer, y el poder de dictar sus propios estatutos y reglamentos como norma legal.

Autogestión.- es el derecho de una comuna, pueblo o nacionalidad para gestionar sus propios asuntos, para autogobernarse y administrarse libremente en el marco de sus normas legales propias.

Autonomía Indígena.- Es la capacidad de un pueblo de optar por una decisión para el desarrollo interno o externo. La autonomía se debe concebir como un régimen especial de carácter político, jurídico y administrativo, en donde se otorgue una amplia facultad para que las comunidades, pueblos y nacionalidades, en el ejercicio de la libreterminación, se ocupen de sus propios asuntos o para que ejerzan su propio desarrollo, partiendo desde sus propias realidades indígenas, ejerciendo su derecho o su sistema jurídico propio, eligiendo su propia autoridad, interpretando su cultura. La autonomía indígena no significa aislarse de la sociedad nacional, ni que las autoridades indígenas actúen sin coordinar con los organismos del Estado; al contrario el Estado debe asumir la autonomía que plantean los pueblos y nacionalidades como la demanda madre, ya que este derecho abarca el conjunto de reivindicaciones que encajan plenamente para la vigencia del *Alli kawsay*.

Alli kawsay.- Es un principio y una propuesta de los pueblos indígenas que implica alcanzar un desarrollo equilibrado, armónico, sustentable, integral, alternativo, sin negar la diversidad y la identidad cultural, fundada en su propia cultura, sabiduría, realidad territorial, recursos naturales propios, cuidado de su biodiversidad, su medio ambiente, agua, nieves, el aire y organización. Es buscar una vida armónica entre el hombre y la naturaleza, es el pacto social

comunitario, cuya base es el equilibrio tridimensional entre el “el cosmos, la naturaleza y la sociedad”.

Concepción general de la administración de justicia indígena.- Desde estas definiciones podemos decir que los pueblos indígenas cuando administran justicia, no lo hacen porque la justicia ordinaria no funciona, o porque es corrupta, lenta, engorrosa o costosa; tampoco lo hacen porque la Constitución Política y las normas internacionales así lo reconocen desde 1998, sino porque desde sus orígenes hasta la actualidad, constituyen normas o sistemas jurídicos que han permitido armonizar sus relaciones sociales y sus más diversos aspectos del convivir como colectividades o pueblos indígenas.

Monismo Jurídico.- Es la existencia de un solo sistema jurídico reconocido por el Estado en todo el territorio nacional. La concepción monista del sistema jurídico o del derecho positivo identifica el derecho con el Estado. Esta definición valida únicamente al derecho que nace desde el Estado y no concibe ni admite la existencia y vigencia de diversos sistemas jurídicos en un mismo territorio.

Pluralismo Jurídico.- es la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio. Son normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos. El pluralismo jurídico es la contradicción al concepto de monismo jurídico, mientras para este último, en un territorio existe un solo sistema jurídico, para el primero es la vigencia de dos o más sistemas jurídicos en un mismo territorio.

Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas.- Las comunidades, los pueblos y las nacionalidades indígenas son colectividades distintas y diferentes del resto de la sociedad ecuatoriana; y como tal reúnen dos elementos muy importantes a saber: el elemento material y el psicológico. El primero, relacionado con los aspectos externos como la vestimenta, la

lengua, los sistemas jurídicos, las costumbres, los ritos, la cosmovisión, formas de organización, sistemas de economía dentro un determinado territorio; y el segundo, relacionado con el aspecto psicológico, es decir, la convicción del colectivo humano de autodefinición de ser distinto al resto y pertenecer a un grupo diferente.

Funciones Jurisdiccionales.- Es la potestad derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el derecho. La palabra jurisdicción en primera instancia sirve para designar el territorio o el área geográfico de ejercicio de las atribuciones y facultades de una autoridad indígena, en este caso se refiere al territorio de las comunidades, pueblos y nacionalidades.

Por lo mismo la función jurisdiccional, tiene que ver con el poder que una autoridad judicial tiene para ejercer o aplicar el derecho en un territorio. Según el Art. 171 de la Constitución Política del Estado, también se le otorga a la autoridad indígena esa potestad de aplicar el derecho dentro de su territorio, pero no un derecho estatal (derecho positivo-escrito-ordinario), sino un derecho con base en sus tradiciones ancestrales, su derecho y procedimientos propios.

Disposición Final.- La presente ley entrara en vigencia a partir de la fecha de su publicación en el Registro Oficial y prevalecerá sobre cualquier otra Ley que se le oponga, con excepción de la Constitución y de las reformas que expresamente se hagan a esta ley.

Finalmente recalcamos que:

Esta propuesta es un documento recopilado de varias propuestas de los pueblos y nacionalidades, así como desde la Asambleísta Lourdes Tibán, la misma esta presentada en la Asamblea Nacional para su discusión y aprobación, el presente proyecto es para seguir debatiendo entre los pueblos y nacionalidades, con organizaciones populares, profesionales, jueces, organismos de derechos humanos y la ciudadanía en general, su aporte será muy importante para mejorar este proyecto.