

# FUNDAMENTOS TEÓRICOS DE LA JUSTICIA INDÍGENA EN ECUADOR

## *THE THEORETICAL FOUNDATIONS OF INDIGENOUS JUSTICE IN ECUADOR*

Virginia Sánchez Rivas \*

Asociación Murciana de Antropología (España)

### Resumen

Con este trabajo, se pretende abordar la justicia indígena en la Constitución de la República de Ecuador de 2008, desde la disciplina antropológica. Concretamente desde la antropología jurídica. Ofrece una amplia visión sobre aspectos relevantes para el lector interesado en conocer la relación entre el derecho indígena, sistema penal y derechos humanos. Así como, el código penal de la justicia indígena, el derecho indígena y el ritual de purificación, los tipos de sanciones, la fundamentación legal. También se hace referencia a las faltas, quebrantamientos y delitos integrados en el sistema penal indígena.

**Palabras clave:** Justicia indígena, Constitución ecuatoriana, Antropología Jurídica, Derechos Humanos, Cultura.

### Abstract

With this work, it is tried to approach the indigenous justice in the Constitution of the Republic of Ecuador of 2008, from the anthropological discipline. Specifically from the legal anthropology. It offers a broad view on relevant aspects for the reader interested in knowing the relationship between indigenous law, penal system and human rights. As well as, the penal code of the indigenous justice, the indigenous right and the ritual of purification, the types of sanctions, the legal foundation. Reference is also made to the offenses, violations and crimes that are part of the indigenous criminal system.

**Key words:** Indigenous justice, Ecuadorian Constitution, Legal Anthropology, Human Rights, culture.

---

\* Doctora en Antropología Social por la Universidad de Murcia (España) y licenciada en Antropología Social y Cultural por la Universidad Miguel Hernández de Elche (España). Miembro de la Asociación Murciana de Antropología.

## LA JUSTICIA INDÍGENA EN LA CONSTITUCIÓN DE 2008: PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DE SU APLICACIÓN

A Ecuador le preceden diecinueve versiones de Carta Magna presididas por gobernantes autoritarios y militarismo, donde una parte de la sociedad ecuatoriana y entre ella la indígena, no ha tenido cabida ni oportunidad de decisión y participación social y política hasta la Constitución de 1998. En esta ocasión se les reconoce un mínimo de derechos por presión de la CONAIE y de Pachakutik, se ratifica por parte del Congreso Nacional, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- de 1989, el cual reconoce una serie de derechos en beneficio de los Pueblos y Comunidades Indígenas del mundo.

En el año 2008, Ecuador promulgó su última Carta Magna, en la que por primera vez en la historia Constitucional ecuatoriana, se registran una serie de derechos a las comunidades indígenas, reconociéndose a este Estado nacional, como país plurinacional e intercultural.

En el preámbulo de la Constitución y en su Art.-1º, se establece que Ecuador es un Estado intercultural y plurinacional, reconoce que existe una realidad social y cultural, la existencia de culturas distintas a la hegemónica, también que todas las culturas tengan la posibilidad de poder desarrollar sus potencialidades en la justa medida que, consideren y poder compartir y aprender unas culturas de otras, permitiendo una relación de equidad entre los grupos que la componen. Se destaca el reconocimiento de unos derechos de igual jerarquía, siendo algo muy positivo para la sociedad civil ecuatoriana, entre ellos las Comunidades Indígenas, reconocer en la última Carta Magna ecuatoriana que Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia social, por lo que se determina que todos los derechos son igual de relevantes, situados en el mismo escalafón jurídico y político, sin lugar para discriminaciones ni sobre-posición de intereses de clase, etnia, situación económica o filiación política, expresados en: Art. No. 10; Art. No. 11 –num 2 y 6; Art. No. 7 de la Constitución ecuatoriana del 2008.

Esta Constitución, declara el Estado como unitario y plurinacional. El Art. 22, introduce el “buen vivir” como estilo de vida enraizado en la cosmovisión indígena. También se puede observar como los idiomas Quichua y Shuar junto con el castellano y los demás idiomas de los pueblos indígenas en las zonas donde habitan, fueron oficializados. En el Art. 2, se reconoció la promoción de la educación intercultural. Los Arts. 27, 28, 29, reconocieron las nacionalidades como parte del Estado ecuatoriano.

El Art. 56, reconoció derechos colectivos a Comunas, Comunidades, Pueblos y Nacionalidades, tales como mantener la propiedad de sus tierras y territorios ancestrales, la obtención de adjudicación gratuita. Así como, participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales en sus tierras. Ser consultados sobre la explotación y comercialización de las mismas. Obtener beneficios y ser indemnizados por los prejuicios que pueda causar. También se contempla el deber del Estado en desarrollar la educación intercultural bilingüe (Art. 57, Art. 343, Art. 347). En el Art. 171, se reconoce el ordenamiento jurídico indígena, en el que se contempla el respeto y aplicabilidad del derecho consuetudinario y tradiciones ancestrales, mientras no sean contrarias a la Constitución. También, garantizó las prácticas de la salud ancestral, (Art. 363).

Esta Carta Magna, contempla tres aspectos relevantes sobre el derecho indígena: 1. La normatividad: Refiere a las normas, procedimientos, costumbres o directamente, al derecho consuetudinario. 2. La institucionalidad: Reconoce a las diferentes autoridades indígenas. Es decir, a un sistema institucional y a los diferentes procesos de constitución y designación de autoridades. 3. La jurisdicción: Reconoce las funciones jurisdiccionales del derecho indígena.

Así el art. 84 dispone que: “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, conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad”.

El Art. 191, concede a las autoridades de los pueblos indígenas, ejercer las funciones propias del derecho indígena, aplicando sus normas y procedimientos para resolución de conflictos, conforme a sus costumbres y tradiciones, siempre que no sean contrarios a la Constitución. Atendiendo a dos demandas, como son: 1. Establecer mecanismos de coordinación entre el derecho indígena y el derecho del Estado. 2. Establecer procedimientos para la solución de incompatibilidades que puedan surgir del derecho consuetudinario y derechos humanos, según el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Teniendo en cuenta que en la Constitución ecuatoriana de 1998 se reivindican los derechos colectivos fundamentales a favor de los pueblos indígenas y, reconoce al Estado como una sociedad diversa, plurinacional y multiétnica. Y que el Estado garantizará que las decisiones

de las jurisdicciones indígenas sean respetadas por las autoridades. Se debe tener en cuenta la importancia del reconocimiento y aplicación de la justicia indígena, para la sociedad civil indígena ecuatoriana.

Decisiones que quedarán amparadas bajo el paraguas y el control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de cooperación y coordinación entre el ordenamiento jurídico ordinario y el ordenamiento jurídico indígena. Con esto se quiere decir que, se reconoce a las comunidades y pueblos indígenas ecuatorianos, la plena vigencia del sistema legal con sus propias normas, autoridades y procedimientos.

Todas las constituciones expresan límites al reconocimiento del derecho consuetudinario en correspondencia con los límites que se imponen desde el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la no vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en el sistema jurídico de los derechos humanos a nivel internacional.

En la justicia comunitaria, las sanciones son aplicadas con el objetivo que el individuo que ha cometido un delito pueda reconocer su falta, enmendar su error y no volver a repetirlo en el futuro. La idea no es llenar el país de cárceles, según dicen algunos indígenas y representantes de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador –CONAIE–, sino que las personas aprendan a comportarse de acuerdo con los parámetros aceptados dentro de la comunidad.

De acuerdo con diferentes juristas ecuatorianos que consideran que el tema de la administración de justicia es uno de los más delicados y difíciles de resolver, ya que existen problemas de competencias cuando los problemas ocurren entre indígenas y no indígenas dentro o fuera de una comunidad. El problema práctico es que lo consagrado en la Constitución, no ha logrado traducirse en leyes de orden secundario que permitan, homogeneizar sino homologar la aplicación de justicia. Se puede llegar a intuir, que uno de los errores más comunes por parte del resto de sociedad blanca y/o mestiza, así como por representantes del sistema jurídico ordinario y medios de comunicación, es confundir la justicia propia -o linchamiento- con la justicia comunitaria o indígena.

Desde mi punto de vista, esto puede ser argumentado si nos planteamos como posible causa, el desconocimiento de la cultura indígena por parte del resto de sociedad civil ecuatoriana. Tras este breve inciso, la justicia propia –linchamiento- es una práctica que no

es sólo patrimonio de los pueblos indígenas sino también de los sectores urbanos populares. Pero esto no es parte de las tradiciones milenarias. En el sistema indígena no existe la pena de muerte. Las sanciones tienen un sentido económico y comunitario muy concreto. El objetivo es reinsertar a la persona dentro de la Comunidad. También tienen un fuerte sentido ceremonial, un fuerte sentido simbólico y cultural. Según el relator especial de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), la justicia indígena no es ejercer la violencia y no va en contra de los derechos humanos, que no se debe confundir justicia indígena con justicia propia, esto puede provocar por parte de los medios de comunicación una situación racista y discriminatoria en conjunto para todos los pueblos indígenas.

En Ecuador, los derechos de los pueblos indígenas, y en particular, el derecho a disfrutar de sus propias leyes, están reconocidos en la Constitución de la República de Ecuador de 2008 y en los tratados internacionales suscritos por el país. La Constitución reconoce la igualdad entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, y establece que los principios de relación entre ambas son de cooperación y coordinación. Anaya (2009) indica que, esto supone un proceso de mayor diálogo con las autoridades indígenas y conocimiento de las justicias ancestrales, así como el apoyo de análisis jurídico antropológico, especialmente en el tema de derechos humanos. E insiste que es necesario que las autoridades ecuatorianas, redoblen el esfuerzo para fortalecer las capacidades de la justicia indígena y la justicia ordinaria o del Estado. De tal forma que, ambas sean un instrumento de lucha e impunidad dentro del respeto de los derechos humanos.

La presencia de los indígenas en la sociedad nacional ecuatoriana es motivo para aceptar la multiculturalidad ecuatoriana, trabajar por la integración sociocultural, así como convivencia intercultural y para resolver conflictos que de este tema pueda surgir. Es decir, la sociedad indígena y los conflictos potenciales en un Estado plurinacional e intercultural hace partícipe del juego a una población socialmente marginada y excluida del panorama nacional emergiendo en una vida social política, siendo esto tema central para la convivencia cívica e integración en la diversidad cultural ecuatoriana.

## **DERECHO INDÍGENA, SISTEMA PENAL Y DERECHOS HUMANOS**

El ordenamiento jurídico indígena, no es contrario a los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos. Siempre que se realice una interpretación ajustada de los sistemas sociales en que deben ser aplicados. Es posible que, en muchos de los casos, según indica Borja Jiménez, sea oportuno considerar que la costumbre es el rango de

primera fuente en los casos de delitos así como de las penas, dentro de los sistemas legislativos indígenas. La transmisión oral de los saberes, la cultura y las tradiciones, sustituyen los procedimientos escritos de información social, propios occidentales (Borja, Jiménez, 2009). Es decir, no es exigible un parlamento, porque no existe entre las culturas indígenas, sin embargo cuentan con mecanismos asamblearios de participación comunitaria a través de procedimientos democráticos inmediatos. Tampoco es comparable la existencia de jueces de carrera, abogados letrados o fiscales ordinarios, porque el juez es sustituido por un cabildo o Consejo, el abogado por una persona conocedora de las normas consuetudinarias y reglas y, el fiscal no existe porque, la acusación puede proceder desde la misma comunidad, a través de líderes, hechiceros o grupo social y cultural.

Por tanto, no tiene ningún sentido, exigir el principio de legalidad penal a grupos culturales en las que sus garantías y manifestaciones se basan en estilos de vida de comprensión cotidiano, trascendental, como es la cosmovisión. En todo caso y, mínimamente, se puede comprender los principios de la legalidad penal en, la seguridad jurídica, representación democrática e igualdad de todos los ciudadanos (Borja Jiménez, 2009).

La seguridad en la comunidad se alcanza porque los componentes del grupo, conocen a la perfección cuales son las acciones prohibidas y penalizadas. La democracia, no se pone duda cuando los propios integrantes son los que imponen la sanción. Y la igualdad de trato se respeta si se siguen los procedimientos consuetudinarios de resolución de los conflictos. Los principios del sistema de sanciones del ordenamiento jurídico indígena, adquieren unos intereses que están por encima de lo personal y a favor de la comunidad (Borja Jiménez, 2009).

Como indica Perafán Simmonds (1995) (citado en Borja Jiménez, 2009) “el Derecho Penal indígena es, ante todo, un Derecho de mediación. El delito en las sociedades Latinoamericanas refleja el peligro de descomposición del grupo y de división social” (p. 40). Es decir, según la Corte Constitución colombiana, la pena no pretende expresar solamente el castigo representativo a nivel social, sino que se busca en todo momento restaurar el equilibrio de la vida social y de grupo, así como restaurar la paz rota que ha dejado el autor de los hechos. En muchos ordenamientos jurídicos indígenas, la imposición de la sanción, está compuesto por un proceso de negociación que se abre en dos direcciones diferentes. Por un lado, con carácter asambleario, en la que se reúnen todos los miembros de la comunidad para determinar la culpabilidad o inocencia del reo, llegando al

acuerdo sobre la duración y el cumplimiento de la misma. La finalidad es, evitar conflictos internos y mantener el orden y la convivencia del grupo. Por otro lado, las autoridades junto con la persona condenada y las personas integrantes de la comunidad, intentan acordar la sanción judicial. Como se ha mencionado anteriormente, el objetivo siempre es el mismo, es decir, restablecer la paz en la comunidad y mantener la convivencia del grupo (Borja Jiménez, 2009).

Como indican los reconocidos juristas ecuatorianos, Nina Pakari y Julio César Trujillo y, en acuerdo con Borja Jiménez (2009), el trabajo de mediación con el reo en delitos que no son tipificados como delitos muy graves, se inicia antes de que se establezca procedimiento de sanción alguno. Por ejemplo, si se da una actitud agresiva del comunero con su mujer, afecta a la integridad física y psicológica de la víctima y también a la tranquilidad de la comunidad. Esta conducta puede ser apercibida en varias ocasiones al sujeto para que cambie su comportamiento hacia su mujer. Si después de este apercibimiento, la conducta sigue siendo repetida, es cuando se decide a través de la comunidad, si debe ser sancionado y qué sanción se le debe aplicar. Como se ha indicado anteriormente, en la medida de lo posible, se intenta acordar la sanción con el reo, según la naturaleza del hecho.

Otro principio que se sustenta en la base de los diferentes ordenamientos jurídicos indígenas, es el de rehabilitación o reinserción social del reo. Una de las principales percepciones y afirmaciones de la población indígena, principalmente de los habitantes de la sierra y del oriente, es que la justicia ordinaria, no vela por los intereses de la sociedad y no contribuye a la rehabilitación psicosocial del reo. Es decir, consideran que las sanciones estatales despersonalizan al sujeto, lo excluyen de su entorno sociocultural, provocando mayor criminalidad y transformando al individuo de forma negativa para la persona, la familia y la comunidad. Desde el punto de vista cultural y jurídico, lo que se pretende es que la persona infractora, quede en paz consigo misma y con la comunidad (Borja Jiménez, 2009). Como indica Borja Jiménez (2009), esta es una de las razones por las que las sociedades indígenas se niegan a ser juzgados por el ordenamiento jurídico ordinario o estatal. Para estos grupos humanos, la privación de la libertad es considerada como una sanción que “desnaturaliza al sujeto” el cual se separa de su entorno natural”.<sup>1</sup> En palabras de Borja Jiménez (2009), “el derecho penal indígena que se aplica en las comunidades de la

---

<sup>1</sup> Consultar Sentencia T-349/96 en línea <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-349-96.htm> [Fecha de consulta: 14 de Julio de 2016]. En donde se recoge el testimonio de un indígena respecto de su concepción sobre lo que significa la pena de prisión. Decir que en lo que mi experiencia personal apunta en esta investigación, que, a los dirigentes entrevistados y sociedad civil indígena, participan en el mismo pensamiento.

sierra de los andes ecuatorianos y bolivianos, es un derecho penal que une elementos mágicos y místicos con la idea de reintegrar al sujeto de nuevo a su medio social. Las instituciones del baño de agua fría, las ortigas, muy utilizados en las comunidades kichwa ecuatorianas, pero también en la Amazonía -aquí sólo la aplicación de la ortiga-, presentan una naturaleza mixta entre componentes procesales y punitivos, a la que no son ajenas formas rituales procedentes de una institución ancestral<sup>2</sup> (Borja Jiménez, 2009: 18).

En las sociedades amerindias, el cumplimiento de la sanción se lleva a cabo a través de un procedimiento en el que existe una mixtura entre el rito junto a ciertas instituciones jurídicas. Es decir, el ritual común que se aplica sobre el cuerpo del reo, consiste en baño de agua fría, ortiga, latigazos en sobre el cuerpo semidesnudo. Con ello se pretende limpiar el cuerpo de malos espíritus. A continuación, se le aplica sobre el cuerpo una ortiga urticante. Tanto la ortiga, como el baño de agua fría y los látigos, producen dolor físico, enmarcado en un ritual consciente de los actos que, como se indicaba anteriormente, lo que se pretende es “curar” al reo para que se sienta “libre” y en paz consigo mismo y con la comunidad.

Otra de las sanciones que son características principalmente entre las comunidades serranas, es la reclusión del reo en la casa comunal. Es una sanción donde el reo está privado de libertad durante veinticuatro horas, extensible a un máximo de siete días. Con esta sanción, no se pretende apartar al reo del resto de la comunidad, sino que, la finalidad es la reflexión del reo sobre los hechos cometidos. La sentencia más dura para la persona y en consecuencia para la familia, es la expulsión de la comunidad. Se interpreta como una “muerte social”. El destierro, simboliza la ruptura total con la comunidad conlleva la pérdida total de sus bienes.

## **LAS FALTAS, QUEBRANTAMIENTOS Y DELITOS EN EL SISTEMA PENAL INDÍGENA**

Igual que en los modelos de Derecho Penal Occidental, los ordenamientos indígenas castigan aquellos comportamientos humanos que atentan contra la integridad física, la vida,

---

<sup>2</sup> Según este autor, quién realizó trabajo de campo durante meses en comunidades indígenas ecuatorianas de la Sierra, Costa y Amazonía, señala que, el procedimiento del baño en agua fría y del ortigamiento no es, ni mucho menos, generalizado en todas las comunidades amerindias. Sin embargo, es frecuente en las agrupaciones del cantón de Otavalo y alrededores del Imbabura en Ecuador.

la libertad sexual, el patrimonio, entre otros. En el caso de Ecuador, como se viene indicando a lo largo de este trabajo, existen dos ordenamientos jurídicos, el indígena y el del Estado -occidental o convencional- amparados bajo el paraguas de la Constitución de la República de Ecuador desde el año 2008 y vigente en la actualidad.

Según investigaciones realizadas en la Universidad Rafael Landívar en el año 1999 y de acuerdo con Borja Jiménez (2009) es importante destacar que aquellas infracciones como hurtos, robos, lesiones o apropiaciones de tierras, sean juzgados a través del modelo de justicia indígena que se aplique en la comunidad, pero que sea delegado a los tribunales “ordinarios” aquellas penas originadas por muertes, violaciones o secuestro. Desde la Universidad peruana, Rafael Landívar, en donde se han realizado numerosas investigaciones sobre modelos de justicia indígena en Latinoamérica y siguiendo a Borja Jiménez, quien realizó trabajo de campo durante varios años entre comunidades indígenas de la Sierra, Costa y Amazonía ecuatoriana y quien es autor de numerosos libros relacionados con Derecho Penal Indígena, Derechos Humanos entre otros. Se puede decir que existen comunidades que bajo su modelo de justicia indígena administran todos los casos y delitos cometidos de esta naturaleza que se desarrollan dentro de su territorio.

Como indica Perafan Simmonds, Azcarate García, Zea Sjöberg. (2000) las conductas ilícitas más abundantes dentro de los pueblos originarios suelen ser aquellas que están relacionadas con la apropiación de bienes comunales, robos, hurtos, lesiones y delitos contra el honor. Otro delito que es juzgado a través del Derecho Penal indígena y que no es común entre las sociedades occidentales, es el de la brujería. Hay que tener en cuenta que, dentro de la cosmovisión indígena, el mundo está muy arraigado a la interpretación de la realidad. Es decir, en la explicación fuertemente simbólica de la vida, donde los rituales y el respeto a la madre naturaleza y las fuerzas sobrenaturales juegan un papel muy importante.

Por esta razón, el brujo es quien mayor conocimiento tiene del cosmos espiritual que rige las creencias de los miembros del poblado, quien está autorizado a ponerse en contacto en las fuerzas sobrenaturales. Es decir, es la única persona que tiene el “poder” para generar la armonía entre el mundo espiritual y terrenal de los habitantes de la comunidad. El brujo es el único que está autorizado para tocar la medicina tradicional en casos de graves enfermedades, deshacer hechizos y manejar otras fórmulas mágicas para proteger a su comunidad y a sus miembros.

En mi viaje a Santiago de los Colorados en el año 2011, pude presenciar entre los tsachilas, varias prácticas chamánicas a personas enfermas que iban en busca del brujo para dar respuesta a sus enfermedades y así poder sanarlas. En este caso, se utilizaba a un Cuy o conejo de indias, junto con una serie de rezos, invocaciones y el trago de un líquido elaborado principalmente a base de hierbas medicinales y ayahuasca. En el proceso de sanación, el chamán fumaba y bebía de su “pócima” a la vez que pasaba el Cuy por el cuerpo de la enferma, acompañado de rezos e invocaciones. Una vez finalizado el ritual, el chamán diseccionaba el animal para localizar en el cuerpo del conejo el mal de la enferma y así poder curarlo.

En Occidente, esta práctica puede parecer que carece de rigor científico, pero eso no es lo que nos atañe en este momento. Con esto quiero decir que, el propio brujo, pude hacer uso de sus “poderes” y conocimientos para el bien común de la comunidad o bien, emplearlos, por ejemplo, en contra de un comunero, o contra otras personas de otro poblado. Esto es considerado como grave delito que debe ser juzgado en asamblea comunitaria y que puede llegar a imponer la pena de muerte.

La creencia de la fuerza del chamán es tan fuerte que, existen comunidades -principalmente en la Amazonía- que atenúan notablemente la pena a quien mata al hechicero por creer que éste hacía una de su magia con aquel y otro pariente.

## **CÓDIGO PENAL DE LA JUSTICIA INDÍGENA: CONDUCTAS Y SANCIONES EN LOS DISTINTOS GRUPOS INDÍGENAS**

Como indica Krotz (2002) en su obra, “Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho”, desde la ciencia social y específicamente la antropología evolucionista del siglo XIX, se estableció como posibilidad la idea de que todos los pueblos, por más “primitivos” y “salvajes” que se consideren, tienen un sistema de organización social, económico, político y jurídico, es decir, cultura, definida esta última por Tylor como “aquel conjunto complejo que comprende el conocimiento, las creencias, el arte, la moral, el derecho, las costumbres y cualquier otra capacidad y hábito adquirido por el hombre en cuanto miembro de una sociedad...” y la misma capacidad de desarrollo que los altamente evolucionados. Esto refiere a que por más caótica que se presentasen sus costumbres y por más grotescas que parecieran sus ideas ante los ojos del observador ajeno a esa cultura particular, la vida individual y colectiva del pueblo y sociedad cultural estaba y añadido, está, regida por algún tipo de orden social.

En relación con el acercamiento cultural sobre los procedimientos en la Administración de Justicia Indígena en Ecuador, el antropólogo e investigador Sánchez Parga (2009) en su obra, “Qué significa ser indígena para el indígena”, indica que los diversos grupos culturales indígenas, no quieren ser identificados como tal, ni definidos como único grupo cultural. Dentro de la cultura indígena existen diversas subculturas que desprenden de una matriz como es la cosmovisión indígena. Es por ello y por otras razones, por lo que se debe entender que no es lo mismo ser Achuar, Aguarana, Awá, Chibuelo, Cofán, Huaorani, Saraguro, Shiwari, Siuar, Taromenane, Tetete, Tsáchila.

Antes de entrar en materia sobre derechos indígenas, es importante definir a rasgos generales lo que refiere hablar de pluralismo jurídico. Es el reconocimiento de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico. Se denomina sistema jurídico al sistema de normas, autoridades, instrucciones y procedimientos que permiten regular la vida social. El pluralismo jurídico es justificado por la existencia de diferentes culturas, con identidad propia y coherencia para concebir el orden, la seguridad la justicia y la igualdad. Los principios en los cuales se fundamenta el Derecho Indígena se basan en la relación armónica de los miembros de una comunidad. Se refiere a Ama Quilla (no ser ocioso) Ama Llulla (no mentir) Ama Shua (no robar).

La justicia indígena es el conjunto de normas basadas en valores y principios culturales propios, con procedimientos y prácticas propias que regulan la vida social en la comunidad y el territorio. Las reparaciones a las transgresiones a dichas normas pueden ser por la vía de la recomposición, la compensación, y/o la remediación de los daños causados, y no sólo por la vía del castigo, que es la forma preponderante en la Justicia Ordinaria u Occidental. Cuando se habla de Justicia Indígena, se habla de derecho consuetudinario como su sustento, es decir, “como un derecho no escrito que está basado en la costumbre jurídica, la cual crea precedentes, esto es la repetición de ciertos actos jurídicos de manera espontánea y natural, que la práctica adquiere la fuerza de ley, otorgando un consentimiento tácito repetido por el largo uso” (Pérez Guartambel, 2006: 179). Así mismo, se caracteriza por contar con autoridades propias de cada comunidad, pueblo o nacionalidad. Tener una aplicación de las normas propias del derecho consuetudinario, basado en los sistemas jurídicos propios de cada pueblo o comunidad. Según publicaciones del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador -CODENPE-, la sanción es de carácter social, curativo y permite la reintegración y rehabilitación instantánea del o la acusada. La participación en el juzgamiento y la decisión sobre la sanción es colectiva de la

comunidad para resolver el conflicto. Es gratuita, oral y el procedimiento se lleva a cabo en su propia lengua, con la finalidad de la restitución inmediata de la armonía y la paz comunal o colectiva.

Cabe señalar que, el derecho consuetudinario de cada pueblo ha provocado notables diversificaciones de un sistema a otro. Según Borja Jiménez (2009) el fundamento y los principios del ordenamiento punitivo indígena son bastante similares entre las diferentes comunidades indígenas del Ecuador a nivel particular y entre los pueblos amerindios a nivel general. Así mismo, conviene destacar que:

(...) en las sociedades amerindias, en materia de consecuencias jurídicas del delito, ha tenido mucha influencia el sistema punitivo colonizador. De esta forma, aparecen ahora en la tradición indígena penas que procedían de los antiguos conquistadores españoles, como cortar el pelo, el empleo del cepo o fuate. La misma Corte Constitucional ecuatoriana ha reiterado en varias ocasiones que el derecho consuetudinario de los pueblos originarios va evolucionando a través del tiempo, y por esta razón es posible que aparezcan otras conductas que se consideran dignas de ser prohibidas, otros procedimientos para enjuiciar a los responsables de los hechos antisociales más graves y, por supuesto, es admisible introducir o recuperar otras formas de sanción, bien derivadas estas de la propia tradición, bien procedentes de otras culturas jurídicas. (Borja Jiménez, 2009: 25)

Según señala Perafan Simmonds (2000) (citado en Borja Jiménez, 2009) en la mayoría de las culturas indígenas de Latinoamérica, la pena de muerte está abolida, aunque sigue existiendo en algunos pueblos amerindios. Por ejemplo, En las comunidades indígenas de la sierra ecuatoriana, existe un rechazo generalizado sobre esta pena capital. Aunque en las comunidades de la Amazonía ecuatoriana, la pena de muerte es la más común de las sanciones para los delitos graves. Es una sanción que se suele aplicar para los casos de brujería

Tomando como referencia a la jurista indígena Lourdes Tibán (2009) y publicaciones como “Ecuador: El derecho indígena y su relación con la justicia ordinaria”, cabe señalar que, las autoridades indígenas que ejercen la administración de justicia obedecen a un procedimiento existente desde sus ancestros. Respetando las peculiaridades de cada uno de los pueblos indígenas, cabe indicar a rasgos generales cuáles son los pasos o los procedimientos que las autoridades indígenas utilizan para solucionar un conflicto interno. Son los siguientes:

- ***Willachina -aviso o demanda-***

Es el primer paso que debe dar el afectado para formular la petición al cabildo, de solución sobre lo acontecido. Petición que se llevará a la Asamblea comunal para su resolución.

- ***Tapuykuna -averiguar o investigar el problema-***

Hace referencia a una etapa de investigación del problema, con una serie de diligencias para identificar la magnitud del problema y, determinar quién o quiénes son los responsables. En ciertos casos, puede existir un allanamiento del lugar de los hechos para obtener más pruebas y comprobar la verdad de los hechos.

- ***Chimbapurana -confrontación entre el acusado y el acusador-***

Dentro del juzgamiento, es el paso más importante de todo el procedimiento judicial. Principalmente porque en el momento de los careos y defensa de ambas partes, no existen abogados que representen a las partes involucradas para determinar las responsabilidades y sanciones. Es en este momento de confrontación entre acusado y acusador, cuando la asamblea comunal es informada del motivo por el que se va proceder a juzgar el caso.

- ***Killpichirina -imposición de la sanción-***

Es el momento de imposición de sanciones. Las cuales son establecidas según la gravedad del caso. Estas pueden ser: multas, devolución de objetos robados, indemnizaciones, trabajo comunal y en el menor de los casos, expulsión de la comunidad, entre otras.

- ***Paktachina -ejecución de la sanción-***

Es la etapa de cumplimiento de las sanciones. Las sanciones corporales como el látigo, el baño y la ortiga son ejecutadas por hombres y mujeres de buena reputación. Las personas encargadas de sancionar no serán víctimas de represalias o venganzas posteriores. Por lo general las personas que aplican el castigo son personas mayores de edad, los padres, los abuelos, los padrinos de bautizo o matrimonio, el presidente del cabildo u otras autoridades indígenas locales. Para las comunidades indígenas, la justicia indígena no representa una violación a los derechos humanos, pues sus procedimientos se someten a los acuerdos internacionales actuales. Además, se respeta el debido proceso, es decir, se cumple ciertos pasos antes de determinar si hay o no culpables. Los miembros de la comunidad reconocen

que la justicia indígena tiene algunos errores, sin embargo, consideran que es mejor que la justicia ordinaria.

Los castigos impartidos tienen la finalidad de reinsertar en la comunidad y corregir el daño causado, sin tener fines represivos o privados de libertad. Además, es rápida y conciliadora. Coinciden en que la justicia ordinaria no es mala, el problema está en los funcionarios que en vez de administrar justicia aplican injusticias, pues no cumplen las leyes y, en muchos casos solo beneficia a la parte que goza de recursos económicos mientras que castigan a los demás al grupo minoritario que no tiene. Por ello el sector indígena de esta comunidad defiende su manera de hacer justicia ya que el castigo que recibe un indígena, cuando comete una falta se lo hace corporalmente y mentalmente sin llegar al aislamiento ni la violación de los derechos humanos como es la privación de la libertad.

Dentro de la administración de justicia indígena, se ha verificado que existen diversas sanciones en función del delito y en función de las leyes consuetudinarias de la comunidad. El procedimiento y fundamento de la justicia indígena se centra en los siguientes pasos:

- ***Allichina***, es el arrepentimiento del agresor ante toda la comunidad y sobre el delito o acto cometido.
- ***Kunana***, es la fase donde interviene el consejo de ancianos, en donde se le aconseja al agresor en relación a la acción realizada y el acto cometido
- ***Chisqui Yahsca***, hace referencia a la limpia o purificación, es decir la aplicación sobre el cuerpo del acusado, la ortiga, el fuste y el baño de agua fría.

La justicia indígena, no es estática por lo que se ha sumado a un proceso de adaptación y diversas circunstancias que avanzan según la realidad histórica y social. Algunas normas y procesos judiciales se han mantenido a lo largo del tiempo por ser inquebrantables y plenamente válidos a pesar del tiempo. Con los procesos de aculturación y transculturización a causa de la migración, muchos pueblos se rigen por la vía de la interculturalidad, en los cuales, se articula el derecho indígena con el derecho positivo y viceversa, por ser compatibles y complementarios.

En el derecho indígena, no existe una legislación escrita donde se encuentren tipificados los delitos penales, graves, menores, entre otros. Pero cuándo una de las normas manifestadas en la actividad política, religiosa, social, cultural y económica es violada o alterada, surge el problema y conflicto, recurriendo a la justicia que persigue una finalidad correctiva. Para

entender mejor el concepto de derecho indígena, la Confederación de Nacionalidades Indígenas de Ecuador –CONAIE (2012), establece la siguiente definición: “Para nosotros los indios, el derecho indígena es un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de un conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. Como expresa Ilaquiche Licta (2004), a diferencia de los que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir, existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación que garanticen el convivir armónico” (CONAIE, 2012: 24).

### **Características de la Administración de Justicia Indígena**

Según Tibán (2008) en su artículo, “El Derecho Indígena y su relación con la Justicia Ordinaria” indica que la Administración de Justicia Indígena se caracteriza por:

- a) Autoridades propias de la comuna, pueblo o comunidad.
- b) El procedimiento judicial es propio y basado en el derecho consuetudinario.
- c) La aplicación de la norma se basa en los sistemas jurídicos de cada comuna, pueblo o comunidad.
- d) La sanción tiene un carácter social, curativo y permite la reintegración y rehabilitación instantánea del acusado.
- e) Es gratuita y se realiza en su propia lengua.
- f) Permite la restitución inmediata de la armonía y la paz comunal y colectiva.

### **Mínimos que las autoridades indígenas deben observar en la administración de la Justicia Indígena**

Como indica Tibán (2008), existen unos mínimos comunes en ambos ordenamientos jurídicos que son garantías para todos los seres humanos y que, no pueden ser omitidas. Se refiere a:

- Derecho a la vida: la vida es un derecho inviolable de todo ser humano. Por lo tanto, la sanción no puede ser la pena de muerte.
- Derecho al debido proceso: las partes tienen derecho a defenderse, ya sea de forma propia o a través de terceras personas.

- Derecho a la no tortura, ni esclavitud ni tratos crueles: es un derecho de todas las personas y las leyes prohíben este tipo de trato.

- Derecho a la no agresión física y psicológica: este derecho ha sido el más cuestionado por la sociedad e instituciones de defensa de los derechos humanos. Según Tibán (2008), sobre el ordenamiento judicial indígena, se realiza un análisis de los hechos fuera del contexto de la cosmovisión cultural y social de las comunidades y pueblos indígenas.

Se ha dado un paso importante en este tema, en el Estado nacional ecuatoriano. Desde el 2007 y por iniciativa del Consejo de Desarrollo de las Nacionalidades y Pueblos del Ecuador –CODENPE- se ha conseguido la suscripción del Convenio Interinstitucional con el Ministerio Público, de esta forma, ambas partes asumen la responsabilidad de implementar dentro de su propia estructura, la Unidad de Justicia Indígena, con la creación e implementación de agentes fiscales indígenas y secretarios. Estas figuras garantizan los trámites respectivos a la vigencia y fortalecimiento de la lengua materna, los símbolos indígenas, los sistemas jurídicos del pueblo o comunidad donde pertenecen. También tienen competencia para plantear sanciones distintas al Convenio 169 de la OIT. Así mismo, analizan las infracciones y delitos, cooperan con las autoridades de los pueblos indígenas para lograr el fortalecimiento de las mismas, entre otras.

Tomando como referencia a Marcelo Chimbolema, miembro de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador –CONAIE- a pesar de los cambios constitucionales, la sociedad no indígena ecuatoriana aún no han asumido la plurinacionalidad y multiculturalidad que presenta el país. Se sigue actuando dentro del marco de un solo sistema jurídico, una sola lengua y una sola cultura. Los funcionarios judiciales y más autoridades del país, simplifican la justicia indígena considerada como actos de salvajismo, primitivismo, ignorancia y brutalidad.

## **LA FINALIDAD DE LA SANCIÓN**

Las creencias religiosas e ideologías juegan un papel importante en la práctica de las sanciones. La relación de estas con fuerzas sobrenaturales, creencias supersticiosas, relatos míticos e interpretación de los sueños les da un carácter complejo. En realidad, las sanciones y la justicia indígena en su conjunto no hacen distinciones entre el orden jurídico y el resto de los órdenes sociales y culturales, para ella la realidad es una sola, y tampoco hay distinción entre la acción de las autoridades políticas, jurídicas y las religiosas. Las comunas,

comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas consideran que la justicia ordinaria afecta solamente a la parte material del individuo, mientras que la justicia indígena llega al fondo de la persona, ya que luego de aplicar justicia a cualquier implicado no solamente hay un resarcimiento de un hecho material sino una “cura espiritual”. Esto permite reconciliarse nuevamente con el colectivo. Cobra sentido la práctica del castigo físico unido al consejo moral y edificante ejercido por las autoridades y los más ancianos.

Otro rasgo muy significativo de las sanciones es que, muchas de ellas ponen más énfasis en la prevención que en la rehabilitación, la sanción más interesante en ese sentido es la práctica del consejo o *amashina*, de esta manera se explica que la sanción más emblemática y rehabilitadora de la justicia ordinaria no tenga cabida en la justicia indígena, se refiere a cualquier tipo de práctica de privación de la libertad. La cultura kichwa, no tiene ni siquiera dentro de su léxico un término que designe a la cárcel o prisión, la persona sancionada requiere de su libertad para cumplir con cualquier tipo de sanción que se le imponga.

Una finalidad presente en muchas de las sanciones, es el carácter ejemplificador, no necesariamente para los sancionados sino más bien para el conjunto de miembros de la comunidad, en especial jóvenes, niñas y niños, como una muestra de lo que les puede pasar si cometen cualquier tipo de infracción. No hay que olvidar que a este tipo de asambleas asisten todos los miembros de la comunidad sin diferencia de género y edad, lo que le convierte en un excelente espacio de socialización para la misma.

Finalmente, el sentido y naturaleza de las sanciones y castigos impuestos por la justicia indígena aparecen como un elemento sujeto a polémica. Las principales sanciones combinan confinamientos cortos, castigos corporales, consejos, trabajo comunitario e indemnizaciones económicas a la víctima y su familia. Las sanciones más graves y controvertidas son la expulsión de la comunidad, que generalmente son adoptadas después de que las sanciones más leves no han surtido efecto.

**BIBLIOGRAFÍA**

Borja Jiménez, E. (2015). *Derechos indígenas sistema penal y derechos humanos*. Valencmonogia: Universidad de Valencia.

CONAIE. (2012, 20 de abril). Recuperado de [www.conaie.org.ec](http://www.conaie.org.ec)

CONAIE: Justicia indígena. (2012, 20 de abril). Recuperado de <http://www.conaie.org/justicia-indigena>

Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. (2009). *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Recuperado de: [www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9697.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9697.pdf?view=1)

Constitución de la República de Ecuador de 1998. (2012, 26 de abril). Recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/ecuador98.html>

Constitución de la República de Ecuador de 2008. (2012, 09 de mayo). Recuperado de [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)

Convenio 169 de la OIT. (2016, 21 de julio). Recuperado de [http://www.iwgia.org/iwgia\\_files\\_publications\\_files/0701\\_convenio169OIT2014.pdf](http://www.iwgia.org/iwgia_files_publications_files/0701_convenio169OIT2014.pdf)

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, marzo de 2008. (2016, 18 de agosto). Recuperado de [www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf)

Ilaquiche Licta, R. (2004). *Pluralismo Jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador. Estudio de caso*. Quito: Fundación Hanss Seidel-Indesic.

Kroz, E. (2002). *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*. Madrid: Antrophos.

Perafán Simmonds, C. C, S. (1995). *Sistemas jurídicos Páez, Kogi, Wayúu y Tule*. Bogotá: Colcultura.

Perafán Simmonds, C.C., Azcarate García, L.J. Zea Sjoberg, H. (2000). *Sistema jurídico Tukano, Chamí, Guambiano, Sikuani*. Bogotá.

Pérez Guartambel, C. (2006). *Justicia indígena*, Cuenca: Universidad de Cuenca.

Sánchez Parga, J. (2009). *Qué significa ser indígena para los indígenas. Más allá de la comunidad y la lengua*. Quito: Abya Yala.

Tibán, L. (2008). *Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador. Aplicabilidad, alcances y limitaciones*. Quito: INDESIC y Hans Seidel.

Tibán, L. (2017, 20 de abril). El Derecho Indígena y su Relación con la Justicia. Recuperado de <http://www.alainet.org/es/active/26016>

**Recepción:** 10-02-2018

**Aceptación:** 30-12-2019