

Jurisdicción indígena. Reconocimiento de derechos, exigibilidad de obligaciones

*Carlos Poveda Moreno**

La Constitución Política del Ecuador, al igual que instrumentos internacionales sobre derechos de los indígenas, ha reconocido la potestad de las autoridades indígenas para ejercer jurisdicción en sus conflictos y que puedan resolverlos de conformidad con sus propias normas. Lamentablemente estos principios constitucionales no han sido desarrollados por una ley y tampoco han merecido un trato serio, salvo contadas excepciones, por parte de la Función Judicial y el Ministerio Público. En este ensayo se reflexiona sobre las tensiones entre la jurisdicción indígena y los derechos humanos, entre la jurisdicción indígena y ordinaria, se establecen algunos parámetros para determinar la validez del sistema ancestral de solución de conflictos y las obligaciones que tienen los operadores de justicia frente al derecho consuetudinario indígena. Finalmente, se insiste en la necesidad de reconocer, con todas sus implicancias, el pluralismo jurídico.

FORO

LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

En el año 2002, se expidió la resolución interlocutoria del denominado “Caso La Cocha”. La resolución inicialmente sembró temores, desdenes y hasta represalias,¹ pero también generó un espacio de debate constitucional, sociológico y hasta antropológico del alcance de esta decisión. Sin embargo, el Estado ecuatoriano no ha sido capaz de crear la ley sobre jurisdicción indígena, hasta la presente fecha, pese a

* Ex Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi; Profesor de la Universidad Andina Simón Bolívar; Miembro del Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal del Ecuador.

1. Oficio No. 274-MP-2002 de 8 de octubre de 2002, suscrito por el ex Presidente de la Corte Superior de Justicia de Latacunga, José Córdova Robert, dirigido al ex Delegado del Consejo Nacional de la Judicatura: “Anexo se dignará encontrar en 4 copias fotostáticas simples, el auto de nulidad pronunciado por el doctor Carlos Poveda Moreno, Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi en cargo del Tercero. Del estudio de dicha pieza procesal Ud., señor Delegado, advertirá serias connotaciones que preocupan jurídicamente... En atención a lo expuesto, me permito hacerle conocer que la Honorable Corte Superior de Justicia del Distrito, en forma unánime, decidió que en pleno uso de sus facultades constitucionales y legales, se digne proceder a una prolija como exhaustiva inves-

los intentos del Congreso Nacional, que fueron obstaculizados por el Ejecutivo,² aun cuando los derechos humanos pueden ser aplicados inmediatamente sin la existencia de ley para su ejercicio.³

La Carta Magna del Ecuador reconoce la potestad de las autoridades indígenas para ejercer jurisdicción en los conflictos internos, independientemente de la materia que trate.⁴ De igual modo, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) permite ejercer jurisdicción inclusive en materia penal, y hasta establece que, en el caso de que los miembros de los pueblos indígenas sean sometidos a la jurisdicción ordinaria, se les aplicarán sanciones alternativas a la privación de libertad.⁵

Las facultades jurisdiccionales reconocidas a las comunidades indígenas no son nuevas en el Ecuador. En 1976, el Estatuto de las Comunas Campesinas permitía a los Cabildos conocer sobre conflictos de linderos o semovientes.

Más allá del reconocimiento estatal, en la práctica comunitaria, los sistemas jurídicos ancestrales⁶ han solucionado conflictos internos, desde una óptica diferente a

tigación sobre la actuación del servidor judicial en referencia, sobre los particulares anotados, con cuyo informe se procederá conforme a Derecho...”. Oficio No. 293-MP-2002, de 31 de octubre de 2002, suscrito por el mismo funcionario pero dirigido en esta ocasión al señor Doctor Armando Bermeo Castillo, ex Presidente de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador: “...Somos jueces de mente y espíritu abierto a todas las innovaciones que garanticen los derechos de los seres humanos en general, no solo de la clase indígena. El avance y las grandes transformaciones de la humanidad han sido obra de espíritus selectos, de mentes brillantes y no de oportunistas, protagonistas y vanidosos. Los pueblos de la tierra desde los albores de la humanidad han venido luchando para que los principios y las normas de convivencia entre los hombres se vayan perfeccionando, abandonando, poco a poco, aquellas prácticas salvajes de hacer justicia, hasta llegar a través de mucho esfuerzo y no pocas vicisitudes, a la justicia que hoy por hoy aplica todo pueblo civilizado. Mas aquí en la Función Judicial están apareciendo fermentos innovadores, pseudos modernistas que preconizan y defienden la justicia indígena, es decir, aquella justicia en que se castiga al hombre con penas salvajes como el linchamiento, el baño en agua helada, el ortigamiento, los latigazos y en muchos casos la muerte y el ostracismo, penas infamantes que son una afrenta a la dignidad humana, retornando, en esta forma, al primitivismo que creíamos superado. El sustento de que el fallo del “compañero Poveda”, ha merecido el respaldo de organizaciones y observadores jurídicos a nivel nacional e internacional; que su decisión ha recibido el apoyo de América Latina, Europa y Norteamérica, no puede ser otra cosa que el producto de una mente afiebrada...”.

2. Oficio No. T-2473-DAJ-2003-6711, de fecha 8 de enero de 2003 dirigido por el ex Presidente de la República Dr. Gustavo Noboa Bejarano al entonces Presidente del Congreso Nacional del Ecuador, señor economista Guillermo Landázuri, entre otros fundamentos manifiesta: “No cabe duda de la importancia de reconocer la posibilidad de que los ciudadanos ecuatorianos se rijan de conformidad con sus propias reglas ancestrales y culturales pero no es conveniente, ni tiene fundamento que la mayoría de ciudadanos se deba someter a dichas reglas culturales o consuetudinarias, ajenas a u propia tradición”. El veto fue total lo que impidió discutir nuevamente el proyecto en la Comisión de lo Civil y Penal.
3. Constitución Política del Ecuador, art. 18.
4. *Ibid.*, art. 191 (4).
5. Convenio 169 OIT, art. 8, 9 y 10. En particular el art. 10 (2) que establece que “Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento”.
6. Nota de Raquel Irigoyen citada por Gina Chávez y Fernando García, *El derecho a ser: diversidad, identidad y*

la occidental, y desde hace mucho tiempo atrás a la vigencia de la normativa constitucional.

Todos los abogados y abogadas conocemos que el ejercicio de la jurisdicción nace de la ley y que determinados actos procesales encuentran su sustento en la Constitución. Por ejemplo, la persecución y la sanción en ausencia cabe excepcionalmente para delitos como los de peculado, cohecho, concusión o enriquecimiento ilícito; la consideración como bien jurídico al medio ambiente y al patrimonio cultural, y la consideración como sujetos activos de los delitos a las personas jurídicas; el reconocimiento de la inmunidad parlamentaria y el trámite para su levantamiento. La Constitución, entonces, no solo es un conjunto de normas que tienen una parte orgánica y otra dogmática, también contiene normas de derecho penal sustantivo y adjetivo.

Las facultades de las comunidades indígenas contenidas en la Constitución, permiten caracterizar su jurisdicción, aun cuando legislativamente no se haya desarrollado su contenido:

- a) La jurisdicción indígena es un medio alternativo de solución de conflictos.
- b) Los indígenas resuelven litigios internos, que no pueden restringirse exclusivamente al territorio, sino que su alcance debe determinarse con criterios antropológicos. Los intereses comunitarios traspasan una zona circunscrita y pueden presentarse conflictos inclusive fuera de un espacio físico nacional o internacional.
- c) Las autoridades de pueblos indígenas lo determinan las propias comunidades según sus reglas. La autoridad no puede restringirse a las exigencias establecidas en el Estatuto de Comunas Campesinas, que se limita a la existencia de un Cabildo debidamente inscrito o también a una organización mínima jerárquica.
- d) La competencia por la materia no es determinada. Las autoridades competentes indígenas pueden resolver todos los problemas planteados dentro de su comunidad, indistintamente de su materia.

Las resoluciones judiciales que se adapten a estos principios constitucionales no deben merecer rechazo u oposición de la misma Función Judicial y del Ministerio Público, bajo la falsa premisa de promover una actitud cesionista. Al contrario, los

cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana, Quito, FLACSO Sede Ecuador, 2004, p. 17. Este trabajo examina diversos ejemplos de sistema de derecho indígena y afro-ecuatoriano definidos como “una instancia social y política que tiene poder reconocido para administrar justicia, que posee las normas y los medios para crearlas o cambiarlas, autoridades y mecanismos para escogerlas, procedimientos para arreglar disputas, y un conjunto de sanciones para corregirlas”.

jueces tienen el imperativo constitucional de garantizar los derechos fundamentales de las poblaciones indígenas o minorías étnicas. El contenido de los derechos colectivos debe ser analizado legislativa y judicialmente para diferenciarlos y especificarlos de forma correcta; más aún, cuando se reconoce constitucionalmente el pluralismo jurídico que incide notablemente en el sistema procesal penal ecuatoriano.

Las posiciones contrarias al ejercicio plural del derecho coinciden con quienes demandan la imperiosa necesidad de crear una Ley de Administración de Justicia Indígena. Recordamos que, siendo importante la ley, la Constitución tiene principios suficientes para que los jueces los apliquen en la administración de justicia.

¿EXISTE CONFLICTIVIDAD ENTRE LA APLICACIÓN DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA Y LOS DERECHOS HUMANOS?

Los castigos comunitarios, como la flagelación, el uso del azote, el baño en agua fría, la ortiga, la caminata entre piedras dentro de una plaza pública, a veces el uso de insectos o plantas en el cuerpo humano, el fuate, genera en la mayor parte de la población mestiza un rechazo a la sanción comunitaria. El argumento más común es que estos castigos, *prima facie*, son incompatibles con algunos Derechos Humanos. Se puede considerar, por ejemplo, que la flagelación es un acto cruel e inhumano y que el azote es una forma de tortura.⁷ De este modo, incluso se ha calificado a los castigos indígenas como la manifestación de una justicia incivilizada, cruel y deshumanizante.

7. Sentencia número T-523/97 de la Corte Constitucional de Colombia: "...La sanción del fuate, impuesta al actor por la Asamblea General, muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena Páez. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado...El fuate consiste en la flagelación con "perrero de arriar ganado", que en este caso se ejecuta en la parte inferior de la pierna. Este castigo, que se considera de menor entidad que el cepo, es una de las sanciones que más utilizan los paeces. 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 pueda 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 la sanción...".

Efectivamente, desde una cosmovisión eurocéntrica de garantismo puede ser que estos niveles punitivos sean observados y calificados de esa manera; y, al contrario, la privación de libertad en cárceles inhumanas y hacinadas se aprecia como una justicia racional y normal.

El desconocimiento de los valores propios del sistema jurídico ancestral, permite catalogar de forma errada a ésta y considerar al sistema ordinario como una justicia más humana.

La Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano (1789) protegió exclusivamente a quienes tenían el estatus de ciudadanos. De este modo se consagraron categorías de seres humanos; por ejemplo, no existían salvaguardas para los migrantes o extranjeros. La conocida como Escuela de Salamanca denunció los abusos continuos en contra de los indios latinoamericanos, para sensibilizar al antiguo mundo sobre la necesidad de instaurar el respeto a la dignidad humana de las personas menos favorecidas y en estado de indefensión.

La mirada desde los derechos humanos y su discurso pueden ser retrógrados, xenofóbicos y hasta pueden ser una expresión de poder. Por ejemplo, en relación a la aprobación de la última Declaración de Principios de Pueblos Indígenas en la Organización de Naciones Unidas, países como Colombia, que tienen población indígena, se negaron a suscribir dicho documento a pesar de que en materia Constitucional ha sido Estado adalid en el establecimiento de un verdadero Estado Social de Derecho. Es decir, podemos apreciar dos discursos diferentes en el mismo Estado sobre derechos humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en casos sometidos a su conocimiento, al igual que Tribunales y Cortes Constitucionales, aplican criterios técnicos para examinar y resolver de forma justa. Por ejemplo, el conflicto ético que atraviesa México con la discusión del derecho al aborto, en el que el Tribunal Supremo de Justicia ha recurrido a criterios científicos que expliquen la época de formación de la corteza cerebral humana para tomar una decisión fundamentada.

Nuestra mirada hacia los derechos humanos será por lo general eurocéntrica y universalizante, mas no relativista y ancestral; prejuicio que eclosionará en una visión imperante de una cultura que minimiza a la indígena, convirtiéndola en salvaje, aborigen e incivilizada.

De ahí que la conflictividad no opera en el atropello a la dignidad humana, sino a una visión de poder monopólico, por lo que será necesario para interpretar su atentado desde una ponderación concreta a la luz de informes antropológicos culturales que auxiliarán al Derecho a ser el medio de justicia y no una herramienta de superposición.

¿POR QUÉ EN EL ECUADOR NO SE CONOCE NI APLICA EL PLURALISMO JURÍDICO?

La cultura jurídica ecuatoriana ha demostrado un desastroso atraso en materia de justicia. Se ha pensado que esta delicada actividad es exclusiva de abogados, que tienen que resolver única y exclusivamente a base de criterios legalistas (sin considerar como norma vigente la Constitución). La concepción del derecho es tan simple que aún no se ha configurado hasta la presente fecha un bloque de constitucionalidad. La ayuda de otras ramas sociales, como es el caso de la Antropología o Sociología, deben ser auxiliares fundamentales en casos complejos, para asimilar que las culturas de otras etnias o grupos humanos fundamentan la diversidad, y que el pluralismo jurídico engrandece y no infama a un verdadero Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Los abogados y abogadas hemos tenido insensibilidad e ignorancia, e incluso tenemos rezagos racistas originados por una educación monista que no ha conciliado con nuestra realidad diversa.

El Congreso Nacional se encuentra conociendo un proyecto de Ley que plantea reformar el Código Penal⁸ y el Código de Procedimiento Penal,⁹ en cuanto a la obligatoriedad de contar con peritajes antropológicos culturales, para decidir en los casos donde confluyan la jurisdicción indígena y la ordinaria. Al parecer los jueces, fiscales y abogados no aplican disposiciones constitucionales o internacionales, sino cuando expresamente se encuentran aquellas disposiciones en una ley secundaria.

La educación y formación en el respeto hacia otras formas de coexistencia y de resolución de conflictos, serán las que generen un nuevo rol y discurso sobre los Derechos Humanos y su relación con la jurisdicción indígena. De lo contrario, se seguirá aplicando el derecho formal que atenta contra una forma racional de convivencia.

Comparto el criterio de establecer reglas mínimas, que son precisamente el punto medio entre un exacerbado relativismo cultural y una posición universalizante, para conciliar posiciones que en el campo práctico se han presentado.

En mi actividad como ex Juez Penal implementamos el principio del agotamiento de soluciones internas en un conflicto indígena, que se había judicializado a través de acciones penales privadas. El mecanismo utilizado para hacerlo efectivo fue el de las audiencias de conciliación, donde previamente acordábamos cumplir las resolu-

8. Proyecto presentado por el diputado doctor Raúl Ilaquiche Licta, el 19 de abril de 2007. Código 28-061.

9. *Ibíd.*

ciones comunitarias emitidas por los cabildos para llegar a una transacción. De este modo se respetaba la jurisdicción indígena y se ponía fin a la disputa presentada ante la justicia ordinaria. También, cuando se trataba de antecedentes procesales que involucraban investigaciones sobre perjuicios a la propiedad privada o comunitaria, recurríamos a acuerdos internos con la intervención del representante del Ministerio Público para efectuar la conversión de acciones; es decir, se procuraba la utilización de la denominada tercera vía, para finiquitar un conflicto donde confluían las dos jurisdicciones.

Las alternativas al derecho penal ordinario, que se caracteriza por un uso excesivo de la punición tradicional, deben respetar y defender el derecho a la vida en lo que sea posible. En culturas como las amazónicas,¹⁰ piénsese por ejemplo en el conflicto Tagaeri-Taromenane, desde una perspectiva antropológica se concluyó que el conflicto obedecía a una venganza, donde los intereses de los madereros eran preponderantes. Insistimos, en los casos de jurisdicción indígena, antes de asumir cualquier medida, el operador de justicia deberá asesorarse y contar con criterios técnicos. La perspectiva tradicional de los profesionales del Derecho, jueces y fiscales no basta.

¿LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO SON COMPATIBLES CON EL SISTEMA ANCESTRAL DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS INDÍGENAS?

Los procedimientos consuetudinarios tienen al menos ocho características: a) *Willachina*. Formulación de la petición; b) *Tapuykuna*. Investigación del problema; c) *Chimbapurana*. Denominado careo o entrevista cara a cara; d) *Killpichirina*. Imposición de la sanción; e) *Allichina*. Arrepentimiento del agresor; f) *Kunana*. Consejo al agresor; g) *Paktachina*. Ejecución de la sanción; y, h) *Chisqui Yahsca*. Limpia o purificación al agresor; similares con el sistema acusatorio formal vigente en el derecho positivo ecuatoriano como: los principios generales de inmediatez, publicidad, dispositivo, contradicción, oficiosidad para descubrir una verdad histórica, excepcionalidad de la privación de libertad, motivación. En cuanto a las diferencias, el sistema ordinario tiene mucho que aprender de las bondades del sistema ancestral; por mencionar algunas características: el sistema indígena tiene particula-

10. Gina Chávez, Fernando García, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, Quito, FLACSO Sede Ecuador, 2004. “La muerte por adulterio ocurre, por lo general, exclusivamente entre los indígenas debido a las peculiares formas de relación familiar, algunas de las cuales las identificamos en la etnografía. Entre los shuar y achuar las reglas son más estrictas que entre los Kichwas, por lo que los hechos de adulterio, son generalmente vengados con la muerte de la pareja adúltera, sin que les sean con- vincentes medidas alternativas como la separación de la pareja”, p. 175.

ridades educativas, reivindicatorias, purificadoras y resocializadoras, todo esto, dentro del contexto, para lograr un equilibrio comunitario.

En relación a otro principio, fundamental en el derecho positivo, el de legalidad, no tiene parangón en el derecho indígena. Sin embargo, no cabe duda que los dos sistemas tienen que convivir. El derecho positivo no debe limitarse a ser considerado como un catálogo preestablecido, sino que debe dar respuesta a exigencias sociales. De alguna manera, el derecho ancestral tiene rasgos de derecho positivo en cuanto las comunidades indígenas, a través de los Cabildos, llevan consigo libros de actas de juzgamiento.¹¹

Por lo tanto, los sistemas indígenas y ordinarios no son incompatibles. Las diferencias existentes son más el reflejo del desconocimiento del Derecho. En el fondo, lo importante es la paz social con justicia, que es una aspiración de una realidad que es diversa, y los mecanismos existentes no son más que medios para lograr este objetivo.

El enfrentamiento de estas dos jurisdicciones en el campo práctico fue puesto en debate ante el Tribunal Constitucional del Ecuador en el año 2004, cuando se presentó una demanda de competencia¹² entre la jurisdicción ordinaria y la indígena por el caso “La Cocha”, que lastimosamente por requisitos formales fue inadmitida, pero adicionalmente se presentó un proyecto de Ley¹³ que reformaría la Ley Orgánica de Control Constitucional otorgando competencias al organismo constitucional para *dirimir la competencia en conflictos que se produjere entre la jurisdiccional nacional ordinaria y la jurisdicción especial de los pueblos indígenas, aplicando el principio de interpretación intercultural y de la diversidad cultural*.

OBLIGACIONES DE LOS TITULARES DE LA JURISDICCIÓN EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL

El ejercicio jurisdicción, en la tramitación de causas donde se involucra intereses particulares, implica la expedición de resoluciones y el cumplimiento de obligaciones, frente a una sociedad que tiene el derecho de demandar un servicio de justicia

11. Hans Jürgen Brandt, Rocío Franco Valdivia, *Justicia comunitaria en los Andes: Perú y Ecuador. El Tratamiento de conflictos. Un estudio de actas en 133 comunidades*, Lima, Instituto de Defensa Legal, IDL, 2006.

12. Art. 276 num. 6 de la Constitución Política del Ecuador: “Competerá al Tribunal Constitucional: Dirimir conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución”.

13. Proyecto de Ley número 25-472 presentado por el ex Diputado de la provincia de Cotopaxi señor Jorge Guamán Coronel con fecha 22 de septiembre de 2004. Este proyecto no ha sido discutido hasta la presente fecha.

eficiente y óptima. Ningún funcionario público se encuentra exento de responsabilidades por el incumplimiento de sus funciones.¹⁴

Ahora nos preguntamos: ¿quién responde por un ejercicio jurisdiccional ancestral que yerre en sus resoluciones o a su vez que menoscabe derechos o reglas mínimas que señalamos en el acápite anterior, o que exista abuso de las facultades y extralimitación de su ejercicio?

Estos interrogantes se presentan cotidianamente. Es necesario que exista, en primer lugar, un mecanismo de salvaguarda que permita establecer los límites de la jurisdicción indígena, que tienen ya un marco constitucional,¹⁵ compatibilizarlos con los instrumentos internacionales y las prácticas consuetudinarias; además, que proteja la visión indígena de la asimilación eurocéntrica de concepción del derecho, y que procure un equilibrio comunitario y social. De igual modo, este organismo, al reconocer la visión pluricultural, debe procurar un equilibrio entre los derechos, las obligaciones y las responsabilidades.

La horizontalidad de los derechos humanos exige su respeto entre particulares y no necesariamente en la relación de estos con el Estado, de ahí que inclusive aunque no se reconozca la calidad de las autoridades indígenas, éstas deben someterse al principio de responsabilidad por sus acciones y omisiones; al respecto Félix Ermacora manifiesta textualmente: “desde hace mucho ha dejado de tener vigencia el principio según el cual exclusivamente del Estado es obligado por los derechos fundamentales y los derechos humanos. Incluso en las primeras declaraciones de derechos ya se conminaba al individuo a la tolerancia con respecto a sus congéneres. No solo personas naturales, sino también asociaciones de personas naturales, que no son portadoras de poder público, por ejemplo, los partidos políticos, están obligados por los derechos fundamentales”.¹⁶

En una ocasión, algunos miembros de la comunidad Tigua, en la provincia de Cotopaxi, solicitaron una especie de veeduría del Juez Primero de lo Penal de Cotopaxi a la administración de justicia indígena, bajo el argumento de que la comunidad no confiaba en las autoridades del cabildo que habían sido acusadas de persecución partidista. En ese *sui generis* pedido, el juez se vio limitado por la jurisdicción ordinaria, que se caracteriza por ser imparcial e independiente; si intervenía, el juez se involucraba en un conflicto que podía tener visos de investigación penal.

14. Constitución Política del Ecuador, art. 20 y art. 120.

15. *Ibid.*, art. 24 y 191.

16. Luis Villar Borda, *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosófica del Derecho, No. 9, 1998, 1a. ed., pp. 43-44.

Los lineamientos para determinar las obligaciones del juez penal y las relaciones entre jurisdicción indígena y ordinaria, pueden ser:

- a) La homologación del nombramiento de las autoridades indígenas con el de los jueces ordinarios. Hay que considerar que el nombramiento de autoridades indígenas se lo hace de acuerdo a sus normas y costumbres y es totalmente distinto de las autoridades ordinarias, en donde interviene el Consejo Nacional de la Judicatura y las Cortes Superiores.
- b) La responsabilidad civil por daños y perjuicios, que contiene el Código de Procedimiento Civil, debe evitarse en relación a los jueces indígenas, puesto que, además de ser un procedimiento tedioso y oprobioso, puede servir de chantaje.
- c) La responsabilidad de los indígenas con competencias jurisdiccionales puede derivarse de la Constitución, cuando se demande un servicio deficiente.¹⁷ La apertura de un juicio administrativo, que tenga por finalidad establecer la responsabilidad comunitaria, no debe tener como consecuencia la sanción con indemnizaciones pecuniarias, como las que tenemos en nuestro contexto occidental. Las sanciones deben ser alternativas, considerando el entorno; por ejemplo, pueden ser la reivindicación del honor mancillado, la restitución de los bienes perdidos, la devolución de lo entregado y una pública disculpa en el interior de la comunidad indígena.
- d) La justicia ordinaria debe integrar, en casos especiales donde se trate el tema indígena, a peritos antropólogos culturales que determinen si la sanción impuesta o procedimiento considerado, no son compatibles con las costumbres acatadas al interior de la comunidad indígena.
- e) Las garantías constitucionales, tales como el amparo constitucional y el hábeas corpus (este último que debe ser judicializado, quitando la competencia a la esfera administrativa municipal, y que comprenda, además, el conocido como recurso de amparo de libertad), se debe aplicar también para controlar la constitucionalidad de la justicia indígena, y deben contar con la asistencia de peritos antropólogos culturales.
- f) Las reconocidas facultades de la jurisdicción indígena no pueden ser abusadas ni contrarias a un Estado Constitucional Democrático de Derecho. No sería tolerable, por ejemplo, la desaparición de personas en manos de autoridades indígenas o la tortura despiadada sin respeto a las costumbres ancestrales; en estos casos no es admisible el argumento de aplicación de las normas propias

17. Constitución Política del Ecuador, art. 20.

de las comunidades. Por citar un caso. En la provincia de Tungurahua, en la comunidad de Pilahuín, desaparecieron personas. A éstas, según se conoce, se les acusa de un presunto delito contra la propiedad. Ante este tipo de sucesos nadie debe cruzarse de brazos y tampoco tolerarse la indiferencia de las autoridades ordinarias, argumentando que no pueden hacer nada por tratarse de jurisdicción indígena.

- g) El sistema ordinario no puede, por peligroso y dañino, ser utilizado como un recurso de venganza por parte de quien obtuvo una resolución desfavorable en el sistema indígena. Por ejemplo, utilizar la figura del plagio para solucionar conflictos internos. Lo único que se logra es agravar las situaciones.
- h) No conviene criminalizar a las personas a través del conflicto penal. Quienes hemos ejercido la judicatura conocemos que mientras más contienda generemos a través del uso de la justicia penal, menos armonía en la comunidad logramos. Se debe utilizar medios reparatorios que devuelvan tranquilidad y armonía al interior de una comunidad.

Me parece que con estos principios podemos dar respuesta, en términos genéricos, a la comprensión del Derecho indígena, y queda pendiente el aprender de su sistema, que curiosamente se puede vislumbrar en las etnias europeas, asiáticas o latinoamericanas: diálogo, consejo, reparación, educación, resocialización, armonía, equilibrio y paz interna.

No hay que perder de vista que en estos enfoques va enraizado una responsabilidad del Estado ecuatoriano, que debe empeñarse en garantizar la seguridad jurídica de todos los ecuatorianos, ya indígenas, ya mestizos, ya negros, ya amazónicos. Si el Estado opta por ser intervencionista en las actividades económicas y regulador monopolizador en los servicios, debe responder por sus falencias e inoperancias.

El verdadero diálogo intercultural parte del reconocimiento, en toda su magnitud, del pluralismo jurídico, y de las consecuencias en cuanto a derechos y responsabilidades.