

ARTÍCULO CIENTÍFICO  
CIENCIAS SOCIALES

**Título del artículo en español Justicia indígena. Una alternativa de solución de conflictos en derecho penal contemporáneo**

***Indigenous Justice An alternative dispute resolution in contemporary criminal law***

**Naranjo Luzuriaga, Edisson Joselito <sup>I</sup>; Hallo, Danny <sup>II</sup>; Caicedo Banderas, Fernando José <sup>III</sup>; Soria Mesías, Carlos Fernando <sup>IV</sup>**

<sup>I</sup>. [edissonnaranjo777@yahoo.com](mailto:edissonnaranjo777@yahoo.com). Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, Ambato, Ecuador

<sup>II</sup>. [hallo6fabian@yahoo.es](mailto:hallo6fabian@yahoo.es). Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, Riobamba, Ecuador

<sup>III</sup>. [fercaiban@hotmail.com](mailto:fercaiban@hotmail.com). Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, Ambato, Ecuador

<sup>IV</sup>. [carlos\\_soria@yahoo.es](mailto:carlos_soria@yahoo.es). Carrera de Derecho, Universidad Regional Autónoma de los Andes -UNIANDES-, Ambato, Ecuador

Recibido: 31/10/2018

Aprobado: 26/11/2018

**RESUMEN**

La Constitución de la República reconoce al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional. El Art. 167 manifiesta que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones contemplados en la Constitución, reconociendo además en su Art. 171 que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a sus tradiciones ancestrales y su derecho propio. Si bien la normativa legal vigente, reconoce la existencia de dos sistemas jurídicos aplicables en el país, la jurisdicción indígena se da por legitimidad y reconocimiento de los miembros de la comunidad y la jurisdicción penal ordinaria cuya competencia es radicada por la ley. En el presente artículo se ha analizado los fundamentos teóricos y bases conceptuales de la justicia indígena y el pluralismo jurídico en el Ecuador, los pormenores de los dos sistemas jurídicos para ser comparado legal y constitucionalmente, el juzgamiento de un delito, desde el punto de vista de la justicia penal ordinaria e indígena con el ánimo de verificar

el procedimiento, los requisitos y efectos en su aplicación a fin de determinar que justicia constituye en una solución efectiva tanto para la víctima y sancionado. Finalmente, a través del análisis comparativo, se determinará si puede ser resuelto legítimamente un delito sin considerar la pena privativa de libertad como única solución desde el ámbito constitucional y penal.

**PALABRAS CLAVE:** Filosofía indígena; justicia indígena; Derechos indígenas; Justicia penal ordinaria; Humanización del Derecho

## ABSTRACT

The Constitution of the Republic recognizes Ecuador as a constitutional State of rights and justice, intercultural and plurinational. Article 167 states that the power to administer justice emanates from the people and is exercised through the organs of the Judicial Branch and by the other organs and functions contemplated in the Constitution, recognizing also in Article 171 that the authorities of indigenous communities, peoples and nationalities will exercise jurisdictional functions, based on their ancestral traditions and their own right. Although the current legal regulations recognize the existence of two legal systems applicable in the country, indigenous jurisdiction is given by legitimacy and recognition of the members of the community and ordinary criminal jurisdiction whose jurisdiction is established by law. In this article we have analyzed the theoretical foundations and conceptual bases of indigenous justice and legal pluralism in Ecuador, the details of the two legal systems to be compared legally and constitutionally, the prosecution of a crime, from the point of view of ordinary and indigenous criminal justice in order to verify the procedure, the requirements and effects in its application in order to determine what justice constitutes an effective solution for both the victim and sanctioned. Finally, through the comparative analysis, it will be determined if a crime can be legitimately solved without considering the custodial sentence as the only solution from the constitutional and criminal scope.

**KEYWORDS** Indigenous philosophy; Indigenous justice; Indigenous rights; Ordinary penal justice; Humanization of Law.

## INTRODUCCIÓN

Actualmente se presta especial interés a la diversidad cultural, misma que parte del reconocimiento jurídico y busca promover relaciones positivas entre las distintas culturas para hacer frente a la discriminación, el racismo y la exclusión para el desarrollo y la construcción de la democracia justa, igualitaria y plural. Bajo este paradigma la interculturalidad significa “entre culturas” pero dicha conceptualización no implica sólo el

contacto entre culturas sino el intercambio que se establece bajo condiciones de igualdad, además que dicho término debe ser entendido como un proceso permanente de relación, comunicación y aprendizaje entre personas, orientados a generar el desarrollo pleno del o los individuos reconociendo las diferencias culturales y sociales (UNICEF, 2015).

No obstante, la interculturalidad es una propuesta polémica pues por una parte apuesta por el respeto y la tolerancia a partir del diálogo y la negociación como estrategias para alcanzar la preservación de la identidad cultural y por el otro que nutra de nuevos conocimientos y elementos a los sujetos interactuantes en la diferencia (Pech & Rizo, 2014)

La diversidad del Ecuador evidencia su riqueza, pero a la vez resulta un peligro de no ser asumida desde la unidad como fundamento y como objetivo (Ayala, 2013) por ello la Constitución ecuatoriana de 2008 abarca la interculturalidad como rasgo primordial del Estado y del derecho en el país.

Así la Carta Magna, en su preámbulo tiene cinco concepciones relacionadas directamente con la interculturalidad; el primero distingue las raíces ancestrales cuyos orígenes se remontan a tiempos previos a la invasión europea y no sólo el saber occidental heredado. El segundo invoca a la Pachamama, de la que los seres humanos somos parte fundamental para la coexistencia; en la que se recopila las creencias prehispánicas, y no únicamente la religiosidad cristiana, igualmente heredada. El tercer menciona a Dios y reconoce las múltiples formas de espiritualidad y religiosidad; dejando el precepto anterior que consciente una población mayoritariamente católica.

El cuarto exclama la sabiduría de todas las culturas que permiten el enriquecimiento social y aborta la idea de una cultura dominante carente de apoyo de otras culturas. El quinto y último convoca a las luchas libertarias contra toda forma de opresión y colonialismo, mediante la invitación al análisis crítico y reflexión de la historia, realidad y futuro nacional.

De esta forma, la interculturalidad representa el eje transversal de toda la Constitución, razón por el cual debería tener impacto en la organización del Estado, así como en el sistema jurídico y su aplicación, ya que aparece cuando regula los idiomas para una relación intercultural mencionado el artículo 2, la interculturalidad en el derecho a la comunicación en el artículo 16, la educación intercultural mencionada en el artículo 27, el diálogo intercultural en el artículo 28, las prestaciones de salud (art. 30), la educación intercultural y bilingüe (art. 57), las relaciones interculturales como responsabilidad promovida por las personas (art. 83), el principio de interculturalidad en la participación democrática (art. 95), la interculturalidad atribuida en los consejos de igualdad (art. 156), los principios de interculturalidad en los procesos y función electoral (art. 217), el principio de interculturalidad en las demarcaciones territoriales indígenas y afrodescendientes (art. 257), el marco de la interculturalidad en el principio del buen vivir (art. 275), el principio de interculturalidad en el sistema nacional de

inclusión y equidad (art. 340), en el sistema nacional de salud (art. 358) y en sistema de cultural (art. 378); la visión intercultural en el sistema nacional de educación (art. 343), (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

De manera jurídica, lo anteriormente expuesto es base suficiente para demostrar que la interculturalidad es mandato legislativo. Pero, el derecho tradicional se encuentra enfocado a mantener el statu quo, el derecho privado y matar con la indiferencia las normas jurídicas con potencial emancipador.

La profundidad histórica demuestra las numerosas rebeliones e insurrecciones contra los poderes coloniales, procesos históricos donde las comunidades han sido actores principales de la oposición al colonialismo y a los colonialismos internos cuya presencia contemporánea se manifiesta en movimientos etnopolíticos, mismos que se han adentrado en arenas políticas nacionales e internacionales mediante organizaciones en defensa de los derechos étnicos, culturales y territoriales (Barabas, 2014).

Es así que a partir del reconocimiento constitucional del Ecuador como un estado intercultural, quedan claros tres apartados: el primero que respecta a la constatación de una realidad que reconoce que en el Estado ecuatoriano conviven culturas diferentes a la hegemónica, el segundo que se refiere a la aspiración de que todas las culturas dispongan de la posibilidad de desarrollar potencialmente sus habilidades para la cooperación y aprendizaje de otras culturas donde se debe ejecutar cambios que permitan una relación de equidad entre los grupos que la componen y el tercero donde se hace necesario una transformación para superar el colonialismo de la cultura hegemónica.

La historia del país se ha caracterizado por el predominio y hasta la imposición de una sola cultura hegemónica, con presunciones de universalidad. No obstante, el peor rasgo de una sociedad monocultural es que la forma de manifestar subordinación o invisibilizar la diversidad cultural es la discriminación que se hace evidente en el racismo, la oposición, fobias, etc. con lo que se atenta contra el ejercicio de derechos.

En el seno de dicho conflicto está la restricción, discriminación y marginación precisamente en virtud de dicha diversidad, misma que carece de acceso equitativo a medios económicos, políticos y a la igualdad respecto a la posibilidad de afirmar y practicar su cultura, con lo que queda claro que el concepto de una ciudadanía igualitaria basada en la autonomía e igualdad de trato desprovista de atributos de etnia, credo o nacionalidad imposibilita el reconocimiento de la existencia de derechos específicos de ciertos grupos culturales como parte identitaria.

La colonialidad es el proceso en el que el sujeto conquistador o quien ejerce poder desplazar del centro de la relación social a otro, a una relación no-social sino material y de posesión, por

lo tanto, la colonialidad es dominación sobre un espacio geográfico, sobre formas de vida y concepciones del mundo (Martínez, 2015).

La colonialidad es un mecanismo mediante el cual una cultura domina a otra despojándola de su historia, cultura, identidad y potencialidades, así la colonialidad es un ejercicio de poder que opera mediante mecanismos de diferenciación, jerarquización y dominación. La diferenciación se basa en el establecimiento de dualismos y en la clasificación como reconocimiento, mecanismos que en esencia fragmentan la realidad.

La jerarquización divide al mundo al poner unos sobre otros basándose en un sinnúmero de cuestiones y contextos. Finalmente, la dominación donde se ejerce poder sobre otros mediante disciplina y control.

La combinación de estos tres elementos conlleva a la colonización, misma que impide el ejercicio de derechos de un grupo humano que se halla sometido a quienes poseen el control hegemónico de los mecanismos de poder antes mencionados.

Bajo dichas concepciones, el llamado del estado intercultural no es pasar de una cultura hegemónica ni mucho menos de ser simplemente multiculturales sino de reconocer el valor y la forma de vida que bien comprendido puede ser compartido por cualquier persona o la colectividad como reza en el *sumak kawsay*.

Así la interculturalidad implica el contacto e intercambio entre culturas en términos equitativos ya que toda cultura es una dimensión de la vida humana donde no existe una cultura más elevada que otra, toda cultura es susceptible de cambiar, mejorar o perfeccionarse hacia “el buen vivir”.

Reconocida la diversidad cultural y colonialidad debe plantearse la necesidad de una transformación de la realidad donde se haga frente al dolor, sufrimiento, marginación, exclusión, violencia y discriminación mediante acciones para combatir la colonización como lo son la armonía, desjerarquización y cooperación para suprimir todas las formas de poder de dominación pues al descolonizar una sociedad se da paso a la transformación y construcción de condiciones de ser, estar, pensar, conocer, aprender, sentir y vivir distintas.

Desde el enfoque de la interculturalidad se presentan dos realidades, la primera es el mecanismo sancionatorio de la justicia estatal que se enmarca en el uso de la cárcel y el encierro como solución única y la otra es la justicia indígena. Desde este punto de vista la Constitución ecuatoriana ha reconocido la existencia del pluralismo jurídico y derecho indígena o función jurisdiccional, donde al legislador le corresponde expedir normas que ameritan ser respetadas por ser constitucionales y legítimas a nivel nacional e internacional, más en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas se cuentan con instituciones políticas y sociales para hacer frente a conflictos que irrumpen la armonía de la colectividad.

La justicia penal tradicional se podría considerar en aristas propias y concretas, la historia de las penas es más horrenda e infamante para la humanidad que los propios delitos que le dieron causa (López, 2012).

Bajo dicha frase, es preciso analizar la primera realidad que se refiere al encierro como mecanismo sancionatorio donde es claro que la misma desprende múltiples situaciones donde se ven violentados los derechos humanos al inmiscuir a las personas que cometen delitos a condiciones de hacinamiento, violencia institucional, tratos inhumanos, falta de servicios públicos y condiciones que degradan la dignidad del privado de la libertad.

a. El hacinamiento:

Es entendido como la existencia de uno o más personas en espacios que solamente son para una, el mismo que se agrava si se considera la falta de recursos humanos y financieros. Este problema aumenta las fricciones y los brotes de violencia entre los reclusos, da lugar a la propagación de enfermedades, dificulta el acceso a servicios básicos y de salud, impide el acceso a los programas de rehabilitación y principalmente el dato que conlleva a una gran decepción es que la mayoría de las personas que están privadas de la libertad no cumplen una condena, sino que bajo la presunción de inocencia se encuentran encerradas mientras están siendo procesadas; y en general una serie de condiciones que son contrarias al objeto de la privación de libertad como pena.

Debido al uso generalizado de la prisión dentro del sistema penal, los niveles de sobrepoblación superan el 120 por ciento de la capacidad física de las cárceles dando lugar a situaciones como robos, ultrajes, violaciones, maltratos, etc.

b. La violencia institucional

Entre las principales formas de violencia por omisión y acción de las autoridades encargadas de velar por la seguridad por los derechos dentro de las cárceles, la más dramática es la muerte por falta de prevención o ejecuciones dentro del encierro.

La personas que se encuentran privadas de la libertad tiene el mismo derecho que los demás habitantes a que su vida sea protegida, la misma que recae directamente en el Estado, quien posee su custodia y administra la particular privación que sufre un individuo por estar acusado o condenado por un hecho delictivo (Zúñiga, 2014), sin embargo existen informes que exponen que las muertes por homicidio al interior de las cárceles son 25 veces más altas que las de la vida en libertad, las mismas que se producen entre compañeros por falta de prevención de parte de los guardias o por masacres ocasionadas por el mismo Estado (Benito Durá, 2009).

Un ejemplo claro de ello es lo ocurrido el 31 de marzo, en donde aproximadamente 80 agentes de policía de la Unidad de Mantenimiento del Orden agredieron a los presos con gas lacrimógeno, porras, descargas eléctricas y patadas, además del caso de John Jairo Urrutia,



un joven de 15 años que falleció en diciembre del 2015 mientras se encontraba en manos de la policía, estos datos denotan que a pesar de que la constitución y las leyes prohíben la tortura y formas similares de intimidación y castigo, algunos agentes de policía torturan y maltratan a sospechosos y presos, en muchas ocasiones sin impunidad (Oficina de democracia, 2017).

c. La falta de servicios públicos

Debido a la compleja situación penitenciaria se obstaculiza el normal cumplimiento de derechos sanitarios, de descanso, higiene, alimentación, seguridad, régimen de visitas, educación, trabajo y recreación.

d. La degradación del ser humano privad de libertad la privación de la libertad aún en las mejores condiciones ocasiona perjuicios irreversibles en la integridad humana.

En este sentido es evidente que la acción penitenciaria actual desprende mayores efectos negativos que positivos que dejan entrever la necesidad de plantear nuevos mecanismos sancionatorios como la semilibertad, arrestos de fin de semana, trabajo, utilidad social donde se asegure el respeto a los derechos fundamentales del ser humano y que sirva de base para la reeducación y reinserción de los presos en la sociedad.

En cambio la práctica indígena que forma parte de la cosmovisión y pericia social tiene como derecho fundamental la integralidad, el carácter público del proceso, la oralidad, celebridad y la constante actualización del derecho frente a situaciones nuevas, donde los conflictos son resueltos mediante arbitraje, negociación, conciliación y mediación (Cletus, 2007).

La justicia indígena es administrada por las comunidades indígenas de forma ancestral a pesar de la imposición oficial de un solo derecho y de la gran influencia colonial, donde se han planteado como principios: la no intervención estatal, las víctimas y comunidades tienen la capacidad de resolver conflictos cuya resolución siempre será la conciliación y que el encierro no resulta una pena útil sino más bien que las infracciones graves (penales) deben ser reparadas.

a. El estado no interviene

El estado no tiene la capacidad operativa para intervenir en los conflictos internos de las comunidades indígenas, sin embargo, la justicia indígena sigue siendo vista como primitiva, por lo tanto, el estado suele intervenir desconociendo dicho modelo de justicia por considerarlo como una violación de los derechos humanos.

b. La conciliación y la purificación

La justicia desde este punto de vista es concebida por las comunidades y autoridades como un proceso orientado a la resolución de un conflicto mediante la reflexión y entendimiento donde se busca reforzar los vínculos rotos y reestablecer la armonía, pero bajo la cosmovisión

indígena esta armonía se alcanza mediante la reintegración social del infractor y la satisfacción de la víctima que además fortalece los vínculos comunitarios.

#### c. La privación de libertad en el mundo indígena

La justicia indígena concibe a la privación de libertad como una pena sin sentido pues quebranta el principio básico de convivencia pues las personas que egresan de centros penitenciarios acarrean vicios, corrupción y en sí comportamientos que pueden influir negativamente en la comunidad, así se afirma que la pena de cárcel no corrige sino daña.

Finalmente, se debe tener claro que las leyes estatales en la mayoría de los casos coartan las normas indígenas como medida de protección de los derechos humanos y las conciben sólo como medios alternativos de resolución de conflictos y no como sistemas jurídicos autónomos. Ello limita la resolución de conflicto y las posibilidades de enmendar faltas, además que acrecienta la difícil realidad de la justicia estatal.

## MÉTODOS

La presente investigación es, sobre todo, bibliográfica en lo que se incluye la búsqueda, identificación y confirmación de fuentes, en primera instancia enarbolar la bibliografía y la lectura del material seleccionado, fichas, notas, registros, organización y clasificación de datos, y posteriormente la redacción del trabajo en correlación con el cronograma planificado. El trabajo investigativo será eminentemente teórico, y su método deductivo, que empieza por explorar la historia de los derechos indígenas que brillaban antes de la insurrección española, que se invisibilizaron en la conquista y la colonización y que luego se debatieron en contiendas absolutamente desiguales durante la vida republicana para desembocar en la aprobación constitucional de la justicia (jurisdicción) indígena en las dos últimas décadas, hecho que contribuye al proceso de humanización del derecho en el Ecuador. A través de esta investigación se quiere identificar elementos que viabilicen la presentación de resultados de estudios que permita avanzar el proceso, ya sea en lo doctrinario, legal o jurisprudencial.

De tal manera que la investigación fundamental será bibliográfica, y tiene su punto de partida en la presencia de la población indígena del Ecuador, su filosofía de vida que la conquista, colonia y vida republicana habían discriminado y olvidado, sus persistentes luchas por lograr reivindicación y valorización cultural hasta alcanzar la proclamación de un Estado Intercultural y Multiétnico que incluye la justicia (jurisdicción) indígena, como un sistema jurídico que funciona con todos sus reconocimientos a la altura del sistema jurídico tradicional y que a la vez es uno de los elementos determinantes del proceso humanizador del derecho contemporáneo.



En este punto, y en vista del carácter internacional del curso del doctorado, se realizará un análisis comparativo, acerca de la agenda común que sobre este tema tuvieron las constituciones de los países latinoamericanos.

Toda esta investigación, tendrá como base la cuestión jurídico-filosófica que vincula el estilo de vida indígena invisibilizado por múltiples circunstancias, con su manera de administrar justicia ya reconocido constitucionalmente en el Ecuador, cuya dinámica constituye un aporte al proceso humanizador del derecho contemporáneo. Esta dialéctica resulta imprescindible para la ciencia jurídica de hoy, partidaria de sustentar y enlazar sus normas y leyes a principios fundamentales en una relación que resulta imprescindible y difícil de separar.

Finalmente, la investigación enlaza los fundamentos filosóficos cultivados por los pueblos indígenas latinoamericanos y ecuatorianos desde épocas remotas y milenarias, con su forma de administrar justicia, elemento cumbre constitucionalizado en las dos últimas décadas de vida republicana para desprender de esta lucha dialéctica elementos que han modificado enormemente la visión del derecho tradicional y han contribuido en su proyección humanizadora, tendencia jurídica actual.

## RESULTADOS

- La filosofía del Derecho en el Ecuador contemporáneo amplía sus alcances de solo la visión occidental tradicional a la visión intercultural indígena creativa invisibilizada por la conquista, la colonia y una vida republicana tendiente a la discriminación del indio. Este alcance filosófico indígena devela principios que permiten comprender la justicia (jurisdicción) indígena y dar razón de su constitucionalización en el Art. 171 de la Constitución del 2008.
- Existe una filosofía andina (indígena) que se elaboró en el contexto geográfico de lo que hoy es América del Sur, que da razón de su forma de vida generando sus primeros principios y sus últimas causas en todas las áreas de su existencia.
- La justicia (jurisdicción) indígena, sus métodos y procedimientos, así como la forma de hacer justicia sólo será entendida en su totalidad, si se conoce y reconoce su filosofía y se lo integra como un nuevo paradigma constitucionalizado en Ecuador.
- Se genera una reflexión que difícilmente se ha analizado en torno al tema que es el discernimiento entre justicia tradicional penal y justicia indígena, que permite evaluar las aristas de la justicia penal con preclaros condicionamientos que reducen el efecto rehabilitador y desdibujan el paradigma humanizador, presente en las Constituciones e los estados contemporáneos.

- Entra en el debate la posibilidad de optar por la justicia indígena y su valoración humana como condición humanizadora del derecho contemporáneo

En cuanto a los Derechos Humanos en relación a la justicia indígena hay que precisar que estos que se han consagrado en el Derecho Internacional, los cuales se encuentran relacionados con la justicia indígena por dos vías que son:

- Los derechos colectivos como condiciones y como parte de los derechos humanos.
- El ejercicio de la Jurisdicción indígena y su posible conflicto con los Derechos Humanos.

A continuación se analiza cada una de las vías de relación:

1) Los derechos colectivos remiten a un tipo de derechos humanos, cuya titularidad corresponde a un grupo social identificable, en tal concepto se añade que los indígenas se encuentran sujetos de derechos colectivos indispensables para gozar de los derechos humanos individuales. De esta forma se establece que una persona no puede ejercer un derecho humano individual, tal como el derecho a la cultura propia cuando no se reconoce el derecho a ser juzgado bajo las normas, autoridades y procedimientos innatos de la comunidad (Trujillo, Grijalva, & Endara, 2001).

Los derechos colectivos son parte de los derechos humanos, que se incluyen junto con el derecho al desarrollo, el derecho a la paz y otros derechos dentro de la denominada generación de derechos humanos. Se empieza a hablar de los derechos colectivos a partir de las Convenciones OIT 107 y 169, y aunque como se mencionó anteriormente, tienden a ubicarlos en los llamados derechos de tercera generación, realmente estos derechos incluyen una serie de garantías básicas que han sido catalogados en todas las generaciones en que han clasificado a los derechos humanos (Ávila & Corredores, 2009).

En términos específicos, el derecho colectivo que un pueblo indígena tiene a mantener su administración de justicia tiene relación con los derechos humanos, primero en cuanto a que tal derecho colectivo hace posible el ejercicio de otros derechos humanos individuales y, segundo, en cuanto este derecho colectivo en sí mismo un derecho humano y un derecho de pluriculturalidad.

La Constitución ecuatoriana de 1998 y la del 2008 acoge el Convenio 169 de la OIT, en la sección de derechos de los pueblos indígenas y acepta su autodefinición como nacionalidades de raíces ancestrales y reconoce a los derechos de los pueblos indígenas como derechos colectivos. Esto quiere decir que los titulares de estos derechos no son individuos aisladamente considerados, sino los grupos de personas que se identifican como comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. De acuerdo a ello, los derechos de identidad reconocen la potestad de los pueblos indígenas para mantener, desarrollar y

fortalecer sus prácticas y tradiciones en la parte espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico; conservar sus maneras tradicionales de convivencia, de generación y ejercicio de la autoridad (Chávez, 2005).

Los derechos colectivos, dentro de los cuales se encuentra inmerso la administración de justicia conforme a las normativas propias, son diversos, pero no opuestos a los derechos individuales, razón por la cual, es propio de los derechos colectivos el generar condiciones materiales fundamentales para el correcto ejercicio de los derechos individuales. Además, se añade que los titulares de los derechos son todos los integrantes del grupo, razón por la cual no cabe la posibilidad de que solo un miembro o parte de ellos ejerce estos derechos.

2) Los derechos humanos son definidos como aquellas garantías jurídicas universales que protegen a los individuos y grupos de acciones que interfieran en sus libertades fundamentales y la dignidad humana, sin embargo, no siempre se entendieron en forma idéntica en todo tiempo y cultura. Por este motivo es importante distinguir dos corrientes básicas en relación a los derechos humanos:

- a) Las concepciones universalistas
- b) Las concepciones relativistas.

En cuanto a las concepciones universalistas se plantea que los derechos humanos serían idénticamente aplicables y exigibles en cualquier contexto cultural. Por lo general estas ideas se combinan con conceptos individualistas de los derechos humanos cuya titularidad se asigna a todos los seres humanos sin excepción alguna y por tal motivo deben ser abstractos y generales. De acuerdo a ello, el universalismo plantea que la cultura no tiene importancia para la validez de los derechos y normas morales, cuya vigencia es universal, es decir los derechos humanos son válidos en cualquier contexto histórico

Al mirar desde la lógica de la interculturalidad se entienden dos realidades muy distintas, a) por un lado se encuentra el mecanismo sancionatorio de la justicia estatal, que se basa en la aplicación de la pena de cárcel y el encierro como solución única, la misma que produce múltiples situaciones que significan profundas y reiteradas violaciones a los derechos humanos, y b) la otra realidad es la justicia indígena (De Sousa & Grijalva, 2012).

Cuando la sociedad, las víctimas o los operadores de justicia demandan o privan de la libertad a una persona, fácilmente se olvida lo que significa la libertad. La libertad de movimiento se restringe severamente. Los metros cuadrados donde uno puede movilizarse son extremadamente limitados. La regla es la prohibición. Los contactos sociales y las relaciones familiares también son restringidos. Las personas encerradas pierden vínculos afectivos, sienten la soledad, el aburrimiento y el rechazo de la comunidad "libre". Las personas encerradas no pueden escoger lo que pueden hacer o no hacer, con quién vivir, con quién socializar, ni las formas de manifestar sus convicciones (Ávila R. , 2014).

La alternativa a la cárcel como la solución a los conflictos sociales grave, hasta ahora nuestro país puede encontrarse fuera del sistema estatal de administración de justicia, la cual es conocida como justicia indígena que puede presentarse como verdaderas penas entendidas como penitencia secular. Esta justicia es una especie de comunicación moral con el infractor, en la que se le respeta como agente responsable y busca la reconciliación con la comunidad cuyos valores han sido violados.

Para las comunidades indígenas la privación de la libertad es una pena que no tiene sentido debido a que rompe con el principio básico de convivencia que obliga a no ser ocioso, sin embargo esta pena existe, aunque no dura más de siete días y es aplicado solamente en casos excepcionales, pues se considera que las personas recluidas en los centros penitenciarios no ven a su familia, fuman marihuana, aprenden la homosexualidad, aprenden fechorías y los castigos son demasiado extensos. Es por ello que cuando la persona sale de esos sitios no se han rehabilitado, sino que al contrario se hacen viciosos y se corrompen (Padilla, 2008).

La cuestión penal: Entre la cárcel y la reparación en Ecuador, la máxima autoridad de la Función Judicial declaró de forma pública que el debate sobre la justicia indígena no es acerca de la mejor forma de justicia, sino sobre cuál es la competencia de ambas justicias. En este sentido la autoridad estatal indica que en ciertas infracciones existe un interés nacional y que se ve mejores capacidades en la justicia ordinaria para la resolución de delitos graves y complejos, sin embargo, en un estado intercultural, se tiene la finalidad de comparar ¿cuál de los dos sistemas causa mayor daño al individuo y a la sociedad?

La diferencia que existe entre la cárcel y las distintas formas de purificación y sanación indígena es muy significativa; pues la cárcel es como un túnel que genera traumas psicológicos que difícilmente se va a olvidar, debido a la violencia física y sexual que se sufre, mientras que en la justicia indígena el dolor físico se olvida y las comunidades los reintegran y perdonan.

En la comprensión indígena hay dos argumentos muy fuertes en contra de la justicia penal basada en la cárcel como sanción, basado en los principios de no mentir, ama llulla, y el no ser ocioso, ama killa. En lo de la mentira, una estrategia de la justicia penal es, por la presunción de inocencia y la carga de la prueba, no admitir responsabilidad.

Según Tibán, “en la justicia ordinaria el abogado hasta el último dice “dile que no hiciste”. Claro, la persona termina creyendo que no lo hizo. Termina creyendo que lo que violó no era violación, que lo que mató no era matar.” El otro principio es el “no ser ocioso”, enfatiza Tibán, “es el fundamento para no mandar a la cárcel. Porque la cárcel es ociosidad.

En la justicia indígena lo más importante es el consejo y la reparación del daño, en donde participa toda la comunidad, ya que el castigo en las comunidades se basa en la vergüenza

pública, pues sin duda admitir la responsabilidad ante la comunidad genera una vergüenza enorme, es decir, puede ser que duela más pasar la vergüenza pública por dos horas, o dos días, que pasar 25 años en la cárcel, y eso es lo que cura al ciudadano, debido a que el infractor debe dar la cara al público y decir que hizo mal y no lo volverá a hacer porque ha sido malo.

En este contexto se afirma que la justicia indígena busca reparar el daño y garantizar la integridad de los delincuentes, es decir busca que el infractor recupere su dignidad, su reconocimiento dentro de la comunidad, de modo que reine la paz y la armonía en las familias, comunidad y la naturaleza (Diario El Universo, 2008). Es por ello que, por lo general, quienes cometen algún tipo de delito en las comunidades y son juzgados a su manera no los vuelven a cometer, en ello se diferencia de lo que sucede en la justicia ordinaria que envía a los delincuentes a la cárcel, pues dentro de ellas se especializan sus fechorías y cuando salen del lugar escogen peores caminos.

Desde la mentalidad occidental se plantea que no se debe castigar a una persona a recibir 40 latigazos, a realizar trabajos forzosos en favor de la comunidad durante un período aproximado de un año o someterlo a la inmovilización de su cuerpo por medio de cepo, sin embargo la pena privativa de la libertad no cumple ninguno de los fines que persigue el Derecho Penal indígena, mientras que estas penas que acarrear una gran carga virtual y menor contenido aflictivo del que representa aparentemente, tienen una gran idoneidad para lograr los principios de prevención especial, de reciprocidad, equilibrio que al mismo tiempo sobreguarda la paz social que son los objetivos fundamentales de este sistema.

En este sentido los castigos físicos que son empleados por el sistema penal indígena se han catalogado como un atentado contra los derechos humanos, pues no son más que tratos inhumanos crueles o degradantes a los cuales son sometidas las personas para escarmentarla frente a la comunidad, sin embargo desde la cosmovisión indígena, el afán de ellos no es castigar sino sanar al individuo que ha incurrido en un delito, es decir en la mayoría de los casos constituyen mecanismos con una función ritual que busca la reintegración de la persona a la comunidad, aunque sin duda produce aflicción, su objetivo no es ocasionar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo.

Es a bien preguntarse entonces qué ocurre con el principio de humanidad de las penas, pero también sobre ese concepto de humanidad podríamos encontrar distintas valoraciones en una y otra cultura. Si fuéramos capaces de entender el mundo de civilizaciones como la amerindia desde su concepción cultural, aceptaríamos ciertas. sanciones que aparentemente parecen inhumanas, pero que en realidad lo son menos que las penas privativas de libertad (Borja, 2009).

Al comparar la justicia indígena con la justicia ordinaria, todos prefieren la indígena. A pesar de que consideran que la justicia indígena maltrata, que no investiga de forma adecuada y que genera tanta presión que les obliga a admitir la responsabilidad. Sin embargo, ese dolor físico que se siente en el momento pasa pronto y se olvida, pues a pesar de ser inocentes, con el cumplimiento de la resolución indígena todo pasaría y no tendría más problemas en la comunidad. Sin embargo, la justicia penal es peor, pues la gente es autoritaria, se encuentran lejos de la comunidad, el tiempo pasa lento, es decir no hay nada bueno en la cárcel, pues un fuera aprende a volar, mientras que en la cárcel le cortan las alas (Ávila R. , 2014).

En definitiva, según el criterio de varios tratadistas las dos justicias son crueles, puesto que la justicia indígena hace daño físicamente, pero se cura y se olvida inmediatamente, sin embargo la justicia penal u ordinaria es más lenta y trae consigo daño psicológico que difícilmente se olvidará. La persona que es juzgada por la justicia indígena vuelve en seguida a la vida normal, mientras que en la justicia ordinaria el daño queda para siempre. Por tal motivo, la cárcel en las comunidades indígenas jamás va a existir, porque esta pena representa un encierro donde el infractor va a juntarse con delincuentes más profesionales y al momento que logran salir, lejos de regenerarse actúan con más venganza.

Una vez que se llega a este punto es importante responder la interrogante inicial ¿Qué es más justo, eficaz respetuoso y civilizado? ¿Aplicar el juzgamiento indígena o recurrir al ordenamiento punitivo estatal?

Sin duda, siempre que el ordenamiento originario respete el marco de los derechos humanos, que se basan en la salvaguarda de la vida y la integridad física, y por consiguiente prohíben la esclavitud y la tortura, es más conveniente que se tome en consideración las normativas vigentes y costumbres de los pueblos indígenas de Latinoamérica, pues si se pudiera entender el mundo de civilizaciones como la amerindia desde su concepción cultural, se aceptaría ciertas sanciones que a vista de la mayoría de personas son inhumanas, pero realmente lo son menos que las penas privativas de la libertad (Borja, 2009).

## CONCLUSIONES

De los pilares fundamentales que logran la constitucionalización de los derechos indígenas en general y de la justicia indígena en particular en Latinoamérica y sobre todo en el Ecuador, el tema de los derechos humanos es el más difuso, pero el más persistente, ya que pone el marco referencial paradigmático que avanza desde el Estado multicultural al Estado plurinacional, con el cambio de concepción estatal y el reconocimiento de Derechos indígenas que este proceso evolutivo significa. El Ecuador, con todas las falencias que el cambio depara, ha tomado la batuta de este proceso llegando a ser un Estado progresista humanizador



del Derecho, mostrando en la justicia indígena, su filosofía, sus prácticas y procedimientos una alternativa válida al derecho estatal penal sancionador, precario, poco rehabilitador, y por ende deshumanizador del Derecho.

El tema de los Derechos humanos como política internacional ha forzado positivamente un logro histórico indígena al reconocer los derechos colectivos de sus pueblos y sobre todo la concepción del Estado como una sociedad diversa, que, por lo menos en el Ecuador permite, asociar el concepto de coexistencia de dos o más sistemas jurídicos dentro de un mismo territorio. La interculturalidad que define Constitución del 2008, admite el diálogo entre los pueblos y nacionalidades indígenas con otros pueblos y la nación ecuatoriana blanca y mestiza, permitiendo la integración y la convivencia entre iguales, respetando la diversidad cultural; de la misma manera el principio de plurinacional existente en el país. Ecuador y Bolivia en cuanto a justicia (jurisdicción) indígena han tenido procesos progresistas similares pero paralelos; la integración Latinoamericana en este tema y en todos los temas han quedado a nivel de letra muerta. La reflexión tensa el arco, el criterio dietario, una descomposición pública y privada, e incumplimiento de las normas instituidas en los enseres de integración. Los países Andinos padecen una oscura subordinación sumada a las carencias de una democracia pobre que impide radicalmente dicha integración.

Los países Latinoamericanos al Constitucionalizar los derechos indígenas, perciben el Derecho como un producto cultural; las diferentes normativas, así como el artículo 171 de la Constitución vigente en el Ecuador dispone que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, en base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía, de participación y de decisión de las mujeres, haciendo vigente la justicia indígena que se inspira en su filosofía, cultura, tradiciones y realidades. Este elemento es humanizador del Derecho contemporáneo.

La dialéctica jurídico-política de los Estados latinoamericanos y del Ecuador en la “cuestión indígena” ha tenido impactos insignes e inequidistantes: no basta alcanzar la constitucionalización a nivel jurídico de ciertos derechos, cuando la decisión política se muestra impávida a la hora de encargarse de erogaciones económicas sustantivas (por ejemplo enseñanza bilingüe, garantía de servicios negados anteriormente); así como el respeto a la relación y costumbre de tales grupos e implican la concesión de territorios bastos que el poder político prevaleciente podía querer dedicar para la explotación. Hay que pagar el costo de los derechos, conflicto estatal insuperable e incommensurable

## REFERENCIAS

- Ávila, M., & Corredores, M. (2009). Los Derechos Colectivos: Hacia una efectiva comprensión y protección. En Ministerio de Justicia (pág. 366). Quito.
- Ávila, R. (2014). La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. En Universidad Simón Bolívar, Estudio de caso. Quito.
- Ayala, E. (2013). Interculturalidad en el Ecuador. En Universidad Andina Simón Bolívar. Quito.
- Barabas, A. (2014). Multiculturalismo, pluralismo cultural e interculturalidad en el contexto de América Latina: La presencia de los pueblos originarios. En Revista de Sociología. Santiago.
- Benito Durá, M. (2009). Sistemas penitenciarios y penas alternativas en Iberoamérica. En Secretaría General de Iberoamérica/AECID. Valencia.
- Borja, E. (2009). Derecho indígena, sistema penal y derechos humanos. En Nuevo Foro penal N73, Universidad EAFIT (pág. 35). Medellín.
- Chávez, G. (2005). Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas para el Estado Ecuatoriano. Quito.
- Cletus, G. (2007). Derecho Indígena y medios alternativos de resolución de conflictos. En Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana (pág. 110).
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Decreto Legislativo. Quito.
- De Sousa, B., & Grijalva, A. (2012). Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Abya Yala.
- Diario El Universo. (2008). Cárcel, última opción indígena al momento de aplicar la justicia. Quito.
- Espinoza, C., & Caicedo, D. (2009). Derechos Ancestrales: Justicia en Contextos Plurinacionales. En Ministerio de Justicia. Quito.
- Espinoza, M. (2012). Viviendo la justicia, pluralismo jurídico y justicia indígena en Ecuador. En Ministerio Coordinador de Patrimonio. Quito.
- López, M. (2012). Evolución de los sistemas penitenciarios y de la ejecución penal. En Universidad de Alcalá. Alcalá.
- Martinez, J. (2015). Colonialidad e identidad en América Latina. Puebla, México: Editorial Analéctica.
- Oficina de democracia. (2017). Informes de los países sobre los Derechos Humanos para 2016. En Derechos Humanos y Democracia. Estados Unidos.
- Padilla, G. (2008). La historia del chico. Suceso en torno al pluralismo jurídico en Guatemala, un país mayoritariamente indígena. México: Konrad Adenauer-Stiftung.
- Pech, C., & Rizo, M. (2014). Interculturalidad mirada crítica. Barcelona: Universidad Autónoma de Barcelona.

- Peralta, A. (2015). Linchamientos populares: Reacción contra los Derechos Humanos. En Flacso. Quito.
- Pérez, Á. (2011). Las garantías del debido proceso en materia penal en el Sistema Jurisdiccional indígena de Tungurahua. En Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Ambato.
- Pérez, C. (2010). Justicia Indígena. En Universidad de Cuenca. Cuenca.
- Ramirez, N. (2012). La importancia de la tradición oral: El grupo Coyaima-Colombia. Guillermo Ockham, 10.
- Trujillo, J., Grijalva, A., & Endara, X. (2001). Justicia Indígena en Ecuador. En Universidad Andina Simón Bolívar. Ecuador.
- UNICEF. (2015). La Interculturalidad en la Educación. En Dirección Nacional de Educación Bilingüe Intercultural. Lima.
- Zúñiga, L. (2014). Manual de Derechos Humanos aplicados al Contexto Penitenciario. Quito: Grafilyon.