

LEGITIMIDAD JURISDICCIONAL DE LA JUSTICIA INDÍGENA

Lorenz Funk
Programa de pasantías INREDH

Importancia y trato de Justicia Indígena

Los pueblos y nacionalidades indígenas, como toda colectividad humana, tienen un derecho. Hay tribunales indígenas que aplican la ley escrita, pero muchos se refieren a la costumbre jurídica de su pueblo¹, también llamada derecho consuetudinario, derecho indígena o derecho propio, que ha posibilitado el normal desarrollo y el control social efectivo de los componentes. Este derecho no está codificado, sino se enseña a través de transmisiones orales de los antepasados y se desempeña mediante autoridades propias que imponen las sanciones correspondientes a los involucrados para solucionar los diversos conflictos que surgen dentro de las jurisdicciones o territorios indígenas.²

El derecho consuetudinario indígena resuelve los conflictos por consenso de las partes y con la finalidad de restablecer relaciones y comunidades armoniosas y reparar de los daños sufridos mediante la participación de todos los afectados por el hecho, como las partes, las familias y los miembros de la comunidad, por lo que el posible resultado tiene mejor aceptación, lo que aumenta su efectividad. Las resoluciones “puede(n) ir más allá del conflicto inmediato e incluir también la reparación de las relaciones entre los afectados”.³ Es especialmente importante en conflictos civiles entre y dentro de la familia y comunidad. Pero también temas penales entran en su alcance.

La idea de formas alternativas de las sanciones con enfoques distintos a los punitivos no solo es parte esencial de la Justicia Indígena, sino también abre un nuevo horizonte para la sociedad entera, ya que la reclusión en el sistema penitenciario obviamente no tiene capacidad de rehabilitación social.⁴ Además, “Los mecanismos de justicia consuetudinarios, por su pertenencia cultural, su disponibilidad y su proximidad, suelen ser más accesibles que los sistemas nacionales de los Estados”⁵. Sin embargo, hay cuestiones preocupantes en el desarrollo y la aceptación de sistemas de justicia indígena como restricciones a su competencia y su subordinación a la justicia ordinaria. En muchos casos existen limitaciones jurisdiccionales con el pretexto de prevención de discriminación o “cláusulas de incompatibilidad” que solo reconocen la justicia indígena si ella no entra en conflicto con las leyes escritas del estado en cuestión, lo que va en contra de los Tratados Internacionales que sí exigen el cumplimiento de la normativa internacional de derechos humanos, pero no de los sistemas nacionales.⁶

La existencia de dos sistemas jurídicos que predominan en un solo terreno geopolítico, como la justicia ordinaria y la justicia indígena en el Ecuador, se denomina *Pluralismo Jurídico*. Hay varios orígenes de sistemas de pluralismo jurídico. Uno es, como se puede observar en el Ecuador, una

1 “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas”, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 29 de abril de 2013, pág. 13 (www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm).

2 <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>, pág. 2.

3 “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas”, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 29 de abril de 2013, pág. 13 (www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm).

4 <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6903.pdf?view=1>, pág. 80.

5 “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas”, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 29 de abril de 2013, pág. 13 (www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm).

6 “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas”, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 29 de abril de 2013, pág. 14 (www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm).

situación (post-/neo-) colonial que impone el derecho de los colonizadores adicional al derecho indígena o pre-colonial. Otro ejemplo son períodos de revoluciones o cambios modernizantes en los que pervive del derecho anterior a la revolución o reforma junto con el nuevo.⁷ Esta existencia de dos o varios sistemas jurídicos suele crear conflictos entre las autoridades correspondientes, por ejemplo la autoridad indígena y la autoridad judicial del Estado. Hay varios casos de doble juzgamiento en los cuales las cortes, por falta de reconocimiento de las decisiones tomadas por las autoridades indígenas, vuelven a juzgar un caso que ya ha sido resuelto por la justicia indígena. Por eso hay que hacer compatibles los sistemas que prevalecen en el mismo territorio geopolítico.⁸ Si amaga el riesgo de que una persona sea procesada por dos sistemas distintos, especialmente si el Estado no reconoce el sistema indígena, según el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “debe darse primacía al sistema tribal”.⁹

Hay varias razones por las cuales se debe proteger, o sea promover esta primacía del Derecho Indígena, que es parte fundamental e integral de la cultura y de la estructura social de un pueblo, ya que forma base esencial de la identidad étnica, igual que la lengua. Además y por eso mismo las culturas indígenas solo se pueden preservar y reproducir si se mantienen los sistemas de Justicia Indígena mientras, “por el contrario, su desaparición contribuye, a su vez, a la asimilación y al etnocidio de los pueblos indígenas”.¹⁰

No obstante, es fatal creer que las costumbres autóctonas, siempre y por principio, son justas. Por ejemplo, la primacía de las preocupaciones colectivas sobre los derechos individuales puede ser problemática, sobre todo en casos de violación doméstica o sexual contra mujeres, niños y niñas.¹¹ Es obvio y probado que hay costumbres terriblemente injustas de lo que, sin embargo, de ninguna manera se debe concluir que hay que desvalorar a la costumbre desde el punto de vista de la justicia. Tanto a la Ley escrita como a la costumbre se la debe someter a una prueba de civilización, de lo justo e injusto, “porque hay costumbres injustas y hay malas costumbres que no deben convertirse jamás en vínculos jurídicos de carácter coactivo, con grave perjuicio para los ciudadanos”.¹²

El problema de la costumbre como fuente del Derecho Constitucional en países de un sistema jurídico de normas escritas es que “se la contempla con una cierta desconfianza sin que se la deje prevalecer en el caso de contradicción con la norma jurídica escrita”. Mientras en los países de sistemas de derecho consuetudinario, el cual es tradicional en sistemas jurídicos anglosajones, la costumbre y la ley escrita son fuentes de derecho de peso casi idéntico. Por esta importancia de la costumbre, una parte integral de la jurisdicción es el estudio de los precedentes, es decir aplicar las

7 Raquel Irigoyen Fajardo, Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1999. 1 Capítulo.

8 “APLICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN 60/251 DE LA ASAMBLEA GENERAL, DE 15 DE MARZO DE 2006, TITULADA ‘CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS’”, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 28 de diciembre de 2006, pág. 18 (http://cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/01/informe_ddhh_indigenas.pdf).

9 “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas”, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 29 de abril de 2013, pág. 15 (http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf).

10 “Cuando la universalidad no es suficiente”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, San José, Costa Rica, 13 de septiembre de 2007, pág. 8 (http://iidh-webserver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/12_2011/6845.pdf).

11 “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas”, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 29 de abril de 2013, pág. 13 (http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf).

12 “En torno al Derecho Indígena”, Corral, F., 24 de abril de 2009, El Comercio.

resoluciones del pasado a casos actuales similares.¹³ Así se va a desarrollar un sistema de justicia indígena imparcial y de alta eficacia.

Los logros de las últimas décadas, como por ejemplo la incorporación de la justicia indígena en la Constitución Ecuatoriana, se deben al trabajo incesante de los pueblos indígenas a través de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, CONAIE, cuyo fin ha sido el reconocimiento de los sistemas normativos indígenas como verdaderos sistemas de Derecho aparte de la legislación escrita, y no solo como simples "costumbres".¹⁴ Estos movimientos civiles le muestran al Estado que hay recetas alternativas a la economía y cultura políticas neoliberales que someten cada acción social a lógicas de eficiencia y ganancia, además le dan la oportunidad a corregir los errores que se han cometido desde la colonización.

Diferencias entre Justicia Ordinaria y Justicia Indígena¹⁵

Justicia Ordinaria	Justicia Indígena
<ul style="list-style-type: none"> • Vertical • Lenguaje español • Ley escrita • Separación de poderes • Separación de iglesia y Estado • Adversativa y orientada por el conflicto • Argumentativa • Comportamiento aislado es examinado • Acercamiento fragmentado al proceso y a la solución • Limita los participantes en el proceso y la solución • Representada por forasteros o desconocidos • Foco en derechos individuales • Punitiva y excluye el ofensor • Prescribe Prescribes penas por y para el Estado • Derecho del acusado, sobre todo a negarse a declarar • Justificación a la sociedad 	<ul style="list-style-type: none"> • Holística • Lenguaje indígena • Derecho oral consuetudinario • Derecho y justicia son parte de un total • El ámbito espiritual es parte de la solución • Forma relaciones de confianza para promover la resolución y sanación • Conversación y discusión son esenciales • Revisa el problema en su totalidad, factores contribuyentes son examinados • Indagación y solución comprensiva • Incluye a todos los directa e indirectamente afectados • Representada por miembros de familia extendida • Foco en la víctima y en derechos colectivos • Correctiva, ofensores son responsables por cambio y mejoramiento • Sanciones de costumbre para restaurar la relación entre víctima y ofensor • Obligación del acusado a verbalizar su responsabilidad • Obligación reparativa a pedir disculpas a las víctimas y la comunidad

13 "Importancia del convenio N° 169 de la O.I.T. en el reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígenas", Mary Luz Del Carpio Muñoz (<http://www.monografias.com/trabajos94/importancia-convenio-169-pueblos-indigenas/importancia-convenio-169-pueblos-indigenas.shtml#laimportaa>).

14 "ADMINISTRACION DE JUSTICIA INDIGENA EN LA CIUDAD: ESTUDIO DE UN CASO", Raúl Illaquiche Licta, Revista Yachaikuna, 1, marzo 2001, pág. 4 (<http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>).

15 Melton, Ada Pecos (2005). Indigenous Justice Systems and Tribal Society. In Wanda D. McCaslin, ed., Justice as Healing: Indigenous Ways. Writings on Community Peacemaking and Restorative Justice from the Native Law Centre. St. Paul, MN: Living Justice Press. Pp. 108-120 (http://www.aidainc.net/Publications/ij_systems.htm).

Convención 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales

El Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) que fue declarado en 1989 es la más importante ley internacional que garantiza los derechos indígenas. Fue aplicado judicialmente por primera vez en Chile en noviembre de 2009 en una disputa de agua. Hasta la Declaración de Derechos de Pueblos Indígenas de Naciones Unidas fue el único instrumento internacional que reconocía derechos colectivos a los indígenas.

Es un tratado internacional obligatorio y de aplicación inmediata para sus miembros una vez ratificado.

Revisa el *Convenio N° 107 sobre poblaciones indígenas y tribales* que tenía como idea fundamental la asimilación por la certidumbre de que los pueblos indígenas tenían como futuro la de disolverse en las sociedades en las cuales vivían, y que esto se lleve a cabo del modo menos doloroso. Contra esta idea surgieron muchas protestas, pues era evidente la infracción del derecho de estos pueblos a mantener su cultura, si así lo decidían.

Un idioma propio no es criterio absolutamente necesario para ejercer la Justicia Indígena, “pues pueden existir comunidades campesinas que hayan perdido su idioma pero no sus costumbres, cultura e instituciones ancestrales, manteniendo sus rasgos específicos”.¹⁶

En los artículos 8 a 12 del Convenio, se reconoce a los pueblos un derecho propio y justicia propia. El Convenio establece que el derecho propio es plenamente aplicable tanto en asuntos civiles como penales sin límite alguno pero respetando los Derechos Humanos y el sistema jurídico nacional. Además el Convenio da preferencia a sanciones distintas del encarcelamiento y establece que los pueblos indígenas deberán tener protección contra la violación de sus derechos y poder iniciar procedimientos legales.

Artículo 8 (*reconocimiento de la Justicia Indígena dentro de los límites de los Derechos Humanos y del sistema jurídico nacional*)

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración *sus costumbres o su derecho consuetudinario*.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, *siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.

Artículo 9 (*debido respeto a los métodos y costumbres de los pueblos indígenas*)

16 “Importancia del convenio N° 169 de la O.I.T. en el reconocimiento del derecho propio de los pueblos indígenas”, Mary Luz Del Carpio Muñoz
(<http://www.monografias.com/trabajos94/importancia-convenio-169-pueblos-indigenas/importancia-convenio-169-pueblos-indigenas.shtml#laimportaa>).

1. En la medida en que ello sea *compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos*, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.
2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Artículo 10 (*consideración de la situación económica, social y cultural de indígenas en la imposición de sanciones penales por el estado*)

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse la *preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento*.

Artículo 11 (*prohibición de trabajos forzados, independiente de remuneración*)

La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.

Artículo 12 (*posibilidad de los indígenas a defenderse legalmente contra la violación de sus derechos y obligación de medidas para que comprendan procedimientos legales como interpretaciones*)

Los pueblos interesados *deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales*, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuese necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas

La declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas fue adoptada en Nueva York el 13 de septiembre de 2007. No es un instrumento coercitivo del derecho internacional pero es un marco importante que señala el desarrollo internacional en el tratamiento de los pueblos indígenas. La declaración precisa los derechos colectivos e individuales de los pueblos indígenas.

La declaración resalta que la Justicia Indígena es el “conjunto de normas y procedimientos basados en los usos y costumbres, pero no limitados a ellos, que los pueblos indígenas usan para regular sus asuntos internos, como sistema de control social”. Este sistema regula asuntos contenciosos (solución de conflictos, castigos por infracción de las reglas), y además el “manejo territorial (uso y acceso), espiritual y (...) asuntos de carácter civil y de regulación de las autoridades”, lo que se ha manifestado en las prácticas culturales cotidianas de estos grupos.

Las prácticas y los derechos, distintos en cada región, aunque hayan cambiado o sido afectados, tienen su raíz en tradiciones jurídicas de tiempos previos a los sistemas jurídicos nacionales. “Las autoridades que aplican estas regulaciones pueden ser diferentes (centralizadas, segmentarias o

mágico religiosas) y concomitantes.”¹⁷

Artículo 27 (*obligación del Estado a establecer, conjuntamente con los indígenas, un proceso que reconozca las leyes y tradiciones indígenas*)

Los Estados establecerán y aplicarán, conjuntamente con los pueblos indígenas interesados, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas, para reconocer y adjudicar los derechos de los pueblos indígenas en relación con sus tierras, territorios y recursos, comprendidos aquellos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma. Los pueblos indígenas tendrán derecho a participar en este proceso.

Artículo 34 (*obligación del Estado a respetar y promover las instituciones, costumbres y sistemas jurídicos indígenas conformes a los derechos humanos*)

Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

Artículo 40 (*derecho de los indígenas a soluciones justas y rápidas de conflictos con los Estados y otras partes y a indemnizaciones por lesiones de sus derechos*)

Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.

Justicia indígena y derechos humanos

El *Convenio 169* y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas* someten los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas bajo el respeto de los derechos humanos, lo que “representa un reto para la interpretación y el desarrollo de los sistemas tradicionales indígenas de derecho”.

Como es un tema delicado proteger los derechos de los pueblos indígenas por un lado y por otro lado ponerles el límite de una institución legal de origen occidental sin imponer nuevas discriminaciones, hay que tener en cuenta todos los factores relacionados a este tema, como son la cultura, los valores, la historia de discriminación y la actual estructura social.¹⁸

El problema desde la perspectiva indígena es que los derechos humanos dan prioridad a los derechos individuales mientras que la cosmovisión indígena en primer lugar valora la colectividad o comunidad y después el individuo. Los derechos humanos se pueden dividir en tres generaciones según su surgimiento histórico. La primera generación del siglo 18, que se opuso al absolutismo de

17 “Cuando la universalidad no es suficiente”, Instituto Interamericano de Derechos Humanos – Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas; San José, Costa Rica, 13 de septiembre de 2007, pág. 77 (http://iidh-websverver.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/12_2011/6845.pdf).

18 “Guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT”, Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pág. 82 (<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6903.pdf?view=1>).

los monarcas europeos, exigió los derechos civiles y políticos (a la vida, la libertad, participación política) con el fin de protección contra excesos por el Estado. La segunda generación, que se originó a principios del siglo 20, fue dirigida a los derechos sociales, económicos y culturales, como el derecho a un empleo, un salario justo, o una seguridad social. Pero los derechos colectivos no se han manifestado como derechos humanos hasta los años 80 del siglo 20, todavía no son respetados por muchos sistemas jurídicos y menos aún en la realidad económica y política. Estos derechos humanos colectivos, que se basan en la solidaridad entre y dentro de los pueblos, reclaman por ejemplo un medio ambiente limpio, la paz y el desarrollo, pero también el derecho de los pueblos indígenas a conservar su tradición y costumbre.¹⁹

Sin embargo, la prioridad de lo colectivo sobre lo individual es inherente a muchas culturas occidentales también, lo que se manifiesta en ocasiones en las que “el respeto de la comunidad, de la ley y de los demás, es decir, de los intereses sociales que son colectivos” prevalecen sobre la demanda de derechos individuales. De esta manera, todo el mundo debe realizar que los derechos humanos son los dos, individuales y colectivos. Sin esta comprensión fundamental, la universalización de los derechos humanos es imposible. Los primeros pasos se pueden ver en la reciente valoración por ejemplo de una naturaleza sana por la cultura occidental que siempre ha sido una parte integral de la cosmovisión indígena.²⁰

La discusión sobre los derechos humanos no siempre estuvo de la mano con la de los derechos de los pueblos indígenas. Por ejemplo, como ya he mencionado, la dimensión colectiva de los derechos en el ámbito de pueblos indígenas, contradice la aceptación entera de los derechos humanos en su dimensión individual. Pero, por otra parte, los derechos específicos de los indígenas no siempre forman parte integral de los derechos humanos.

Estas contradicciones tienen su origen en la historia de las distintas culturas: Los Derechos Humanos (de primera generación) surgieron como exigencia imprescindible para poderse defender contra el abuso de poder por parte de los regentes absolutistas a partir de finales del siglo 18, es decir como “derechos y libertades frente al Estado”, mientras los indígenas de Sudamérica no han sufrido ese tipo de sistema político establecido por su propia gente. En cambio, en las culturas indígenas siempre ha prevalecido la máxima de armonía dentro de la comunidad en lugar de la primacía de derechos individuales así que un conflicto no se presenta principalmente como problema entre dos individuos sino como perturbación de la armonía en la comunidad, la cual, igual que su solución, afecta la comunidad en su totalidad.

Por ello, al juzgar los castigos con fuetes u ortigadas impuestos por la Justicia Indígena, antes de reprobarlos como tortura, hay que tener en cuenta que no son medios de opresión implantados por un Estado omnipotente, por lo cual la necesidad de protección de derechos individuales como Derechos Humanos en la cosmovisión de los indígenas no es tan urgente como en otros países, sobre todo de Europa en la época del absolutismo y en modernos países policiales. Lo que tienen en común la idea de Derechos Humanos (individuales) por un lado y el sistema de Justicia Indígena por otro lado es su base de dignidad humana y el fin de proteger la cual²¹ así que la posible “necesidad del recurso al sistema de derechos humanos es, en gran parte, una consecuencia de (casos de) corrupción y del disfuncionamiento de las instituciones tradicionales”²², no obstante las

19 http://recursostic.educacion.es/secundaria/edad/4esoetica/quincena5/quincena5_contenidos_5.htm

20 “Guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT”, Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pág. 82 (<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6903.pdf?view=1>).

21 LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA DE COLOMBIA Y LOS DERECHOS HUMANOS, Vicente José Cabedo Mallol (<http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>)

22 KUPPE, René. “Algunas observaciones sobre la relación entre las instituciones indígenas y los derechos humanos”, en *Cosmovisión y prácticas jurídicas de los pueblos indígenas: IV Jornadas Lascasianas*, UNAM,

instituciones tradicionales, en la mayoría de los casos, funcionan con sus mecanismos de equilibrios sociales. Por eso no hay que “sujetar los regímenes jurídicos indígenas a un pensamiento occidental”²³ o presumir “que los principios del derecho (sean) los mismos en todos los pueblos y todas las culturas”²⁴.

Sin embargo, por la comprensión de la “indivisibilidad e interdependencia entre los distintos derechos”, la aceptación mutua está creciendo aunque el conflicto entre las perspectivas de las distintas culturas siempre ha sido una razón por la que algunos líderes indígenas identifican el individualismo de los derechos humanos como algo impropio a su sistema de justicia.²⁵

De este discurso se concluye que el manejo de los derechos humanos en relación con los pueblos indígenas tiene dos aspectos que se traslapan: por un lado, “la incorporación (y aceptación) de los derechos humanos en el sistema cultural indígena y, por el otro lado, la identificación de sus valores culturales como derechos humanos o sus derechos humanos” y su integración en los convenios y tratados internacionales²⁶ lo que nos muestra que no son incompatibles los principios indígenas con los derechos humanos (individuales) propagados por el occidente.

No obstante, la aplicación de los derechos colectivos y su aceptación por parte de los gobiernos nacionales, como derechos del mismo valor y vigor como aquéllos de origen occidental, siguen siendo bajas y tienen que aumentar para posibilitar una convivencia equitativa de las culturas distintas. Los obstáculos principales a esta igualdad son tendencias racistas que desprecian la justicia indígena como impropia e ineficaz, e intereses económicos que en el sistema capitalista, en que vivimos, tienen la prioridad sobre los derechos humanos (colectivos) como la consulta previa y derechos al patrimonio cultural.

Presuntos límites de la Justicia Indígena

Este párrafo no habla de límites forzados, impuestos por constituciones y leyes nacionales o convenios, tratados y declaraciones internacionales sino trata de acercarse a hechos y circunstancias reales que posiblemente perjudiquen el funcionamiento de la Justicia Indígena.

La Justicia Indígena en asuntos penales se basa en justicia restaurativa mientras la justicia penal estatal, en gran parte, es represiva. Esta justicia restaurativa, en palabras del criminólogo John Braithwaite, sigue el concepto de avergonzar, o sea, si el ofensor se siente culpable de sus acciones por su desaprobación por parte de la sociedad,²⁷ Eso lo intimida a no cometer otros delitos. Es una teoría que requiere que la comunidad sea una tal de valores compartidos por todos, como los principios Kichwas de ama llulla (no mentir), ama killa (no ser perezoso) y ama shuwa (no robar), y que el ofensor tenga relaciones estrechas con su familia y con la comunidad, así que anticipa y

México, 1994, pág.54.

23 LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA DE COLOMBIA Y LOS DERECHOS HUMANOS, Vicente José Cabedo Mallol (<http://www.alertanet.org/F2b-VCabedo.htm>)

24 GREEN STORE, Abadio. Aplicación autonómica de la justicia en las comunidades indígenas”, en *Del olvido surgimos para traer nuevas esperanzas*, Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, Bogotá, noviembre de 1997, p. 151.

25 “Guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT”, Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pág. 83 (<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6903.pdf?view=1>).

26 “Guía para la aplicación judicial: Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Convenio 169 de la OIT”, Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, pág. 84 (<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6903.pdf?view=1>).

27 Harris, Nathan y Maruna, Shadd: “Shame, shaming and restorative justice – A critical appraisal”, pág. 453 (http://www.academia.edu/596796/Shame_shaming_and_restorative_justice_A_critical_appraisal).

asocia reacciones negativas con violaciones de las normas de la comunidad y por ello (ya) no va a delinquir. En cambio, un individuo que no es integrado en la comunidad y no tiene relaciones importantes con otros, no siente responsabilidad por los de su alrededor, ni se avasalla a sentimientos de vergüenza por lo cual es más susceptible a delinquir.

Así, se puede observar que en sociedades que valoran más el individualismo y el rendimiento personal como en Estados Unidos, hay una tasa de criminalidad más alta que en sociedades que ponen valores como honor y responsabilidad de la familia y de la comunidad por encima del individuo, lo que es el caso, por ejemplo, en Japón.

Además, el ofensor tiene que ser avergonzado de una manera reintegrativa, lo cual comprende la desaprobación y denuncia del comportamiento delictivo igual que ceremonias, palabras o gestos de remisión, para que forme una parte integral de la comunidad de nuevo. Eso no quiere decir que solo haya que tratarlo con cariño y suavidad y que no sea castigado. Lo decisivo es el fin y el proceso del avergonzar. Lo malo por lo que tiene que sentir la vergüenza no es su persona misma sino su conducta y actitud. Los mejores efectos se logran con una confrontación con la víctima (solo si no existe peligro de revictimización que puede ser causada si el ofensor no está arrepentido) y con la inclusión de la gente que respeta y se preocupa más del ofensor (y al revés) porque es más probable que el ofensor reconozca y le dé la razón a la crítica de la gente que desempeña un papel en su vida.

Una vergüenza estigmatizante y excluyente, en cambio, que puede ser causada si la comunidad lo rechaza al delincuente como devaluado e indigno sin intentos de reinserción social, lo expulsaría aún más de la comunidad y eventualmente lo incitaría a cometer más delitos debido a que ya no se vería comprometido a sus reglas y normas.²⁸ Así se pueden explicar las tasas altas de reincidencia de delincuentes que son ingresados en la cárcel por la justicia ordinaria.

En conclusión, surgen dos problemas de este tipo de justicia: el de la capacidad de una comunidad para crear la vergüenza reintegrativa en el ofensor y el de la justa proporción de las medidas restaurativas con crímenes graves, las cuales en casos malos pueden ser caracterizadas por una relación de dominación, tiranía y manipulación.

Considerando el primer problema, hay que admitir que no todas las comunidades tienen el poder y la cohesión interna para crear esa conciencia de vergüenza y arrepentimiento en el ofensor; sobre todo en ciudades o comunidades grandes se pierden más y más las culturas, relaciones, estructuras e interdependencias tradicionales, causado por la globalización de todas las partes de la vida. Esta experiencia hemos hecho nosotros también en un caso en el que los acusados obviamente esperaron que la Justicia Indígena los dejara en impunidad y no aceptaron la resolución que había adoptado la comunidad unánimemente, lo que se debió por un lado a la personalidad de los acusados, pero por otro lado, probablemente también al hecho que no todos eran nativos de la comunidad y por eso faltó el debido respeto a la decisión que fue tomada. No obstante, se puede observar que en la mayoría de los casos de Justicia Indígena las estructuras y los procedimientos sí están intactos así que medidas restaurativas rinden fruto y terminan con los problemas.

El segundo problema actualmente está en discusión, debido al fallo de la Corte Constitucional del Ecuador del 31 de julio de 2014 en el que decidió que la Justicia Indígena no puede asegurar “la protección del bien jurídico vida” (véase abajo). Pero la práctica ha mostrado y probado que en delitos graves la Justicia Indígena, o la justicia restaurativa en general, puede ser aún más efectiva

28 Hannem-Kish, Stacey. "Crime, Shame, and Reintegration." Encyclopedia of Prisons & Correctional Facilities. Ed. . Thousand Oaks, CA: SAGE, 2004. 201-05. SAGE Reference Online. Web. 1 Aug. 2012 (<http://www.sagepub.com/hanserintro/study/materials/reference/ref17.1.pdf>).

respecto a la prevención y al provecho de las víctimas.²⁹ No existe ningún argumento inteligible con el que se pueda justificar el rechazo de competencia de la Justicia Indígena en casos de delitos graves. Cabe decir que el peligro de revictimización no debe ser subestimado o minimizado, sobre todo en casos de violencia contra y abuso de mujeres, niños y niñas.³⁰

Ejemplos de vínculos entre los sistemas en otros países³¹

En Nueva Zelanda existe la posibilidad de remitir a los jóvenes maoríes de la justicia convencional a los tribunales tradicionales para apoyar la reconexión con su cultura y reducir el riesgo de reincidencia.

En Groenlandia, hasta el 2010, la ley penal se basaba en las ideas de la justicia de los indígenas groenlandeses que persigue sobre todo la rehabilitación. Por eso, no había prisiones convencionales sino instituciones donde los condenados tenían que vivir y en caso de ser necesario recibir un tratamiento, pero al mismo tiempo tenían posibilidades de trabajar y estudiar.

En Sarawak, un estado en Malasia, el Consejo para la Preservación de las Costumbres, codificó la ley consuetudinaria mediante consultas de las comunidades indígenas, eligiendo las prácticas que las comunidades tenían en común para fomentar la credibilidad y la aceptación. Así se pueden establecer vínculos entre los sistemas distintos y facilitar la mejor accesibilidad y comprensión, mientras la codificación puede “incidir en la naturaleza variable e informal de las leyes consuetudinarias originales y actuales”.

Casos precedentes de Justicia Indígena

Sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador en el caso “La Cocha”, Acción Extraordinaria de Protección, signada con el código 0731-10-EP del 31 de julio de 2014:

En el caso “La Cocha” en la parroquia de Zumbahua, la Corte Constitucional decidió que la Justicia Indígena no tiene competencia para resolver delitos graves como el homicidio. Sus argumentos son los siguientes:

“Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, *no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el non bis in idem o doble juzgamiento. (...) La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del Sistema*

29 Tony F. Marshall, “Restorative Justice – An overview”, Home Office Research Development and Statistics Directorate, 1999, pág. 8, 9 (<https://276dd27f-a-62cb3a1a-s-sites.googlegroups.com/site/monofinal/legitimidade-sistema-penal/occurresjus.pdf>).

30 Arlène Gaudreault, “The Limits of Restorative Justice”, Paris: Édition Dalloz, 2005 (http://www.victimweek.gc.ca/symp-colloque/past-passe/2009/presentation/arlg_1.html)

31 “Acceso a la justicia en la promoción y protección de los derechos de los pueblos indígenas”, Estudio del Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 29 de abril de 2013, pág. 15, 16 (http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IPeoples/EMRIP/Session6/A-HRC-EMRIP-2013-2_sp.pdf).

de Derecho Penal Ordinario, aún en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro del ámbito territorial de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.

La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.”³²

Esta sentencia es muy preocupante y desastrosa porque no cumple con las provisiones ni de la Constitución ni de los tratados internacionales de derechos humanos respecto a los pueblos indígenas. Sin fundamento alguno reduce la Justicia Indígena a efectos sociales y culturales mientras la Constitución no conoce este límite, sino, en el art. 171 meramente los límites de los derechos humanos y del ámbito territorial con los cuales se cumplieron en este caso. Subordinar la Justicia Indígena a la justicia ordinaria es inconstitucional porque contradice el principio de Plurinacionalidad, el cual garantiza igualdad de todas las nacionalidades, principio consagrado en la Constitución. Además, este precedente, que ha aplicado el Derecho Penal de manera colonial, probablemente tendrá repercusiones a otros casos en los que no se declinará la competencia a la Justicia Indígena.³³

Sentencia T-921/13 de la Corte Constitucional de Colombia, Acción de Tutela del 5 de diciembre de 2013

En el caso de una relación de un mayor con una menor de edad de la misma comunidad indígena, incluyendo el acto carnal por una supuesta violación, la Corte Constitucional de Colombia le declinó la competencia para resolver el caso a la Justicia Indígena porque “(...) la jurisdicción indígena es una figura fundamental para un Estado pluralista que se funda en la autonomía de los pueblos indígenas, en la diversidad étnica y cultural, en el respeto al pluralismo y en la dignidad humana que permite el ejercicio de funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siempre y cuando no sean contrarios a la Carta Política y a la Ley”³⁴.

Respecto a los derechos y el bienestar de niños, niñas y adolescentes, la Corte reconoció la cosmovisión y tradición indígena resaltando que, al considerar la situación de un niño o niña indígena involucrado en un caso, el juez no puede limitar su evaluación del bienestar del niño/a a “la perspectiva occidental”, sino “(l)o que debe tener presente el juez es el indeclinable interés por asegurar su integridad, su salud, su supervivencia, bajo el entendido de que el menor indígena es guardián de saberes ancestrales y de valores culturales”³⁵. Por eso “la protección de sus derechos constituye al mismo tiempo una valiosa oportunidad para perpetuar saberes y costumbres ancestrales fundamentales para la conservación de la diversidad y la promoción del respeto por la diferencia”³⁶.

32 Boletín de la Corte Constitucional del Ecuador

(http://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php?option=com_content&view=article&id=1042:corte-constitucional-del-ecuador-emite-sentencia-en-el-caso-la-cocha&catid=45:boletines-2014&Itemid=20)

33 “La Cocha: una aplicación del Derecho Penal colonial”, entrevista del periódico “hoy” con Mario Melo, director del Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica, del 7 de agosto de 2014

(<http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/la-cocha-una-aplicacion-del-derecho-penal-colonial-611351.html>)

34 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-921/13, Num. 4.1.5.3

(<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>).

35 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-921/13, Num. 6.6.6.(iii)

(<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>).

36 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-921/13, Num. 8.3.2.3

(<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>).

En general, en todos los procesos judiciales, “en ningún momento permite que se desconozca la identidad cultural de una persona, quien independientemente del lugar de reclusión, debe poder conservar sus costumbres, pues de lo contrario, la resocialización occidental de los centros de reclusión operaría como un proceso de pérdida masiva de su cultura”.³⁷

Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, acción de amparo constitucional del 9 de junio de 2014

El Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) anuló una resolución de primera instancia de la Justicia Indígena Originaria Campesina dentro de un conflicto por tierras en Challapata, departamento de Oruro, sobrepasando la instancia de apelación que sí existe dentro de su estructura. Además, el TCP estableció que “mediante acciones de amparo constitucional los tribunales departamentales pueden dejar sin efecto resoluciones de la jurisdicción indígena” y “disponer procesos penales contra sus autoridades”.³⁸

37 Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-921/13, Num. 7.4.5
(<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-921-13.htm>).

38 Reporte sobre la Magistratura en el Mundo, Coordinación de Derechos Humanos y Asesoría de la Presidencia, 9 de junio de 2014, Dr. Alejandro Anaya Huertas.