

La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales

Juan Carlos Andrade Dávila

La Constitución Política de la República ha reconocido a la costumbre de los pueblos indígenas como fuente de derecho y ha dado a sus autoridades tradicionales la potestad de juzgar y solucionar sus conflictos internos aplicando procedimientos propios de su pueblo. Al respecto, su artículo 191 inciso final dispone que:

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

Como podemos apreciar, las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones de administración de justicia de acuerdo a sus normas y procedimientos consuetudinarios, a fin de resolver conflictos internos que se produzcan en sus comunidades. Si bien la Constitución Política de la República autoriza para que estas autoridades administren justicia, es necesario delimitar la competencia de las mismas a fin de evitar posibles confusiones de parte de los involucrados en el tema.

Como sabemos, la costumbre es la más antigua de las fuentes del derecho, la primera en el orden histórico, rigió al hombre antes de que el Estado existiera como forma de organización política. La costumbre se caracteriza por no estar escrita y ser aceptada como derecho por un pueblo o un grupo social. El origen de la costumbre es análogo al de los usos o convenciones sociales; pero al agregarse una sanción jurídica, más efectiva que las sanciones sociales, aquella se convierte en norma de derecho cuyo cumplimiento puede ser exigido por los demás miembros del pueblo o del grupo social. Se distingue, por lo tanto, de aquellos usos en virtud de que acuerda a otras personas el derecho a reclamar coactivamente el respeto de la norma establecida.¹

La costumbre es esencialmente no escrita, para su vigencia no necesita de la promulgación y sanción de ninguna autoridad estatal. Esta solo se convierte en derecho cuando ha sido practicada por un período de tiempo más o menos largo. La costumbre es conducta repetida. La repetición y aceptación de la obligatoriedad de las normas consuetudinarias por el grupo social dan a éstas el carácter de jurídicas. En tanto estas normas no sean acogidas y aceptadas por el grupo no devendrán en normas jurídicas.

La costumbre debe reunir dos elementos para que pueda ser considerada como fuente del derecho:

1. El elemento material u objetivo, es decir, el uso, la repetición constante de ésta a través de actos uniformes. El uso debe reunir ciertas características para generar a la costumbre:
 - 1.1. Generalidad: la práctica debe ser común a un determinado círculo de personas que la aceptan como obligatoria. El hábito debe observarse por el mayor número de personas, aunque no se exige que sea su totalidad;
 - 1.2. Constancia: la repetición debe ser constante, cuando, concurriendo las mismas circunstancias, no deja de realizar una serie de actos uniformes. El tiempo y el número dependen de las circunstancias. La constancia resulta de la uniformidad y la continuidad de los actos. El uso no debe haberse interrumpido por omisiones o hechos contrarios, sino que debe haberse seguido regularmente;
 - 1.3. Uniformidad: la uniformidad requiere que se obedezca al mismo principio, a pesar de que los hechos no sean exactamente iguales; y,
 - 1.4. Duración: la duración implica que el uso se lo practique durante un cierto número de años para formar el acuerdo en cuanto a su obediencia.
2. El elemento subjetivo o psicológico, que es la conciencia de su obligatoriedad, o el convencimiento de que aquello que se hace debe hacerse porque es jurídicamente obligatorio.² La costumbre se diferencia de los hábitos comunes porque aquella viene a cubrir una necesidad jurídica, en tanto que éstos, si bien se los repite en forma general, constante, uniforme y duradera, no sirven para suplir esta necesidad jurídica.

Las autoridades de los pueblos indígenas al momento de impartir justicia deberán tener en cuenta que lo deben hacer con base en la costumbre de su pueblo, pero para que dicha costumbre sea considerada como jurídica, deberá reunir los requisitos enunciados, esto es que haya sido repetida a lo largo del tiempo y que haya sido aceptada por el grupo social como obligatoria. Si no reúne estos requisitos no tendrá fuerza obligatoria y, por tanto, no podrá ser invocada para administrar justicia.

Por mandato constitucional, la costumbre no puede ir en contra de la propia Constitución o de las leyes. Esto quiere

decir que el Código Político al reconocer la costumbre de los pueblos indígenas como fuente de derecho aclara que ésta no puede ser contraria a la ley (*contra legem*). La costumbre de los pueblos indígenas, por tanto, para ser reconocida como fuente del derecho y merecer protección, podrá ser o interpretativa (*secundum lege*) o supletoria (*proeter lege*).

La costumbre interpretativa es aquella que se forma de acuerdo a la ley, y consiste en la observancia de sus preceptos o en su interpretación si la ley se presta a confusiones. La costumbre supletoria surge en ausencia de ley, llenando los vacíos dejados por el derecho escrito. A diferencia de la costumbre interpretativa, la costumbre supletoria genera nuevas normas jurídicas, que no se oponen a las existentes. Esta forma de costumbre complementa el derecho escrito sin contradecirlo. La costumbre contraria a la ley (*contra legem*) surge en oposición a normas legales expresas o se persiste en su práctica pese a que una norma escrita la ha derogado. Si bien en el derecho romano y en el derecho canónico la costumbre podía derogar a la ley, en la actualidad no se acepta que esto suceda; la costumbre en nuestros sistemas jurídicos no puede derogar al derecho escrito. Es precisamente esta línea la que sigue nuestra carta Magna al reconocer el derecho consuetudinario indígena: no lo reconoce sino en los casos en que éste no contradice a la propia Ley Suprema o a las leyes de la República.

Una vez que hemos determinado que la única costumbre que reconoce la Ley Fundamental es aquella que no se opone al ordenamiento jurídico escrito, debemos delimitar el ámbito de competencia de las autoridades indígenas para administrar justicia. El Código Político establece que las autoridades indígenas serán competentes para resolver conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario. Hay que resaltar las palabras de la Constitución cuando habla de **conflictos internos** a fin de delimitar su verdadero alcance. La Real Academia de la Lengua define a interno como interior y a interior como lo que está en la parte de adentro.³ Por tanto, cuando hablamos de conflictos internos estamos haciendo referencia a aquellos litigios producidos al interior del respectivo grupo indígena. Como ya se dijo, para que la costumbre sea fuente de derecho y, por tanto, pueda ser invocada, debe existir la conciencia de su obligatoriedad. ¿Acaso aquellas personas que no pertenecen al grupo social indígena aceptan su costumbre como fuente de derecho y han hecho conciencia de su obligatoriedad? La respuesta es no, ya que como no forman parte del conglomerado social indígena no la aceptan como tal. Por tanto, los únicos conflictos que pueden ser resueltos por las autoridades indígenas son aquellos que se presentan al interior de sus comunidades entre los miembros de las mismas.

¿Qué sucede si un grupo de indígenas miembros de uno de estos pueblos ha salido de su comunidad y se ha asentado fuera de ella? En este caso, si surge un conflicto entre algunos de ellos ¿serían sus autoridades tradicionales competentes para juzgar tales conflictos? Para responder estas preguntas debemos tener en cuenta una realidad social: los pueblos indígenas en Ecuador son pueblos que han desarrollado una cultura de carácter rural, sin importar si son habitantes de la Costa, de la Sierra o de la Región Oriental. Si bien entre ellos pueden existir enormes diferencias, todos tienen en común que fundamentalmente han habitado en áreas ru-

rales, fuera de las ciudades. Esto no quiere decir que no existan indígenas que se autodefinan como tales que actualmente viven en las ciudades, de ninguna manera; tampoco se está queriendo decir que por el hecho de vivir en la ciudad deben dejar de ser indígenas. Ellos, al igual que el resto de la población ecuatoriana, tienen derecho a preservar su personalidad (esto en palabras del artículo 23, numeral 5 de la Constitución). Lo que se quiere decir es que si bien existe un gran número de población indígena en las ciudades, en este entorno no existen comunidades ni grupos indígenas reconocidos como tales. Durante muchos años, en vista de las difíciles circunstancias históricas que han debido afrontar, han desarrollado una cultura con base rural y en este contexto se han desarrollado como pueblos. En reconocimiento de esta realidad es que la Asamblea Nacional Constituyente al redactar el artículo 84 de la Constitución reconoce derechos colectivos a los pueblos indígenas y reiteradamente hace referencia al contexto rural de éstos, tal como cuando en el numeral 2 declara que tendrán derecho a *conservar la propiedad imprescriptible de las tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles...*, en el numeral 3 dispone que tendrán derecho a *mantener la posesión ancestral de sus tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita...*, en el numeral 4 establece que *tendrán derecho a participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se encuentren en sus tierras*, en el numeral 5 dice que *tendrán derecho a ser consultados sobre los planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus tierras...*, en el numeral 6 establece que se les concede el derecho a *conservar y promover sus prácticas de manejo de biodiversidad y entorno natural*, en el numeral 8 dispone que tienen derecho a *no ser desplazados como pueblos de sus tierras* y en el numeral 12 establece que tienen derecho a *sus sistemas, conocimientos y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a la protección de sus lugares rituales y sagrados, plantas, animales, minerales y ecosistemas de interés vital desde el punto de vista de aquella*. Por la misma razón es que la Ley Fundamental en su artículo 224 establece que habrá circunscripciones territoriales indígenas que serán establecidas por la ley, a fin de que ellos puedan conservar su cultura ancestral, sus creencias y prácticas de la mejor manera

En tanto no se creen las circunscripciones territoriales indígenas, las comunidades indígenas se hallan regidas por el Estatuto Jurídico de las Comunidades Campesinas y por la Ley de Organización y Régimen de Comunas. El artículo 1 del Estatuto reconoce el derecho a la existencia de las comunidades campesinas, muchas de las cuales están conformadas exclusivamente por indígenas. El artículo 2 les reconoce la posibilidad de adquirir personalidad jurídica, en cuyo caso se someten además a la Ley de Organización y Régimen de Comunas. El artículo 1 de la Ley prescribe que todo centro poblado que no tenga la categoría de parroquia, es decir, todo centro de población de carácter rural, que existiera en la actualidad o que se estableciera en lo futuro y que fuere conocido con el nombre de caserío, anejo, barrio, partido, comunidad, parcialidad o cualquiera otra designación llevará el nombre de comuna. Comunidades, parcialidades, partidos, han sido nombres tradicionalmente utilizados para designar a los grupos de población indígena.

La Ley de Organización y Régimen de Comunas dispone que para que se pueda establecer una comuna es necesario que existan dos elementos: el primer elemento es de carácter subjetivo, es decir que debe existir un determinado número de personas que la conformen. Es necesario que exista por lo menos cincuenta personas radicadas habitualmente en la comuna (artículo 5 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas); el segundo elemento necesario para poder organizar una comuna campesina es el elemento objetivo, esto es, que deben los comuneros poseer bienes en común, sean éstos tierras de labranza y pastoreo, aperos de labranza, industrias, acequias, semovientes, establecimientos educacionales u otros (artículo 6 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas). Cuando se reúnen estos requisitos, se podrá constituir una comuna, organizarse como tal a fin de obtener personalidad jurídica, la misma que se adquiere por el simple hecho de atenerse a la ley (artículo 3 de la Ley de Organización y Régimen de Comunas). Las comunas campesinas se conforman por un determinado número de personas que viven en un territorio. Lo mismo sucede con las comunidades, para que exista una comunidad, debe existir un determinado número de personas radicadas en un territorio, las mismas que tienen bienes comunales que pueden ser utilizados por todos sus miembros de acuerdo a sus necesidades. Como vemos, nuestro ordenamiento jurídico establece que existan organizaciones indígenas y campesinas, organizaciones que se conforman por personas asentadas en un territorio.

Los litigios que se producen al interior de estas organizaciones son conflictos que se producen entre sus miembros dentro de su territorio. Cuando se presenta un diferendo entre miembros de la comuna o de la comunidad fuera de su territorio, éste no puede ser considerado y tratado como si fuera un pleito interno de éstas; igualmente, si se produce un litigio con personas que no se cuenten entre sus miembros, éstos tampoco pueden ser considerados como de la comunidad socialmente organizada. Para que un litigio sea considerado como conflicto interno de un pueblo indígena deberá haberse producido en su territorio propio y entre sus miembros, ya que no se puede aplicar sus normas consuetudinarias a quienes las desconocen y no las reconocen como jurídicamente obligatorias, así como tampoco corresponde que estas normas se apliquen fuera de su entorno territorial, toda vez que se estaría extralimitando de su jurisdicción territorial.

Por otra parte, cuando un conflicto alcanza la esfera de lo público en virtud de que el bien jurídico lesionado interesa a toda la sociedad, en su conjunto, no únicamente a sus implicados directamente. La comisión de un delito penal no afecta únicamente a un bien jurídico particular, sino que afecta a toda la sociedad, en virtud de la zozobra que genera, no sólo afecta bienes jurídicos de los particulares, sino que afecta bienes jurídicos de todo el conglomerado social. Por esta razón, su juzgamiento y sanción están reservados a las autoridades del poder público estatal y no a los particulares. No se puede considerar que la comisión de un delito penal afecta únicamente a los miembros de la comunidad indígena en la que se cometió, es un asunto de competencia del Estado, y por ello debe ser juzgado por sus jueces o tribunales competentes. Las autoridades indígenas tradicionales no son competentes para juzgarlos.

Si el argumento previo no se lo acepta porque se considera que los litigios derivados de la comisión de un delito penal pertenecen al ámbito interno de la comunidad, ya que se considera que son conflictos entre la comunidad y sus miembros, debemos recordar que la Constitución es clara al reconocer el derecho consuetudinario indígena como fuente de derecho. Éste no puede contradecir al Código Político o a las leyes de la República. En el propio texto constitucional se establece que se requiere de la expedición de una ley para tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes (artículo 141 numeral 2), es decir, es exclusiva potestad del legislador el tipificar una conducta como penalmente punible y establecer una pena para el caso de que alguien incurra en ella. A su vez, el artículo 24 numeral 1 de la Carta Suprema contempla que *nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a leyes preexistentes, con observancia del trámite propio a cada procedimiento*, en tanto que en el artículo 2 inciso primero del Código Penal vigente se dispone que *nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté establecida en ella*. Queda claro que tanto la Constitución como el Código Penal establecen que sólo mediante una ley penal se puede declarar una conducta como punible y sólo en una ley penal se pueden establecer sanciones de carácter penal. Si la costumbre del respectivo pueblo indígena considera una conducta como penal y establece una sanción para ésta sin que haya sido tipificada y sancionada por una ley penal, está contradiciendo normas expresas de la Constitución y de la ley, por lo que no puede ser aplicada. Las normas consuetudinarias no tienen fuerza para derogar o modificar a la ley. La Ley Suprema es muy clara al respecto. Por tanto, considero que las normas del derecho indígena no pueden ser utilizadas para juzgar ninguna conducta como infracción penal ni para establecer penas por su comisión.

Como hemos visto, en virtud del principio de legalidad en materia penal, las normas consuetudinarias indígenas de ninguna manera pueden tener carácter penal. Tampoco sus autoridades pueden juzgar conductas penales. Recordemos que en el artículo 24 numeral 11 del Código Político se establece que *ninguna persona puede ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen al efecto*. ¿Quiénes son los jueces competentes en materia penal? Para responder esta pregunta debemos acudir al Código de Procedimiento Penal vigente. El artículo 16 de dicho cuerpo legal establece que *sólo los jueces y tribunales penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal*, en tanto que el artículo 17 dispone que *son órganos de la jurisdicción penal en los casos, formas y modos que las leyes determinan*:

- 1) Las Salas de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia;
- 2) El Presidente de la Corte Suprema de Justicia;
- 3) Las Salas que integran las Cortes Superiores de Justicia;
- 4) Los presidentes de las Cortes Superiores de Justicia;
- 5) Los Tribunales Penales;
- 6) Los jueces penales;

7) *Los jueces de contravenciones; y,*

8) *Los demás jueces y tribunales establecidos por leyes especiales.*

Por su parte, el artículo 19 del Código de Procedimiento Penal establece que *la competencia penal nace de la ley*. Únicamente ejercen jurisdicción en materia penal los jueces y tribunales a los que la ley les atribuye esta potestad, es decir, sólo pueden juzgar la comisión de delitos penales los órganos de la Función Judicial a quienes la ley les asigna tal competencia. A las autoridades indígenas ni la Constitución ni la ley les asigna competencia en materia penal para administrar justicia, por lo que no pueden administrar justicia en materia penal. Si así lo hacen, se están atribuyendo una potestad que no les ha sido concedida, por lo que están excediendo las atribuciones que la Constitución les otorga, irrogándose funciones que no les son propias.

Si bien la norma contenida en el artículo 9 numeral 1 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales establece que *en la medida en que sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros*, no debemos olvidar que en Ecuador existe una incompatibili-

dad con nuestro sistema jurídico nacional, toda vez que tanto nuestra Constitución Política como nuestras leyes penales han establecido el principio de reserva legal en materia penal, por lo que tampoco es acertado invocar esta norma para pretender dar unas competencias en el juzgamiento de materias penales a las autoridades tradicionales indígenas.⁴

Por tanto, debemos concluir que las autoridades de los pueblos indígenas únicamente pueden administrar justicia sobre asuntos propios de su comunidad, teniendo en cuenta que estas comunidades se forman por un conglomerado humano que vive en un determinado territorio. Litigios internos de la comunidad pueden ser problemas de linderos, de acceso al agua de riego debidamente concesionada por autoridad competente, utilización de los campos de caza, pesca o pastoreo, de los recursos naturales propios de la comunidad, salvo los no renovables que son directamente administrados por el Estado (artículo 247 de la Constitución, artículos 623 y siguientes del Código Civil), etcétera. No son competentes para administrar justicia cuando el conflicto trasciende de la esfera estrictamente comunal, ni cuando la ley reserva a las autoridades del Estado la competencia para hacerlo, tal como en el caso de la administración de justicia penal.

Notas

1. Mouchet, Carlos y Zorraquín Becú, Ricardo, *Introducción al Derecho*, duodécima edición actualizada, reimpresión, 2000, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 221.
 2. Monroy Cabra, Marco, *Introducción al Derecho*, duodécima edición aumentada y corregida, 2001, Themis, Bogotá, págs. 175 y 176.
 3. Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Edición, 1984, Tomo II, Madrid, págs. 781 y 782.
 4. No sucede lo mismo con la norma contenida en el numeral 2 del artículo 9 del citado Convenio de la OIT. Esta norma es directamente aplicable, por lo que los jueces y tribunales penales deberán tener en cuenta las costumbres de los pueblos indígenas para el juzgamiento de los delitos cometidos por ellos.
-