



**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**Límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en
materia penal**

Marcela Paz Sánchez Sarmiento

2015



CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Marcela Paz Sánchez Sarmiento, autora de la tesis titulada “Límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación al debido proceso en materia penal” mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con los requisitos previos para la obtención del título de Magister en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda la responsabilidad frente a los terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Marzo de 2015

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Procesal

**Límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en
materia penal**

Autor: Ab. Marcela Paz Sánchez Sarmiento

Tutor: Dr. Christian Masapanta Gallegos

Cuenca
2015

Abstract

En la Constitución de 1998 se produjo el reconocimiento constitucional de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y del pluralismo jurídico existente en el país, ello permitió la legitimación de las resoluciones tomadas por sus autoridades competentes de sus conflictos internos en base a sus propios procedimientos, usos y costumbres ancestrales, garantizando el derecho a su identidad, autodeterminación y autonomía de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas a fin de restablecer el equilibrio y armonía dentro de la misma. Estas resoluciones por norma constitucional tienen el mismo carácter jurídico y fuerza vinculante que las sentencias expedidas por autoridades jurisdiccionales estatales.

Por tanto, sin que se necesite ratificación del sistema judicial estatal, las decisiones jurisdiccionales indígenas surten el efecto de cosa juzgada, debiendo ser obedecidas por las partes involucradas, consideradas por la comunidad y respetadas por las autoridades y las instituciones del Estado respetando y garantizando la aplicación del principio non bis in ídem constitucionalmente reconocido.

Sin embargo, se hace necesaria su limitación explícita a fin de evitar que sus procedimientos y sanciones vulneren derechos humanos, razón por la cual la Corte Constitucional debe ser la encargada de controlar la conformidad de estas resoluciones con los preceptos constitucionales, respetando el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales que les son reconocidas, esto es, sobre la base de sus tradiciones ancestrales y derecho propio, conforme lo reconoce la vigente Constitución.

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mi familia pilares fundamentales en mi vida, porque sin su apoyo no me habría sido posible lograrlo, por haberme enseñado que la perseverancia y dedicación llevan a grandes metas.

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar y en especial a mi tutor Dr. Christian Masapanta Gallegos, distinguido profesor quien con su paciencia, experiencia y conocimiento colaboró en el desarrollo del presente trabajo investigativo.

Tabla de contenido

CLAÚSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS .	2
Abstract	4
Dedicatoria	5
Agradecimientos	6
Introducción	9
Capítulo primero	12
Límites Procesales que rigen la administración de justicia indígena en la realidad constitucional ecuatoriana.	12
1.1. El debido proceso y su influencia en las decisiones de la jurisdicción indígena.	12
1.1.1 Normas comunes que rigen el debido proceso en la toma de decisiones de autoridades indígenas.....	20
1.1.2. Normas consuetudinarias a observarse en las decisiones de la jurisdicción indígena.	26
1.2. El debido proceso en las decisiones de justicia indígena: ¿derecho de protección o derecho colectivo?	31
1.3. Exigencias constitucionales del debido proceso como límite a las decisiones de autoridades indígenas:.....	34
1.3.1. Competencia en razón del territorio.	37
1.3.2. Competencia en razón de la materia.	42
1.3.3. La motivación dentro de las decisiones de la autoridad indígena.	46
1.3.4. El principio non bis in ídem y su conexión entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.	49
Capítulo segundo.....	53
El debido proceso en la administración de justicia indígena.	53

2.1 Puntos nodales y elementos diferenciadores entre el debido proceso común y el debido proceso indígena.	53
2.1.1. Autoridades competentes para guiar el procedimiento de juzgamiento.	56
2.1.2 La competencia en relación a los sujetos procesales que intervienen... 60	
2.1.2.1. Conflicto entre indígenas.	63
2.1.2.2. Conflicto entre indígena y no indígena.	65
2.1.2.3. Conflicto entre no indígenas en territorio indígena.....	68
2.2. Procedimiento en relación de la nacionalidad quichua.	70
2.3. Tipos de sanciones dentro de la nacionalidad quichua.	73
Capítulo tercero	78
Análisis de casos relacionados a los límites de la jurisdicción indígena respecto al debido proceso.....	78
3.1. Análisis de jurisprudencia constitucional ecuatoriana.	78
3.1.1. Caso la Cocha 1.....	80
3.1.2. Caso La Cocha 2.	83
3.2. Análisis del pronunciamiento de la Corte Constitucional en caso penal de administración de justicia indígena y reglas jurisprudenciales.	89
Conclusiones.	100
Bibliografía.	104

Introducción

La promulgación de la Constitución del 2008 recoge un planteamiento histórico del movimiento indígena ecuatoriano, esto es caracterizar al Estado ecuatoriano como plurinacional, y con ello garantizar el debido proceso en la justicia indígena, a través de un conjunto de garantías que el Estado debe asegurar cuando cualquier persona este involucrada en un proceso judicial en concordancia con lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República, en el caso de la justicia indígena este debe ser considerado desde un criterio de interculturalidad.

Con ello, se les reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sus derechos colectivos, que implica su derecho a conservar y desarrollar sus formas de convivencia y organización social y que respecto a la justicia indígena dentro del ámbito de su territorio ejerzan las funciones jurisdiccionales que la Constitución de la República les reconoce en base de sus tradiciones ancestrales y que se encuentran reconocidas en su Art. 171, donde se les faculta a administrar justicia aplicando sus normas y procedimientos de acuerdo a sus costumbres o derecho consuetudinario.

Se trata de un procedimiento jurídico distinto al establecido en la justicia ordinaria y faculta a la autoridad indígena para que aplique el procedimiento de acuerdo a las costumbres o derecho consuetudinario de su pueblo, cuyas resoluciones deberán ser respetadas por todas las instituciones y autoridades del sector público. Teniendo como único límite a su facultad jurisdiccional el respeto de los derechos humanos garantizados por los instrumentos internacionales y la misma Constitución de la República.

Entonces, se garantiza el debido proceso en relación a la administración de justicia indígena, misma que debe ser asumida en el marco del procedimiento normativo y procesal propio de estas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y demás prácticas ancestrales constitucionalmente reconocidas. Con ello, se garantiza además la vigencia de otros principios como el de non bis in ídem que reconoce que las decisiones de las autoridades de la justicia indígena no pueden ser revisadas ni juzgadas por juezas o jueces del Poder Judicial o por autoridades administrativas, a excepción del control de constitucionalidad; el principio pro jurisdicción indígena, que permite que se prefiera la

jurisdicción indígena, en caso de duda entre ésta y la jurisdicción ordinaria; y la interpretación intercultural de los derechos controvertidos o en litigio.

He ahí la obligación de las juezas y los jueces que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, de declinar su competencia, previa petición de la autoridad indígena en tal sentido. Incluso, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional desarrolla la pertinencia de la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, en caso de que exista violación de derechos constitucionales por parte de sus autoridades.

Deberá por tanto la Corte Constitucional como órgano rector, ser el encargado de que principios como el de interculturalidad, autonomía, pluralismo jurídico y debido proceso sean aplicados y garantizados por la justicia ordinaria, y además con la facultad que le confiere la misma Constitución de la República debe armonizar estos derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, con la ordinaria a fin de que no existan conflictos al momento de su aplicación.

Debe tenerse presente que la convivencia indígena se fundamenta básicamente en una cosmovisión que reconoce y respeta la relación hombre-naturaleza y sociedad por ello, no existe ese tipo de clasificación o división por materias, así, la autoridad competente, con el procedimiento establecido dentro de cada comunidad, tiene la facultad de resolver todo tipo de conflictos que se produzcan dentro de la sociedad indígena.

Ello no implica que exista supremacía de un derecho sobre otro sino que al ser distintos y por el reconocimiento constitucional que existe deben convivir con armonía dentro de este Estado que la Constitución de la República garantiza como pluriétnico y pluricultural, su legitimidad para juzgar y tomar decisiones, debe ser estudiado en el acatamiento de las normas, usos y costumbres, tradiciones ancestrales y procedimientos que hacen parte del Derecho Consuetudinario Indígena, considerando que no existe una sola administración de justicia indígena sino que cada pueblo, comunidad y nacionalidad tiene sus propias normas y procedimientos suelen diferir unos de otros, pero que tiene como finalidad el restablecimiento de la paz dentro de la comunidad.

De lo expuesto, dentro del presente trabajo investigativo se pretende determinar la existencia de: una autoridad legítima, competencia territorial, competencia material, competencia personal, derecho a la defensa, como en los casos que se han presentado

dentro de la práctica jurídica mediante el estudio a los casos la Cocha 1 y 2. En el caso la Cocha 1 se juzgó a una persona que había dado muerte a otra, el victimario fue juzgado y sancionado por una autoridad indígena competente, en este caso las autoridades tomaron la decisión jurisdiccional fundamentada en el Convenio 169 de la OIT (artículos 8, 9, 10, 11, 12) y en la Constitución del Ecuador de 2008 en el artículo anteriormente mentado, normativas que determinan la existencia de autoridades indígenas, y la facultad de las autoridades para ejercer funciones jurisdiccionales.

En el caso de la Cocha 2, se trata básicamente de un homicidio perpetrado en el centro de Zumbahua, mientras que los victimarios eran de Guantopolo; el conflicto se generó al presentarse un supuesto problema de competencia de las autoridades que juzgaron a los victimarios, por lo que no se respetó el derecho al debido proceso al no garantizarse el derecho a la defensa y la imparcialidad del juez.

En ambos casos, el problema se centra en que a pretexto de que se violaron los derechos humanos del victimario, intervino la justicia ordinaria para liberarlos del hecho *salvaje y atroz* al que sería sometido por la comunidad indígena, desconociéndose así lo juzgado el principio non bis in idem, esto es que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, una clara violación del debido proceso.

Son estos los puntos nodales sobre los que se tratarán en el presente trabajo, si se ha respetado o no el principio non bis in idem, el derecho a la defensa en general el debido proceso por parte del Estado y las autoridades competentes indígenas, y si existen límites o no a sus decisiones. Los conflictos familiares, comunitarios y sociales se resuelven en aplicación de sus derechos ancestrales. Las normas, los procedimientos, las autoridades y las sanciones tienen como fuente el derecho ancestral, para el efecto nos remitiremos constantemente a la Corte Constitucional colombiana que con sus resoluciones ha generado un verdadero precedente sobre justicia indígena, pudiendo ser trasladada a la realidad ecuatoriana.

Capítulo primero

Límites Procesales que rigen la administración de justicia indígena en la realidad constitucional ecuatoriana.

1.1. El debido proceso y su influencia en las decisiones de la jurisdicción indígena.

Después del levantamiento indígena protagonizado en mayo de 1990¹, cuando cientos de indígenas reclamaban el derecho a la tierra, aquellos realizaban una crítica al modelo agroexportador y al pago de la deuda externa y rechazaban el apoyo a los grupos empresariales por sobre los derechos de los campesinos, liderado por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE²; es cuando a los pueblos y comunidades indígenas se los colocó en el centro de la vida política del país, permitiéndoles generar y mantener su independencia.

Es la primera vez, que nuestro país realmente se aleja del concepto de monismo jurídico³, cuyo efecto se vería reflejado diez años más tarde cuando ganaron espacio en el ámbito político y social, circunstancia que se vio consolidada con su participación y reconocimiento como un colectivo y por la Constitución Política de 1998, se les reconoció como integrantes del Estado ecuatoriano, como actores políticos y sujetos de derechos, introduciéndose así una serie de derechos colectivos incluyendo nuevas categorías descriptivas como la pluriculturalidad o de la pluriétnicidad.

La transformación del sistema de garantías constitucionales, anteriormente basado en el sometimiento de la costumbre al imperio de la norma estatal pasó a reconocer los derechos ancestrales de pueblos comunidades y nacionalidades que, pese a ser parte del Estado, fueron excluidas. Como resultado de dicha transformación, se reconocieron los diferentes sistemas de administración de justicia de los pueblos originarios, equilibrando la convivencia de los pueblos y comunidades indígenas con el resto de la población ecuatoriana, a la luz del principio de diversidad que sustenta la interculturalidad.

¹ El levantamiento indígena protagonizado el 28 de mayo de 1990 duró hasta el 11 de junio de 1990, consistió en las luchas por el respeto a la existencia de distintos pueblos y a la diferencia, fue el reconocimiento a existir como nacionalidades.

² Acción Ecológica, “A los 20 años del levantamiento indígena”, en <<http://www.accionecologica.org/editoriales/1232-a-los-20-anos-del-levantamiento-indigena>> (fecha de consulta: 13 de mayo de 2014).

³ Corriente que supone el monopolio estatal, la homogenización jurídica, única e imperante, válido y reconocido por el Estado, sostienen sus seguidores que de no ser el derecho reconocido por el Estado, carecería de toda efectividad en su aplicación y violaría el principio de seguridad jurídica y el Estado de derecho.

El Art. 84 de la Constitución de 1998, reconoció una nueva categoría de derechos subjetivos e instituyó como titulares de ellos a las naciones o pueblos indígenas; estos derechos constan en quince numerales y se destacan, entre otros, la conservación y desarrollo de su identidad, dominio y relativo imperio sobre sus territorios, manejo de la biodiversidad y entorno natural, formas de convivencia y organización social y política, la propiedad colectiva de sus conocimientos ancestrales, patrimonio cultural e histórico, sistemas de medicina.⁴

Con estos antecedentes, se buscó recoger todas las aspiraciones del movimiento indígena en lo referente al ejercicio de sus propias formas de generar normas y aplicarlas en la administración de justicia, con la afirmación de su propio derecho a mantener y desarrollar su cultura, constituyéndose el inicio de lo que sería el pluralismo jurídico en el país. Esta declaración constitucional sobre el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, y del pluralismo jurídico en particular, representa la ruptura con aquellos que imponían etnocéntricamente la preeminencia de un solo sistema jurídico nacional y la no valoración de los derechos comparativamente distintos.⁵

Es así que la Constitución del 2008 recoge un planteamiento histórico del movimiento indígena ecuatoriano, esto es, caracterizar al Estado ecuatoriano como plurinacional. Este atributo supone apuntalar a una transformación social, política y económica, así como una garantía del pleno ejercicio de los derechos colectivos que bajo esta denominación del Estado tienen una connotación partiendo del pluralismo jurídico como desarrollo de su diversidad étnica y cultural, en un supuesto de la coexistencia en el territorio de un mismo Estado de varios sistemas jurídicos, al respecto el Art. 171 dispone:

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

⁴ Julio Cesar Trujillo, "Justicia indígena y pluralismo jurídico" en Laura Giraud, edit., *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, (Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 266.

⁵ Sánchez Botero, Isabel Cristina Jaramillo Sierra, *La Jurisdicción Especial Indígena* (Colombia: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2000), 63.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

Este reconocimiento constitucional, sobre la facultad que tienen las autoridades de los pueblos indígenas de administrar justicia aplicando sus normas y procedimientos propios de acuerdo a sus costumbres o derecho consuetudinario se basa fundamentalmente en la memoria de sus antepasados, por tanto, la misma va a variar en cada comunidad, pueblo o nacionalidad; sin embargo, ello no implica que no exista una verdadera garantía del debido proceso dentro de la justicia indígena, entendiéndose a la misma como un conjunto de garantías que el Estado debe asegurar cuando cualquier persona esté involucrada en un litigio en concordancia con lo que dispone el Art. 76 de la Constitución de la República, toda vez que cada comunidad, ha desarrollado su propio procedimiento que tiene que estar enmarcado dentro de los parámetros impuestos en la propia Constitución, que le otorga la fuerza jurídica dentro del Estado y a la vez le impone los límites que no debe sobrepasar, unos límites planteados además, por el contexto legal internacional, especialmente el relativo a los derechos humanos y más concretamente por el Convenio 169 de la OIT.

El sistema desarrollado por cada comunidad o pueblo indígena debe ser cumplido conforme se expuso anteriormente, garantizando el debido proceso como una de las garantías constitucionales y evitando cualquier vulneración a los derechos humanos, esto es, erradicando cualquier procedimiento que implique *justicia por mano propia*. Por tanto, se está reconociendo un procedimiento jurídico distinto al ordinario, lo que obliga a las autoridades indígenas a que apliquen el derecho consuetudinario de cada comunidad o pueblo y garantizando el derecho del acusado a que se le aplique un procedimiento ancestralmente aceptado y practicado, que le permita defenderse conforme lo establece dicho procedimiento, teniendo presente la pluralidad cultural que reconoce y garantiza la Constitución.

Respecto a la pluralidad cultural, ampliamente desarrollada por las Constituciones Latinoamericanas; en el caso del Ecuador, constituye uno de los puntos

cruciales dentro de nuestro *estado constitucional de derechos y justicia*⁶. Con esta nueva noción, se da más fuerza a la relación entre sociedad y Estado y se garantizan los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades, colectivos y la naturaleza como titulares y beneficiarios directos de los derechos consagrados y reconocidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales de derechos humanos. Así mismo, se mantiene y amplían los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y con ello se ponen en consonancia la premisa de Ecuador como un Estado plurinacional, lo que supone un Estado garantista de estos nuevos derechos.

Considerando que nuestra Constitución se encuentra irrigada por esta nueva concepción del *pluralismo jurídico*⁷, debemos considerar un aspecto intercultural del debido proceso. Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas Amawtay Wasy, determinó que: “[...] El Estado ecuatoriano debe fomentar la interculturalidad, inspirar sus políticas e integrar sus instituciones, según los principios de equidad e igualdad de las culturas, así como garantizar los derechos colectivos, [...]”; además se refirió a las reglas de interpretación, en casos de Derecho Indígena:

- a) A mayor conservación de usos y costumbres, mayor autonomía; b) Las normas legales imperativas no deben ser invocadas por el solo hecho de existir como norma; c) Los usos y costumbres de una comunidad priman sobre las normas legales dispositivas, la nueva clave de la interpretación intercultural debe considerar los parámetros que han desarrollado los pueblos indígenas sobre el ALLI CAUSAI, buen vivir; reconociéndose así que ninguna norma secundaria puede restringir, limitar o tornar ineficaz cualquier derecho de estas nacionalidades y pueblos reconocidos por la Constitución y normas supranacionales.⁸

⁶ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. I, “Elementos constitutivos del Estado”, cap. primero, “Principios fundamentales”, art. 1([Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s. f.): 16.

⁷ Al respecto la Corte Constitucional de Colombia, ha definido el pluralismo jurídico como formas diversas de órdenes legales concomitantes respecto de los mismos supuestos y fenómenos a regular, las comunidades indígenas tienen autonomía política y jurídica la que les permite pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos de acuerdo a los usos y costumbres siempre que no vulnere la Constitución ni la ley.

⁸ Res. No. 0008-09-SAN-CC de 18 de diciembre del 2009 del Pleno de la Corte Constitucional, en la acción extraordinaria de protección por Derechos Colectivos- Educación Intercultural que, siguió la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas ‘AMAWTAY WASI’ contra el CONESUP, R.O 97-S de 29 de diciembre de 2009.

Frente a la noción del debido proceso, nos remitiremos a la Corte Constitucional colombiana, quien en sentencia T-349/96, definió que este principio debe ser interpretado en forma amplia, “ya que exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras permitiría una completa distorsión del pluralismo como principio básico de la Carta”.

Este concepto, en el caso de la justicia indígena, debe ser considerado desde una doble perspectiva: en primer lugar, el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución, entendiendo incorporada la diversidad étnica y cultural de estas comunidades, ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferente al de la cultura occidental; en segundo lugar, el elemento simbólico de estar garantizada y reconocida por la Constitución, lo que la convierte en un derecho de aplicación directa; así, como en una vertiente informadora del resto de normas y decisiones públicas. Es así, que la justicia indígena se incorpora a la Constitución partiendo de este concepto de pluralismo jurídico que implica la vigencia efectiva, en un mismo territorio de un Estado, de varios sistemas normativos y ordenamientos que cohabitan en colaboración pacífica del respeto mutuo de sus instituciones.

En resumen, el pluralismo jurídico es justificado por la existencia de diversas culturas, cada una con su propia identidad y coherencia para concebir el orden, la seguridad, la igualdad y la justicia. A diferencia del monismo jurídico, el pluralismo jurídico permite hablar de la coexistencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo espacio geopolítico llamado Estado, por tanto, los sistemas jurídicos pueden interactuar y complementarse.

Para autores como Juan Carlos Andrade Dávila, no se considera procedente el otorgamiento de competencia a las autoridades indígenas para el juzgamiento de infracciones y delitos, toda vez que se vulneraría el debido proceso, ya que no podría pensarse “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”⁹, y añade: “[...]si la costumbre del respectivo pueblo indígena considera una conducta como penal y

⁹Juan Carlos Andrade Dávila, “La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales”, en *Revista Iuris Dictio*, de la Universidad San Francisco de Quito, (Quito: No. 6,2002), 31.

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 modificar a la ley.”¹⁰

El mismo autor sostiene que según al Art. 24 numeral 11 de la Constitución Política de 1998, nadie puede ser distraído de su juez competente y, que el Art. 16 del Código de Procedimiento Penal que establece que sólo los jueces y tribunales penales son competentes para conocer causas penales. Además, el Art. 19 del mismo cuerpo de leyes señala que la competencia nace de la ley. Por lo dicho, “Sí 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”¹¹.

Siendo así, se deberían delimitar las relaciones entre el Derecho consuetudinario y la Constitución de la República, al respecto Julio Cesar Trujillo ha indicado que ésta relación es de subordinación de la primera a la segunda, al prevalecer la norma constitucional que todos los ecuatorianos hemos aceptado, expresa o tácitamente, al ser miembros activos de un mismo Estado y cuya organización se encuentra contenida en la propia Constitución, atendiendo a una solución formal en aplicación del principio de jerarquía normativa.¹²

Sobre este mismo punto, Enrique Ayala Mora ha indicado que pueden haber varias, muchas prácticas jurídicas, tantas cuantas culturas hayan, cuantos pueblos existan, pero un solo sistema jurídico entendiéndoselo como el conjunto de normas establecidas en la Constitución y en las leyes fundamentales del país, que nos implican a todos los ciudadanos, y pero reconoce las normas y prácticas que los indígenas han desarrollado en la administración de la justicia. Por otra parte, debemos tratar de armonizarlas con las normas del derecho ecuatoriano y universal, sin que ello implique sobreponerlas.¹³

¹⁰ Ibíd., 30.

¹¹ Ibíd., 32.

¹² Pfr. Julio Cesar Trujillo, “Administración de Justicia Indígena”, en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/juliotrujillo.htm>> (fecha de consulta: 11 de enero de 2015).

¹³ Pfr. Enrique Ayala Mora, “El derecho ecuatoriano y el aporte indígena”, en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/enriqueayala.htm>>(fecha de consulta: 12 de enero de 2015).

Para el Dr. Santiago Andrade Ubidia, quien ha manifestado que en pos de garantizar el sistema jurídico indígena por cada nacionalidad o pueblo, no se puede poner en peligro la concepción de Estado, pero tampoco se puede dejar a un lado la concepción intercultural, la cual sostiene que las autoridades de los pueblos indígenas están en la capacidad para resolver los problemas intracomunitarios, esto es, que afecten a los miembros de la comunidad, garantizando la plena vigencia de los derechos de los indígenas. Por ello, su análisis a la luz de la Constitución de la República se debe hacer en todo su contexto de manera que se considere la potestad jurisdiccional que poseen los órganos de la función judicial y establecer, por otro lado, entre la justicia ordinaria y la administración de justicia indígena, buscando la unidad jurisdiccional. Es por esto que deben hacerse compatibles las funciones de las autoridades indígenas con las del sistema judicial nacional.¹⁴

Respecto a estas posiciones, autores como Mariana Yumbay, reconocen la existencia de un derecho indígena que se basa en el espíritu comunitario, en conocimientos ancestrales, normas y principios que han sido conservados y transmitidos de generación en generación y de forma oral, que han logrado mantener la armonía y el orden social al interior de los diferentes pueblos y nacionalidades.¹⁵

Igual posición tiene Emiliano Borja Jiménez, al reconocer la existencia un Derecho Penal indígena en gran parte de los pueblos de Latinoamérica, porque estos tienen un conjunto normativo que reprueba y considera como muy graves una serie de comportamientos humanos similares a lo que en derecho occidental se denominan delitos. Así mismo, sostiene que existe un procedimiento formal para determinar la culpabilidad o inocencia del o de los implicados, y autoridades que ejercen jurisdicción propia dentro del ámbito territorial de la comunidad, con iguales potestades para dirimir conflictos y sus decisiones suelen ser acatadas por todos¹⁶, siendo así, no difieren del todo con la justicia ordinaria.

A la luz del Art. 171 de la Constitución de la República, vale destacar que esta misma norma otorga la potestad de administrar justicia a las autoridades indígenas,

¹⁴ Santiago Andrade Ubidia, "Aportes al debate sobre justicia indígena: observaciones y sugerencias al anteproyecto de "Ley de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador"", en Judith Salgado, compiladora, *Justicia indígena: aportes para un debate* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar UASB, 2002), 138.

¹⁵ Pfr. Mariana Yumbay, "El ejercicio de la administración de justicia indígena en el Ecuador", en <<http://www.llacta.org/notic/2007/not0621b.htm>> (Fecha de consulta: 10 de enero de 2015).

¹⁶ Pfr. Emiliano Borja Jiménez, "Derecho Penal y derecho indígena", en Fernando Flores Giménez, coordinador, *Constitución y Pluralismo Jurídico*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2004), 115.

misma que se equipara a la potestad conferida a los jueces estatales, esto es, para conocer, juzgar y sancionar la comisión de infracciones penales, y cualquier tipo de conflicto que se suscite en el interior de su territorio, sin la existencia de un cuerpo legislativo escrito que tipifique los delitos penales. Es un derecho que se encuentra fusionado con la armonía natural integradora política, religiosa, cultural, espiritual, económica, social, de cada nacionalidad, pueblo y comunidad indígena.

Sin que esto implique que los asuntos sobre los que juzgan tengan que ser cuestiones territoriales porque se trata de un asunto de límite de competencia, no de materia. “En reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia ha respaldado estas facultades de la jurisdicción especial incluyendo no solo potestades coercitivas generales sino también potestades punitivas específicas las cuales ya no están en manos de la jurisdicción penal ordinaria sino de la jurisdicción especial o tradicional”.¹⁷

Igual que en el caso ecuatoriano, se han reconocido normas que no están escritas, ya porque proceden de la costumbre, de su tradición que no es más que otra fuente de creación de normas, diferente a la que se conoce en la justicia ordinaria pero que de igual forma considera y garantiza los derechos de sus miembros, en ejercicio de la autonomía que les confiere el poder de decidir y asumir o no el ejercicio de sus funciones, debiéndose otorgar igual valor que las decisiones tomadas por la justicia ordinaria en “aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”¹⁸, se trata de preservar formas de vida tradicionales a fin de no poner en riesgo su propia existencia.

El sistema de normas o derecho consuetudinario, y por ende de la potestad normativa o reguladora de los pueblos y las comunidades indígenas y campesinas... La función jurisdiccional especial o la potestad de impartir o administrar justicia. Ello incluye la validez y eficacia de las decisiones de la jurisdicción especial de modo autónomo, y el sistema institucional o de autoridades, o la potestad de gobernarse con sus propias instituciones, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades.¹⁹

¹⁷ Raquel Yrigoyen Fajardo, “Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos”, en *Revista El otro derecho* (Bogotá: No. 30, 2011), 177.

¹⁸ Res. T-496-06 de 26 de septiembre de 2014 de la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, compuesta por los magistrados José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Carlos Gaviria Díaz -este último en calidad de Ponente-, en el caso de Libardo Guainas Finscue en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata.

¹⁹ Yrigoyen, “Pluralismo jurídico”, 177.

Por tanto, se trata de un sistema jurídico penal propio que si bien no cuenta con los axiomas fundamentales del Derecho Penal occidental, tiene como fuente principal a la costumbre (fuente del derecho), tanto al establecer la conducta punible de los diferentes delitos y sus respectivas sanciones y penas, valiéndose de la transmisión oral intergeneracional como sustituto de los procedimientos escritos, existentes en la justicia ordinaria, rescatando sus propias tradiciones. Es así, que el principio de legalidad se entendería bajo una perspectiva diferente a la consagrada en el sistema de justicia ordinario, porque como se dijo anteriormente, se trata de un sistema diferente y que varía según sus propias costumbres y tradiciones en donde la paz y el equilibrio social son la base para su existencia.

Como bien lo indica Raquel Yrigoyen Fajardo “lo que se busca es establecer un sistema que posibilite la relación armónica y pacífica entre las jurisdicciones especiales y ordinarias en condiciones democráticas y no de subordinación”. No existiría una violación del debido proceso ni del derecho a la defensa toda vez que no existe violación de los derechos humanos ni los mínimos constitucionales establecidos, sus procesos se realizan de acuerdo a sus usos y costumbres y apego de los tratados y convenios internacionales que reconocen y garantizan sus derechos, al tener un procedimiento establecido y dirigido por la autoridad competente que toda la comunidad acepta, se lo estaría garantizando.

Para terminar, debemos recordar que dentro de la cosmovisión indígena las sanciones son un correctivo que garantiza el restablecimiento de la paz dentro de la comunidad y no una represión como usualmente se entiende a la justicia indígena como un sistema penal que se toma la justicia por su mano, y pese a los errores que pueden suscitarse siempre que se lo ejerza dentro de los límites establecidos es un proceso conciliador y en todo caso de mayor eficacia que el de la justicia ordinaria toda vez que sus sanciones son de inmediato cumplimiento.

1.1.1 Normas comunes que rigen el debido proceso en la toma de decisiones de autoridades indígenas.

En Ecuador, el reconocimiento constitucional de las funciones jurisdiccionales a las autoridades indígenas dentro de su ámbito territorial y de acuerdo a sus tradiciones y costumbres propias, lleva implícito la facultad reconocida a las autoridades ancestrales de dictar decisiones frente a los conflictos que surgen dentro de la comunidad indígena.

Al respecto, la Constitución de la República otorga al derecho indígena fuerza jurídica dentro del Estado y a la vez le impone los límites que no debe sobrepasar, unos límites también delineados por el contexto legal internacional, especialmente el relativo a los derechos humanos y más concretamente por el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes de 1989, ratificado por nuestro país el 15 de mayo de 1998.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas. Los artículos 3, 4 y 5 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación, lo que les faculta tomar sus propias decisiones en asuntos internos y aplicar sus prácticas administrativas, jurídicas y organizativas dentro de sus comunidades, en su artículo 34 establece que: “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.”²⁰

El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 26 de febrero de 1997 en su artículo 2 inciso primero y tercero, reza:

1. Los pueblos indígenas tiene derecho al goce pleno y efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidas en la Carta de la OEA, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales de derechos humanos; y nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna esos derechos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con los principios del derecho internacional, incluyendo el de los derechos humanos.
2. Los Estados asegurarán el pleno goce de sus derechos a todos los pueblos indígenas, y con arreglo a sus procedimientos constitucionales, adoptaran las medidas legislativas y de otro carácter, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Declaración.

Con ello, este proyecto pretende reconocer el derecho de todos los pueblos indígenas respecto a cada Estado, garantías como la no discriminación, existencia e

²⁰Daniela Flores, “La Justicia Indígena y sus conflictos con el derecho ordinario”, en <http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=422%3AAla-justicia-indigena-y-sus-conflictos-con-el-derecho-ordinario&Itemid=57> (fecha de consulta: 02 de diciembre de 2013).

identidad, incluyendo el debido proceso con reconocimiento del sistema indígena, parten de la diversidad cultural.

Con estos antecedentes, por disposición constitucional, las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, son las encargadas del desarrollo progresivo de los derechos constitucionales y del establecimiento de mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción estatal, a través de normas, jurisprudencia y políticas públicas disposiciones que se encuentran contempladas en los artículos 57 numeral 9, 10 y 171 de la Constitución de la República:

Art. 57.- Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: [...] 9.- Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral, 10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes [...]

Art. 171.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.

En el caso del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 5 sobre los Principios Procesales en su numeral 9 indica:

“El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: **9. Prohibición de doble juzgamiento:** ninguna persona podrá ser juzgada ni penada más de una vez por los mismos hechos. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena son considerados para este efecto. La aplicación de sanciones administrativas o civiles derivadas de los mismos hechos que sean objeto de juzgamiento y sanción penal no constituye vulneración a este principio.”

Con ello se establece la garantía al debido proceso indígena, excepto el caso que de una misma infracción se deriven otras contravenciones en cuyo caso podrán ser juzgados sin que ello implique cualquier vulneración a sus derechos. Incluso a lo largo de este Código podemos avizorar nuevas formas de garantizar a los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas como sujetos de derechos colectivos reconociéndoles un nuevo status para la aplicación del mismo, las infracciones cometidas en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los tratados e instrumentos internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en las leyes respectivas.

En todo caso se reconoce su aplicabilidad y garantiza sus decisiones como parte del sistema procesal nacional con ello la ni la justicia de paz ni la ordinaria puede prevalecer sobre las decisiones tomadas por las autoridades indígenas competentes.

En febrero del 2010, la asambleísta Lourdes Tibán Guala presenta ante la Asamblea Nacional el Proyecto de Ley Orgánica de Coordinación y Cooperación entre la Jurisdicción Indígena y la Justicia Ordinaria, al tratarse de un sujeto colectivo y reconocido por la Constitución y los instrumentos internacionales, con lo que se pretende garantizar las decisiones de la jurisdicción indígena en coordinación con la justicia ordinaria, con lo que se lograría establecer límites jurídicos necesarios para su subsistencia.

En la actualidad, la justicia constitucional ecuatoriana no ha contribuido a generar un diálogo intercultural entre los sistemas de justicia, no obstante, la Corte Constitucional de Colombia, ha determinado en varias de sus sentencias cuáles son los límites que deben tener las decisiones jurisdiccionales indígenas, decisiones según las cuales las limitaciones que implica el respeto a los derechos humanos llevan a respetar los mínimos fundamentales: *el derecho a la vida (no matar), integridad física (no torturar), libertad (no esclavizar) y la previsibilidad de la sanción como el principio del debido proceso*. Creemos que estas tres limitaciones sientan un principio moral, que permite a su vez un amplio margen para el diálogo intercultural y para los avances en la coordinación de procedimientos que, como las culturas de donde vienen, son la expresión de una gran diversidad²¹, respecto a ello la Corte Constitucional Colombiana, tomando como punto de partida el principio de la

²¹ Rudolf Huber, Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal, Rosembert Ariza, coord..., *Hacia los sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, (Colombia: Konrad Adenauer Stiftung, 2008), 171.

maximización de la autonomía, pro comunitas, esto es que resulta constitucionalmente admisibles las sanciones que sean proporcionadas y razonables en el contexto cultural en el cual se aplican y que no vulneren “lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre.”²²

Es por esto que, las decisiones de las autoridades indígenas, aunque difieran en sus formalidades y contenidos de las que toma el poder judicial en un Estado moderno, no por ello carecen de valor legal, de acuerdo con lo establecido por el Convenio 169. Estas resoluciones por norma constitucional tienen el mismo carácter jurídico y fuerza vinculante que las sentencias expedidas por autoridades jurisdiccionales estatales. Por tanto, sin que se necesite ratificación del sistema judicial estatal, las decisiones jurisdiccionales indígenas surten el efecto de cosa juzgada *per se*, debiendo ser obedecidas por las partes involucradas, consideradas por la comunidad y respetadas por las autoridades y las instituciones del Estado.

Incluso el mismo Convenio en su artículo 35, establece que “priman las normas (o incluso acuerdos nacionales –políticos-) que otorgan más derechos o ventajas a los pueblos indígenas (PI), razonamiento que se aplica a los Estados que han ratificado el Convenio 169 de la OIT aunque no hayan incluido reformas constitucionales expresas para reconocer el derecho indígena.”²³

Tanto el artículo 8 como 9 del Convenio ha reconocido que por tratarse de una competencia constitucional que garantiza la autonomía de los pueblos indígenas, sus limitaciones deben obedecer a razones que ofrezcan un mayor valor constitucional que el valor de la Carta asigna a la autonomía comunitaria “[...] la jurisdicción especial indígena tiene ciertas limitaciones que se derivan directamente del texto de la Constitución y que pueden afectar, cuando menos, tres de sus extremos: el tipo de procedimiento admitido, la definición de las conductas que pueden ser constitutivas de falta y la definición de las sanciones.”²⁴

²²Laura Giraud, edit., *Cuadernos y debates: Derechos, costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008), 177.

²³ Raquel Yrigoyen Fajardo, “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo jurídico”, en < <http://alertanet.org/ryf-alpanchis.htm>> (fecha de consulta: 02 de marzo de 2014).

²⁴ Huber, *Hacia los sistemas jurídicos plurales*, 170.

Siendo así, el Convenio 169 de la OIT tiene como sujeto titular del derecho a los pueblos indígenas, reconociéndoles su derecho a un *territorio propio*²⁵, a aplicar sus propias costumbres y por ende ejercer funciones jurisdiccionales, como consecuencia a tener competencia sobre los hechos que ocurren dentro de dicho territorio, sin que ello implique una limitante, toda vez que la jurisdicción indígena se puede ampliar en razón de la competencia personal y material de acuerdo al caso concreto; imponiendo como único límite según su artículo 82 “la no violación de los derechos fundamentales humanos”.

Desde mi punto de vista, los ambos sistemas de administración de justicia preceptuados por el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, son perfectamente compatibles; es decir pueden coexistir, guardándose respeto mutuo dentro de los ámbitos jurisdiccionales, asignados por la Constitución y la Ley tanto a los órganos de la Función Judicial como a las autoridades de los pueblos indígenas. Estas dentro de la esfera de su jurisdicción son autónomas y gozan de plena independencia, no dependen de los órganos de la Función Judicial ni de las autoridades de la Función Ejecutiva. Sus decisiones son soberanas solo están sometidas a la Constitución y a las leyes y tratados internacionales. La ley proyecto para compatibilizar deberá delimitar el ámbito jurisdiccional de las autoridades indígenas, y regular lo concerniente a la fiscalización o control que debe realizar la Corte Constitucional de las decisiones jurisdiccionales de las autoridades de los pueblos indígenas; así como sobre las medidas correctivas o represivas que deban aplicarse en caso de violaciones a los derechos fundamentales.

De este modo, quienes pretenden decir que la jurisdicción especial debe estar subordinada a la jurisdicción ordinaria, o que no puede interferir con ella, o que debe estar controlada o reducida, están haciendo una interpretación que contradice el texto y espíritu del Convenio 169, debiendo existir una interpretación sistemática del texto constitucional y el Convenio 169 de la OIT, rescatando lo más favorable a los pueblos indígenas.

²⁵ El Convenio de la OIT reconoce un derecho amplio de los pueblos indígenas a las tierras y a los recursos que tradicionalmente ocupan y utilizan. El Convenio otorga importancia al concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos indígenas ocupan. El reconocimiento del derecho a las tierras se fundamenta en la ocupación tradicional, que comprende la tierra donde los pueblos indígenas vivieron a lo largo del tiempo y que desean transmitir a las generaciones futuras.

En el fondo, la administración de justicia indígena tiene similitud con el sistema jurídico anglosajón, en que los jueces (en este caso las autoridades de los pueblos indígenas) son los que hacen el derecho. Las decisiones de las autoridades de los pueblos indígenas no se sustentan en códigos ni ley positiva alguna, al contrario de la justicia que imparten los órganos de la Función Judicial, los cuales deben sustentar sus fallos estrictamente en la ley positiva; solo a falta de ley, aplicarán las que existan sobre casos análogos, y no habiéndolas, se acudirá a los principios del derecho universal.

La ley también debería establecer los procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y jurisdicción especial, así como mecanismos adecuados de coordinación entre la jurisdicción especial y los diferentes entes públicos, esta adecuación debe extenderse a la normativa vigente la Constitución de la República y el Convenio 169 de la OIT y los diversos instrumentos internacionales, debiendo la ley ampliar o desarrollar los derechos más en ningún caso restringirlos garantizando su no vulneración, razón por la cual se ha encargado a la Corte Constitucional la tarea de controlar la conformidad de estas resoluciones con los preceptos constitucionales, con la atribución de rectificarlas si de su análisis se evidencia una clara violación de derechos.

1.1.2. Normas consuetudinarias a observarse en las decisiones de la jurisdicción indígena.

Debemos entender que la esencia misma del derecho comprende: costumbres, sistemas, normas regulatorias de la conducta de la sociedad en colectividad, es decir es el elemento primordial para la convivencia social. Siendo así, y como antecedente del Derecho Positivo, encontramos el “Derecho Consuetudinario que nace de la conciencia colectiva, de un conjunto de prácticas de observancia general fundamentada básicamente en la costumbre. El Derecho, así, se perfila como producto histórico y social, puesto que los hombres desde el instante en que se organizan en sociedad, no se quedan ahí donde están, sino que engendran una serie de manifestaciones espirituales y materiales que vienen a constituir el contexto cultural de los pueblos”.²⁶

Así, podemos definir al Derecho Consuetudinario como un conjunto de normas morales que aluden al a costumbre jurídica de los pueblos, nacidas del fondo anímico de

²⁶ “Para la Comisión Jurídica para el Autodesarrollo de los Pueblos Originarios Andinos CAPAJ, el derecho consuetudinario indígena es una antesala del derecho positivo, que rigen las relaciones de los miembros de las comunidades indígenas”, (en <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/documento/derechoconsuetudinario.htm>. Fecha de consulta: 03 de febrero de 2014).

un agregado humano que la comparte y acata, que permanecen en el espíritu del pueblo pertenecen a la sabiduría popular y se mantienen casi intactas en la memoria de los hombres, estas manifestaciones humanas deben también, a la par, ser prácticas que se proyectan por períodos de tiempo más o menos extensos; es decir, deben normar la vida y comportamiento humanos, de manera institucional, prolongada, diferenciable de los usos populares. Al ser manifestaciones de la vida diaria, se mantienen en el transcurso del tiempo, de generación en generación, teniendo a la oralidad como el medio de transmisibilidad de la costumbre indígena de los pueblos, sienta el punto de origen del Derecho Positivo.

Al reconocerse funciones de justicia o jurisdiccionales a los pueblos y comunidades indígenas/campesinas siguiendo su propio derecho y aplicado por sus autoridades, se admite explícitamente la existencia de órganos distintos al poder judicial, legislativo y ejecutivo para la producción del derecho y la violencia legítima. Se admite el llamado derecho consuetudinario no solo como fuente de derecho (estatal), sino como un derecho propio que se aplica incluso contra la ley.²⁷

Esto incluye la validez y eficacia de las decisiones de la jurisdicción especial indígena, incluidos los mecanismos propios de designación, cambio y legitimación de autoridades aunque no se plantea del mismo modo en el derecho positivo que en el consuetudinario “no quiere decir que este derecho quede absuelto de toda vinculación con principios básicos del ordenamiento constitucional y con las premisas del Estado de derecho.”²⁸

El Derecho Consuetudinario aparece como el derecho que pervive por la práctica de la gente, aun sin ser oficial o estar reconocido. En síntesis, el uso del término *Derecho Consuetudinario* no resulta adecuado para calificar los sistemas de derecho propio de los pueblos indígenas, dado que estos últimos no siguen invariablemente una misma pauta secular, sino que son sistemas con gran capacidad de adaptación y cambio. Sin embargo, el término es empleado tanto en convenios internacionales como en normas internas para referirse a los sistemas de “minorías”, distintos del derecho estatal, y se le utiliza de modo sinonímico a “derecho indígena”.²⁹

Al respecto Julio Cesar Trujillo, reconoce que el Derecho consuetudinario mismo que esta compuesto por normas y procedimientos propios de las nacionalidades

²⁷ Yrigoyen, “Pluralismo jurídico”, 171.

²⁸ Giraud, *Cuadernos y debates*, 235.

²⁹ Andrade Dávila, “La competencia de las autoridades indígenas”, 10.

o pueblos indígenas y, en consecuencia, descarta todo peligro de confusión del Derecho indígena con el Derecho estatal, para ser propio. El Derecho Indígena debe ser el conjunto de normas producidos por los indígenas a través de las instituciones a las que ellos han confiado la tarea de fijar, con fuerza obligatoria, las normas de conducta a las que todos deben obediencia, unas porque garantizan la pacífica convivencia de los miembros de la comunidad y otras porque preservan la identidad de la comunidad, de la que aquellos tienen conciencia de ser parte y la que les reconoce la calidad de miembros suyos y por eso espera el comportamiento que los identifica.³⁰

El desconocimiento de la demarcación correspondiente a los sistemas completamente distintos ha sido fuente de confusión, y que se han relacionado los derechos propios por medio de comparaciones o analogías que corresponden a contextos distintos de significación y de aplicación de conceptos.

En el caso del texto constitucional ecuatoriano se puede diferenciar algunos elementos: en primer lugar, se trata de una facultad de las comunidades y pueblos indígenas lo que deja abierta la posibilidad de que dichas comunidades puedan ejercer esa facultad sin un límite; en segundo lugar, se faculta a los pueblos indígenas la aplicación del derecho consuetudinario, normas y/o procedimientos propios, incluyendo sus costumbres o tradiciones ancestrales, siendo así, la Constitución otorga al Derecho indígena la fuerza jurídica dentro del Estado y a la vez le impone los límites que no debe sobrepasar, unos límites también dibujados por el contexto legal internacional, especialmente el relativo a los derechos humanos y más concretamente para lo que aquí nos interesa, por el Convenio 169 OIT.

Vale aclarar que el funcionamiento de la administración de justicia indígena es distinto según los países y, aun dentro de cada uno de ellos [...] En primer lugar, las pautas de actuación en el marco de la administración de justicia indígena no coinciden con las pautas o procedimientos de la justicia estatal [...] En segundo lugar, debe apreciarse que el grado de conservación de los usos y costumbres de las comunidades varía notablemente de unos lugares a otros [...] En tercer lugar [...] la paz social no se logra si entre los propios interesados se considera que los procesos a los que les somete la administración de justicia son caros, largos y no resuelven nada... La idea de paz social existe en ambas partes, y también la comunidad mestiza ha de entender en sus justos términos (es decir, sin la información sesgada o

³⁰ Pfr. Julio Cesar Trujillo, "Análisis sobre la Administración de Justicia Indígena", en *Revista Aportes Andinos*, de la Universidad Andina Simón Bolívar, (Quito: 2002), 3.

sensacionalista que en no pocas ocasiones caracteriza las noticias al respecto) el modelo de justicia indígena. Obviamente esta tiene sus problemas e incoherencias, pero tampoco el modelo estatal está libre de ellos.³¹

El Art. 191 de la Constitución Política Ecuatoriana manifestaba: “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 o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”, reconociendo las prácticas repetidas en forma sistemática que a fuerza de la repetición la colectividad (pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas) no solo las acepta como válidas sino que las considera obligatorias por su necesaria garantía de orden social.

En esta línea, el Art. 171 de la Constitución de la República reconoce como legítimas a las autoridades que las comunidades indígenas designan de acuerdo con las normas de Derecho propio o consuetudinario, toda vez que se tratan de mandatos de dar, hacer o no hacer algo que provienen de una autoridad facultada para expedirla para los miembros de la comunidad y que son exigibles a terceros a través de la autoridad encargada de velar por su cumplimiento, aun con el empleo de la violencia legítima. Es decir, son normas jurídicas, que se originan de una autoridad indígena competente donde se concentran los tres poderes que existen en la justicia ordinaria reconocida como legítima depositaria de esta facultad, sin que exista peligro de que se vulneren derechos ya que todo se decide en asamblea general donde todos sus miembros participan.

En ambos casos, y tomando como referencia el Convenio 169 de la OIT se tiene como sujeto titular del derecho a los “pueblos indígenas”, mientras que en los textos constitucionales de los países andinos se mencionan “pueblos”, “comunidades” a la luz del texto constitucional y el Convenio deben interpretarse sistemáticamente, bajo el principio de rescatar lo más favorable a los pueblos indígenas como se ha establecido además en el Código Orgánico de la Función Judicial en el Artículo 334 nos habla de la *Justicia intercultural* en la que todas las autoridades relacionadas con la materia deberán tomar en cuenta, se refiere sobre todo en un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas las autoridades ordinarias declinarán su competencia.

³¹ Giraudo, *Cuadernos y debates*, 289-90.

Estos Artículos dan mayor respaldo al procedimiento de la justicia indígena basados en sus realidades y practicas ancestrales, sin embargo los abogados por desconocimiento por una parte y por otro por desacato a las autoridades indígenas dan continuidad al proceso dentro de los juzgados sin acatar lo dispuesto por el Convenio 169, donde se manifiesta que los pueblos indígenas tienen titularidad para aplicar su derecho consuetudinario y ejercer funciones jurisdiccionales, y no solo las instancias comunales que algunas constituciones mencionan.

En caso de posibles conflictos entre el derecho consuetudinario y los derechos humanos y fundamentales, el Convenio 169 de la OIT señala que deberán establecerse procedimientos adecuados para resolver dichos conflictos (Art.8.2). Estos procedimientos no han sido establecidos y deberían crearse en consulta con los pueblos indígenas (Art. 6 del Convenio), en pos del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Constitución de la República, por tanto implica incorporar principios ligados a la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental, el reconocimiento de las autoridades indígenas la realización del Derecho propio, y en su marco la facultad de ejercer funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de los conflictos internos, de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario; lo que obliga a todas las instituciones y ciudadanos a respetar y cumplir con ella.

Pese a las normas consuetudinarias, convenios y tratados internacionales, todavía no existe un verdadero desarrollo constitucional que coordine y establezca los límites de las autoridades de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas; será la Corte Constitucional ecuatoriana la encargada de interpretar y resolver los conflictos que puedan llegar a suscitarse entre la justicia indígena y la ordinaria, teniendo como límite del reconocimiento la no vulneración de la Constitución y las leyes.

Es necesario que las prácticas, usos y costumbres indígenas sean garantizadas por el Estado considerando su cosmovisión filosófica del mundo, que guía la convivencia social de sus miembros y que cumple con su función básica de mantener la armonía social entre sus integrantes. Con ello, debemos dejar claro que no es necesario que las normas sean escritas para ser consideradas como tal, el derecho consuetudinario es el antecedente del derecho positivo, y por tanto con la misma fuerza y validez jurídica. Los diversos sistemas indígenas de control no son prácticas aisladas estas se articulan

con el sistema jurídico, con procedimientos, instituciones y autoridades reconocidas por sus miembros con el fin de mantener el equilibrio social.

Por ello, el reconocimiento de las decisiones jurisdiccionales tomadas por las autoridades de las comunidades indígenas, deben ser respetadas lo que implica que no existan requisitos para condicionar su validez y vigencia, sin subordinar a las autoridades indígenas al derecho estatal, lo que permitirá el fortalecimiento del derecho indígena. El derecho estatal deberá establecer un procedimiento que permita resolver los conflictos que puedan presentarse entre el derecho indígena y el estatal cuando se encuentren involucrados los derechos humanos, conforme lo establecido en el Convenio 169 de la OIT y demás convenios y tratados internacionales, propendiendo a garantizar la interculturalidad de los pueblos y comunidades indígenas.

1.2. El debido proceso en las decisiones de justicia indígena: ¿derecho de protección o derecho colectivo?

A partir de la Constitución de 1998, en nuestro país se reconocen los Derechos Colectivos de los pueblos y nacionalidades Indígenas; lo cual permite fortalecer y desarrollarse a las comunidades de acuerdo a sus conocimientos ancestrales y el derecho consuetudinario, revitalizando su identidad cultural y la cosmovisión andina.

La nueva Constitución del Ecuador desarrolla el contenido de muchos derechos establecidos en la Constitución de 1998, agregando además otros nuevos, se vincula además a los derechos sociales a la noción andina de *sumak kawsay o buen vivir*, al referirse a los derechos colectivos, la Constitución de 2008 los denomina “derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades”, para así destacar que también otros derechos pueden exigirse eventualmente de forma colectiva. Según el artículo 10 son titulares de estos derechos las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos; por tanto, como lo indica el artículo 11, todos los derechos pueden exigirse de forma individual o colectiva.³²

Al referirnos al debido proceso, encontramos que este derecho constitucional, que debe ser observado para que una persona sea procesada, implica un mínimo de garantías entendiéndose como aquel límite básico que no se puede vulnerar en la administración de justicia; entre los que podemos encontrar: ser escuchado ante un

³² Agustín Grijalva, “Constitucionalismo en el Ecuador”, en *Pensamiento Contemporáneo 3* (Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012), 93.

tribunal imparcial, competente e independiente, la Constitución de la República en su Art. 76:

[...] reconoce a las personas el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, como un derecho civil fundamental por su gran trascendencia social para que las personas como seres sociales desenvuelvan su actividad en un ambiente de seguridad y se sientan protegidos por el Estado cuando en sus múltiples interrelaciones sociales tanto con los demás asociados como con los órganos, dependencias e instituciones del poder público, surjan controversias por conflicto de intereses o por cualquier otra causa.

En la materia que nos refiere, las autoridades indígenas al administrar justicia deben observar los mínimos jurídicos que son las garantías para todos los seres humanos entre los que encontramos el debido proceso, el derecho a la vida, el derecho a no ser torturado y el derecho a no ser esclavizado, que los procesados estén en conocimiento de la forma en que se llevara a cabo su juzgamiento, esto según las costumbres y rituales de cada pueblo. El derecho a la defensa, la presunción de inocencia y el debido proceso en el caso de la justicia indígena, se manifiesta por el hecho de que una persona de la comunidad es sospechosa de haber cometido algún delito, en tal caso se le permitirá tener personas que hablen o aleguen a su favor, presentar testigos, preguntar y contra preguntar según lo requiera en defensa de sus derechos, siempre en pos de garantizar la paz y el equilibrio social.

Lo que nos lleva a preguntarnos ¿existe el derecho penal indígena? si analizamos los sistemas jurídicos existentes en Latinoamérica y como bien indica Emiliano Borja Jiménez existiría un Derecho Penal indígena entendiéndose como un sistema normativo racional que se aplica como un instrumento para la solución de los conflictos más graves de convivencia entre los miembros de la comunidad³³, todas estas comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas están fuertemente arraigados a su idiosincrasia lo que les genera un fuerte sentimiento de emancipación del Estado parte, fortaleciéndose su conciencia jurídica colectiva y dando paso al reconocimiento de su sistema de administración propio.

Esto nos lleva a entender, que la jurisdicción indígena está limitada por el territorio y la pertinencia étnica, la atribución de decidir un caso está también limitada, “en todas las situaciones, el límite lo constituyen los mínimos jurídicos: el derecho a la

³³ Emiliano Borja Jiménez, “Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena”. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001), 106.

vida, a la integridad del cuerpo y a un debido proceso”³⁴, siendo consideradas las exigencias constitucionales del debido proceso que permiten entender a los pueblos y comunidades indígenas como sujetos de derechos entre sí y no como la sumatoria de derechos de individuos con derechos propios.

Al no existir una verdadera interpretación por parte de nuestra Corte Constitucional, me remito a lo manifestado por la Corte Constitucional Colombiana, respecto a la noción del debido proceso, dijo “este debe ser interpretado en forma amplia, ya que exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalente a nuestra, permitiría una completa distorsión del pluralismo como principio básico de la Carta”³⁵, además manifestó que debe ser interpretada en forma amplia “ya que exigir la vigencia de normas e instituciones rigurosamente equivalentes a las nuestras permitiría una completa distorsión del pluralismo como principio básico de la Carta”.³⁶

En nuestro país, se tiene la misma noción de debido proceso extendiéndose a las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas a quienes se les adjudica derechos fundamentales según su sistema indígena tiene potestad para gobernar, resolver conflictos y en general para regular la vida dentro de su comunidad, ejerciendo funciones jurisdiccionales, se rompió así la idea del indígena como sujeto individual, y se reconoce a la colectividades, incluso se les otorga mecanismos de constitucionales de protección sustenta su legitimación como encontramos en la sentencia La Cocha y en la misma Constitución de la República, permitiéndoles accionar por vía de tutela en defensa de sus derechos colectivos, al reconocérseles como un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos.

Entendido así, el debido proceso que señala la Constitución de la República, en relación a la administración de justicia indígena, debe ser asumida en el marco del procedimiento normativo y procesal propio de los pueblos indígenas, puesto que el debido proceso si está garantizado en ese contexto. Así como tratándose del juzgamiento de un comunero indígena ante un juzgado ordinario, de hecho se deberá exigir la garantía del debido proceso que se encuentra establecido constitucionalmente, así como en la legislación internacional.

³⁴ Fernando García, coord., *Las sociedades interculturales: Un desafío para el siglo XXI*, (Quito: Flacso, 2000), 81-82.

³⁵ *Ibíd.*, 71.

³⁶ *Ibíd.*, 72.

1.3. Exigencias constitucionales del debido proceso como límite a las decisiones de autoridades indígenas:

El debido proceso desde su inicio apareció como una garantía para la protección de derechos humanos; a fin de que el juzgamiento sea imparcial, igualitario y en respeto de todos los principios y presupuestos fundamentales, se lo considera como una manifestación del Estado que busca proteger al individuo frente a las actuaciones de las autoridades públicas, por tanto de obligatorio cumplimiento en todos los casos y procedimientos, constituyéndose así en un principio de rango constitucional de obligatorio cumplimiento.

Como consecuencia de esta garantía, las partes en defensa de sus intereses tendrán derecho a conocer las actuaciones de la administración pública así como de controvertir pruebas presentadas, hasta la decisión final del juez a la cual deben acogerse sin perjuicio de recurrir de lo decidido en las instancias procesales correspondientes³⁷ garantizándose así, el debido proceso y el derecho a la defensa que incluye un conjunto de principios como el de legalidad y juez natural que garantizan el acceso a la tutela judicial efectiva de la administración de justicia.

En nuestro sistema constitucional, el debido proceso está contemplado en el Art. 76 de la Constitución de la República y de manera especial para los procesos penales en el Art. 77 *ibídem*, que tiene por objeto asegurar la vigencia del debido proceso, desarrollado en la legislación secundaria, en especial en el Código Orgánico Integral Penal.

A las autoridades indígenas les competen conocer conflictos internos de la comunidad, conoce en toda materia, es decir civil, laboral e inclusive en materia penal, siempre y cuando se trate de conflictos internos que se susciten dentro de la comunidad que pueden ser conflictos entre indígenas, entre indígena y no indígena, y entre no indígena en territorio indígena, siempre y cuando vivan y practique la vida comunal.

A diferencia de lo establecido en la Constitución de 1998 en donde se limitaba a la jurisdicción indígena a la Constitución, derechos humanos, la ley y el orden público, y como bien lo indica Agustín Grijalva en la nueva Constitución se hace referencia solo

³⁷ Consejo de la Judicatura, *Escuela de Función Judicial*, en <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/concursojuecesnotarios/materialdeapoyo/PENAL_Dr_Jorge_Blum.pdf> (fecha de consulta: 29 de diciembre de 2014).

a la Constitución y los derechos humanos y en el Artículo 189 se aclara que los jueces de paz no podrán prevalecer sobre la justicia indígena.

Respecto a ello, el Código Orgánico de la Función limita el ámbito de la jurisdicción indígena en su Art. 343:

“Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres”.

Es así que en todos los casos en que se encuentren inmersos miembros de comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas debe hacerse en pos de los mismos, respetando las decisiones tomadas por las autoridades indígenas competentes, así como el principio de interculturalidad que también se encuentra dispuesto tanto en la Constitución de la República como en el Código Orgánico de la Función Judicial específicamente en sus Artículos 24 y 344:

Art. 24.- PRINCIPIO DE INTERCULTURALIDAD.- En toda actividad de la Función Judicial, las servidoras y servidores de justicia deberán considerar elementos de la diversidad cultural relacionados con las costumbres, prácticas, normas y procedimientos de las personas, grupos o colectividades que estén bajo su conocimiento. En estos casos la servidora y el servidor de justicia buscará el verdadero sentido de las normas aplicadas de conformidad a la cultura propia del participante.

Art. 344.- PRINCIPIOS DE LA JUSTICIA INTERCULTURAL.- La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios:

a) Diversidad.- Han de tener en cuenta el derecho propio, costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, con el fin de garantizar el óptimo reconocimiento y realización plena de la diversidad cultural;

b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas. Por lo tanto, dispondrán, entre otras medidas, la intervención procesal de traductores, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena.

c) Non bis in idem.- Lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la

Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, en ningún estado de las causas puestas a su conocimiento, sin perjuicio del control constitucional;

d) Pro jurisdicción indígena.- En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible; y,

e) Interpretación intercultural.- En el caso de la comparecencia de personas o colectividades indígenas, al momento de su actuación y decisión judiciales, interpretarán interculturalmente los derechos controvertidos en el litigio. En consecuencia, se procurará tomar elementos culturales relacionados con las costumbres, prácticas ancestrales, normas, procedimientos del derecho propio de los pueblos, nacionalidades, comunas y comunidades indígenas, con el fin de aplicar los derechos establecidos en la Constitución y los instrumentos internacionales.

Con estos principios se establece que todos los funcionarios, sean estos jueces, fiscales, defensores públicos y funcionarios públicos en general, deberán observar que en todo proceso, se obedezcan mentados principios. Por tanto, en el caso de la justicia indígena, en el trámite de procesos penales igualmente tienen garantizado este derecho de acceso a la administración de justicia teniendo como base fundamental el debido proceso haciendo uso de todos los medios de defensa que sus usos y costumbres se encuentren establecidos dentro de su comunidad, toda vez que al igual que en la justicia ordinaria, será la autoridad competente de cada comunidad la encargada de juzgar y sancionar a sus miembros según sus normas y procedimiento propio, imponiendo como único límite el respeto a los derechos humanos y obligaciones de las partes procesales garantizadas en la Constitución de la República, Código Orgánico de la Función Judicial y convenios y tratados internacionales por ende está prohibida la tortura, justicia por mano propia y linchamientos.

Por consiguiente, el debido proceso al ser un conjunto de garantías que protegen al ciudadano sometido a cualquier proceso y que a la par constituye un derecho fundamental de las partes dentro de la relación procesal, en el caso de la justicia indígena al igual que la ordinaria procurará la igualdad entre las partes a fin de generar un juicio justo según sus propios usos y costumbres ancestrales, cumpliéndose con los lineamientos establecidos por la Constitución de la República, convenios y tratados internacionales esto es que toda persona natural tiene derecho a tener un procedimiento abreviado y simple, a fin de hacer prevalecer el principio de que el sistema procesal esto

es, ser un medio para la realización de justicia y por tanto evitando el doble juzgamiento, es decir, que nadie puede ser juzgado dos veces por un mismo acto.

1.3.1. Competencia en razón del territorio.

La definición de *pueblos indígenas* no lo encontramos sino hasta la Constitución Política del Ecuador de 1998, sin embargo de aquello no significa que antes de la misma no hayan existido ni sobrevivido dentro del territorio ecuatoriano, recogiendo las exigencias indígenas planteadas es que en esta Carta Magna se encaja el principio de diversidad étnica y cultural reconociéndose a estos pueblos indígenas como “colectividades agrupadas en comunidades con formas de vida propias, territorio definido, con creencias, prácticas sociales, formas de gobierno, de resolución de conflictos y de socialización”³⁸, son diferentes colectividades con el derecho fundamental de autonomía o libertad.

En el convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo suscrito por el Ecuador, se define al territorio como “la totalidad de hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera”, “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”³⁹, por tanto se entiende que no es solamente reconocido legalmente bajo la figura del resguardo, sino el habitualmente ocupado por la comunidad indígena.

Por su parte la Corte Constitucional colombiana define el fuero indígena en la sentencia T-921/13 y ha manifestado que “es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, a ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos” es decir, por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida de la comunidad; esto con el fin de preservar su naturaleza cultural y étnica conservando sus usos, valores y costumbre dentro del ámbito de su territorio siempre y cuando no sean contrarias a la Constitución, convenios y tratados internacionales, concepto compartido por el Estado Ecuatoriano.

³⁸ Raúl Llásag, “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (México: 2006), 754.

³⁹ Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico: Justicia en clave cultural*, (Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010), 180.

Al ser estos pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas parte del territorio ecuatoriano único e indivisible, se encuentran amparados por la Constitución de la República de todos los ciudadanos ecuatorianos, es así que en el Art. 171 de la Constitución de la República, se reconoce y protegen los derechos fundamentales de las comunidades y pueblos indígenas como un sujeto colectivo de derechos a fin de que puedan manifestar la identidad tanto en sus propios territorios como a lo largo y ancho del panorama nacional. Desde la perspectiva del pluralismo jurídico, se les concede a las autoridades de los pueblos indígenas el poder de administrar justicia en ejercicio de autonomía comunitaria, aplicando normas y procedimientos propios.

De lo expuesto, podemos definir al territorio indígena como aquel espacio físico determinado que comprende la totalidad de hábitat que los pueblos y nacionalidades indígenas ocupan, lugar donde desarrollan su cultura, leyes, formas de organización y economías propias, comprende la superficie de la tierra y el subsuelo, decisiones que son tomadas en base de su autonomía, esto es, la capacidad de decisión y control propio de los pueblos y nacionalidades indígenas en nuestros territorios, en las ordenes administrativo, jurídico, político, económico, social y cultural, con la existencia y reconocimiento de las autoridades propias, en coordinación con las autoridades centrales. Ser autónomos o aspirar a serlo sin que signifique aislamiento, separación o rechazo a otros sectores de la población.

Y respecto a la competencia en la jurisdicción indígena se la entendería como la capacidad que tienen las autoridades indígenas para ejercer la función de administrar justicia en ejercicio de las facultades legislativas que la misma Constitución de la República le otorga.

Más, como se dejó expresado en líneas anteriores y como bien se encuentra definida en la Constitución de la República existe ya un reconocimiento constitucional al ejercicio de su propia jurisdicción, facultad que se otorga a sus autoridades tradicionales para que de manera autónoma, libre e independiente entren a resolver los conflictos que se susciten en sus comunidades, siguiendo los usos y costumbres que de antaño los han precedido en cuanto a procedimientos, siempre y cuando “[...] no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República [...]”, norma que debe ser acatada por todos los residentes en el territorio nacional sin distinción de sexo, raza, estirpes o condiciones. Al respecto, autores como Bernales y Rubio, manifiestan que:

[...] el reconocimiento de la jurisdicción especial “permite el ejercicio de la función jurisdiccional por un órgano u organización distintos al poder judicial, limitándose el principio de la unidad y exclusividad del poder judicial para dicha función, consagrado en el inc. 1 del art. 139” (Bernaes, 1999:682). Por tanto, cuando las autoridades indígenas o comunales deben inhibirse de intervenir, so pena de actuar inconstitucionalmente, anota Rubio. En todo caso, tendría que probarse que se trata de hechos que están fuera de la competencia de la jurisdicción especial (por ejemplo cuando los hechos no se realizaron dentro de su ámbito territorial).⁴⁰

En nuestro texto constitucional, lo primero que se constata es que no existe un límite respecto a la materia o cuantía, sino respecto al territorio cuando indica: las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, siendo así los fallos de las autoridades indígenas solo tendrán efecto en su territorio o sobre hechos ocurridos dentro de su territorio, siendo *su territorio* el que tradicionalmente ocupa la comunidad indígena o el que la comunidad considera como su territorio, zona en donde se ejerce un verdadero dominio político y cultural, sin olvidar “la pertenencia étnica y el factor personal que se refiere a la necesidad de atender a las diferencias culturales relacionadas con la pertenencia étnica en el momento de radicar la jurisdicción.”⁴¹, pero la eficacia de dichas decisiones es de alcance nacional siempre con un límite siendo estos los mínimos jurídicos: el derecho a la vida, a la integridad y a un debido proceso, criterio reafirmado por la Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia La Cocha.

En el caso colombiano y reconocido por el Estado ecuatoriano se reconocen cuatro derechos básicos a las autoridades indígenas dentro de su jurisdicción:

[...] el derecho a la autoafirmación, es decir, el derecho que tiene el pueblo a proclamarse como tal; el derecho de autodefinición, que se refiere a las posibilidades que tiene el pueblo de decidir quiénes serán miembros y quienes no lo serán. Se incluye en este aspecto, entonces, la determinación sobre la asimilación de extranjeros en su territorio, caso en el cual se entiende que el pueblo tiene derechos similares a los de los Estados sobre la permanencia de sus miembros en la comunidad, caso que se analiza teniendo en cuenta el elemento subjetivo de la conciencia étnica. Aquí se supone la libertad de los miembros para elegir la cultura a la que desean pertenecer, pero se impone la responsabilidad de asumir las consecuencias de haber decidido compartir la cultura del grupo dominante; el derecho de autodelimitación, por el que el pueblo puede decidir los límites del espacio territorial que va a ocupar o, por lo

⁴⁰ Yrigoyen, “Pluralismo Jurídico”, 176.

⁴¹ Sánchez Botero, *La Jurisdicción Especial Indígena*, 137.

menos, influir en esta decisión; el derecho de autodisposición, que habilita al pueblo para definir las instituciones políticas y jurídicas que van a regir las relaciones entre los miembros del grupo. En su aspecto externo, hace referencia al poder de determinar su propio status frente a otros grupos políticos.⁴²

Como consecuencia de lo expuesto, pueden presentarse algunos casos: que las faltas se cometan por indígenas dentro de su comunidad, por indígenas fuera de su comunidad y, por personas no indígenas dentro del territorio indígena.

En el primer caso, que es el común dentro de las comunidades, se juzga por tratarse de un hecho reprochable que afecta la paz de la comunidad, hechos que serán observados desde la perspectiva de cada cultura haciendo una valoración de cada caso, será entonces, como se ha dejado indicado en líneas anteriores por la autoridad indígena y la comunidad respetando los derechos de la persona y sobre de todo dentro del marco del debido proceso.

Siguiendo esta línea y desde la perspectiva de la justicia ordinaria, sí un indígena comete la falta dentro de su territorio, este deberá ser juzgado por sus propias autoridades conforme sus usos y costumbres al tratarse de un delito que se comete dentro de esta jurisdicción conforme lo dispone el Art. 404 del Código Orgánico Penal en su numeral primero: “Hay competencia de la o el juzgador cuando se ha cometido la infracción en la circunscripción territorial en la que este ejerce sus funciones. Si hay varios juzgadores, la competencia se asignará de conformidad con el procedimiento establecido por la ley”, en concordancia con lo dispuesto en el Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Al respecto, la Corte Constitucional colombiana ha manifestado que “puede existir fuero indígena por solicitud del indígena siempre y cuando se justifique que la justicia indígena no se encuentra en condiciones de garantizar el debido proceso, sin embargo y tal como la misma Corte lo ha acotado se trata de un hecho imposible fáctico y jurídico”.⁴³ Situación que bien puede trasladarse al caso ecuatoriano.

En el segundo caso, la conducta indígena sería sancionada por el ordenamiento jurídico estatal ya que se trata de ciudadanos ecuatorianos que cometen un delito dentro

⁴²José A. Obieta Chalbaud, *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*, (Madrid: Editorial Tecnos, 1989), 105.

⁴³ Hernando León Londoño Berrio, “El fuero y la jurisdicción penal indígenas en Colombia”, en <http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2006_10.pdf> (fecha de consulta: 08 de marzo de 2014).

del territorio nacional y tal como se dispone en el Art. 400 numeral primero del Código Orgánico Integral Penal: “Están sujetos a la jurisdicción penal del Ecuador: 1. Las y los ecuatorianos o las y los extranjeros que cometen una infracción en el territorio nacional”. Según el criterio de la Corte Constitucional colombiana, si el agresor no entendía al momento de cometer el ilícito, éste actuó en forma negativa, y se debería reconocer su fuero, lo que implicaría ser devuelto a su comunidad. Sin embargo, si éste conocía el carácter perjudicial del hecho, los jueces nacionales serían los competentes para resolver el caso, siendo por lo tanto, juzgado por el sistema jurídico nacional. En consecuencia, se trataría de una cuestión de prueba. Por otro lado, en el caso ecuatoriano no existe esta excepción, por lo que me atrevo que su interpretación es restrictiva.

En el tercer caso, la autoridad indígena será la competente y responsable de comunicar a las autoridades de justicia ordinaria para que ésta sea la que juzgue e imponga las sanciones correspondientes siguiendo el debido proceso, toda vez que en este caso, la autoridad indígena no sería competente para juzgar a una persona que no sea miembro de la comunidad, pueblo o nacionalidad indígena, es decir, no es parte de su territorio.

Dentro del supuesto anterior, se encuentra el hecho de las indemnizaciones patrimoniales o pecuniarias que pueden surgir de la infracción. Es por ello que en caso, debería existir un diálogo entre la autoridad de la comunidad indígena y la de la justicia ordinaria, para que se fije un monto u obligaciones que sean efectivas y resarzan el daño causado. Todo esto requiere de un análisis de la interculturalidad de los hechos para juzgar a un no indígena a luz de lo dispuesto por los instrumentos internacionales de derechos humanos sobre la materia, las normas constitucionales y legales como las del Código Orgánico de la Función Judicial.

Así, cuando los hechos ocurren fuera del ámbito territorial indígena y afectan bienes o derechos de terceros y son de competencia de la jurisdicción ordinaria, jueces y tribunales, están obligados a considerar el condicionamiento cultural de los indígenas al momento del juzgamiento y la sanción.

Por tanto, la administración de justicia indígena se aplica en todo el territorio en donde se asientan los pueblos y comunidades indígenas legalmente reconocidas, y en caso de juzgamiento entre personas que son parte de la comunidad y quienes no lo son dentro del territorio, se deberá juzgar considerando la interculturalidad que reconoce el

Código Orgánico de la Función Judicial, Constitución de la República, convenios y tratados internacionales.

Es importante recalcar que lo expuesto en líneas anteriores, se basa en gran parte en lo manifestado por la Corte Constitucional colombiana, pues compartimos el criterio de que dicha corporación ha desarrollado un nivel interpretativo de la normativa internacional muy interesante y sobre todo progresivo de los derechos de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas es por ello su referencia. Por esta razón creo que constituye un parámetro legítimo para el análisis del caso ecuatoriano.

1.3.2. Competencia en razón de la materia.

La teoría clásica del derecho procesal se desarrolla dentro de la óptica del monismo jurídico y dentro de ella, la materia, es la regla que determina la competencia⁴⁴. Se entendería a la competencia en razón a la materia como la distribución a los órganos competentes las distintas especialidades existentes en el Derecho. Como bien indica Zavala Baquerizo, esta regla se justifica porque lo que intenta la administración de justicia es la especialización de los jueces y juezas dentro de los amplios campos de la ciencia jurídica⁴⁵.

Luego, si consideramos al derecho indígena desde la perspectiva del pluralismo jurídico, a diferencia del derecho estatal, este no contempla una división por materias. Las autoridades indígenas son competentes para conocer las distintas transgresiones de *orden público o privadas* -desde su punto de vista- según afecten a la comunidad como un todo o a miembros de ésta; sean estas de naturaleza penal, civil, administrativa, agraria, etc. Además, el Convenio 169 de la OIT, tampoco hace limitación alguna al respecto.

En la jurisdicción indígena, y tal como lo ha reconocido nuestra Constitución, en relación a la materia, los conflictos internos que afectan a la comunidad, pueblo o nacionalidad, son conocidos en su totalidad por quienes conforman el cabildo comunitario, siempre y cuando estos afecten a la paz y armonía de la comunidad, sin tener en cuenta si es que son competentes en razón de la materia, es decir, las autoridades indígenas tiene competencia para conocer todas las materias, sin límite de la gravedad y cuantía de los hechos dentro del ámbito de su territorio e incluso

⁴⁴ Llásag, “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”, 754.

⁴⁵ Jorge Zavala Baquerizo, *El proceso penal*, (Bogotá: tomo I, 4.ª ed., 1989) p. 122.

extraterritorialmente respecto de los miembros bajo ciertas circunstancias y que sean relevantes para la intervención de la comunidad.

Al respecto el doctor Julio Cesar Trujillo ha manifestado que la competencia de la autoridad indígena para administrar justicia recae sobre los “conflictos internos” y se ha de entender que son tales los que surgen en el seno de la comunidad y amenazan romper o rompen la armonía o las formas de vida y valores que la identifican como la nacionalidad que dice ser y, a la vez, diversa de las otras nacionalidades indígenas, de los pueblos negros y de la sociedad hegemónica.⁴⁶

El penalista Cesar San Martín también coincide con este punto de vista al señalar que la jurisdicción especial (también llamada comunitaria, indígena o tradicional) constituye una excepción a la jurisdicción ordinaria, y en tal caso es la jurisdicción ordinaria la que no debe intervenir⁴⁷, a la par con lo dispuesto por el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 345:

Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena en tal sentido. A tal efecto se abrirá un término probatorio de tres días en el que se demostrará sumariamente la pertinencia de tal invocación, bajo juramento de la autoridad indígena de ser tal. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenará el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

Al ser la administración de justicia indígena un sistema jurídico con principios normativos propios, no siempre está conformada por un cuerpo especializado como sucede en la administración de justicia estatal. Las autoridades indígenas guían sus procedimientos en base a sus acuerdos y creencias ancestrales, por esta razón, es que tampoco existen operadores de justicia especializados en la administración de justicia indígena.⁴⁸ Esto, por cuanto se trata de un derecho propio de los colectivos indígenas, que no se encuentra regulado en códigos ni cuerpos legales y cada colectivo indígena tiene su propio orden político y por tanto, un derecho regulador propio.

En el Art. 171 de la Constitución de la República así como el Convenio 169 de la OIT, no se limita el conocimiento de alguna materia a la administración de justicia

⁴⁶ Julio César Trujillo, “Administración de justicia indígena”, en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/TRUJILLO%20JULIO%20CESAR.pdf>> (Fecha de consulta: 10 de enero de 2015).

⁴⁷ César San Martín, “Rondas campesinas y desafíos del pluralismo legal en el Perú”, en <http://www.jus.unitn.it/cardoza/Review/2008/Fajardo.pdf>

⁴⁸ Prf. *Ibíd.*, 755.

indígena, jurídicamente puede conocer todas las materias sin importar cuantía o gravedad de los hechos, siendo incluso la materia penal de conocimiento del Derecho indígena, siempre y cuando se traten de conflictos internos dentro de su territorio.

Sin embargo, en la sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana del caso *La Cocha*, sí se limita la jurisdicción y competencia indígena para resolver y sancionar casos cuando involucren a miembros de sus pueblos, excepto, cuando se atente contra la vida de otras personas, en este caso, será de conocimiento del Derecho Penal Ordinario. Sin embargo de lo cual, conservarán su jurisdicción para conocer y dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros y dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios.

Ello implicaría desconocer el Convenio 169 de la OIT, específicamente el Art. 9.1 que se refiere a los métodos a los que los pueblos recurren para sancionar los delitos entre los miembros de la comunidad. Se estaría limitando la competencia que tienen las autoridades indígenas para el juzgamiento que se encuentra garantizado tanto en convenciones internacionales como en nuestra Constitución. Es indudable que las comunidades tradicionales poseen un procedimiento propio, que cumple con los requerimientos del derecho a la defensa, al permitir que las partes intervinientes en el conflicto expliquen las razones de sus actuaciones sin términos limitados, y el principio de legalidad, al lograr que la norma sea conocida por todos los miembros de la comunidad, siendo perfectamente previsible para los comuneros las sanciones que se aplican ante la comisión de determinados actos.

Respecto a esta situación, y a fin de aclarar el panorama antes descrito, la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-349-96 también denominada *Sentencia del Cepo*, cuyo ponente fue el magistrado Carlos Gaviria, manifiesta que para cumplir con el principio de legalidad, las autoridades indígenas deben actuar conforme lo han hecho en el pasado con fundamento en sus tradiciones, sin que aquello implique que el Derecho indígena se estanque, tomando en cuenta su dinámica y continua evolución, pero para ello se requiere el cumplimiento de por lo menos un mínimo de legalidad a fin de no vulnerar los principios básicos de ninguna de las dos culturas de manera que se evite su colisión.

Por ello, la Corte colombiana consideró que los únicos límites que pueden imponerse a las normas tradicionales indígenas derivan del derecho a la vida, el derecho a la integridad física y la legalidad del procedimiento, del delito y la pena; estos límites

constituirán a su vez el principio de maximización de la autonomía -defensa de intereses de superior jerarquía al de la protección de la diversidad étnica-.

Al contrario de lo que sucede en el caso colombiano, considero que en nuestro caso no existe una verdadera interpretación del principio de legalidad para la administración de justicia indígena y, tomando como corolario lo establecido por la Corte Constitucional colombiana, pienso que se deberían determinar límites de gravedad dentro de los cuales las autoridades indígenas tendrían competencia. Si bien se sostiene que se tratan de conflictos internos dentro del ámbito territorial, la determinación de conflictos internos es muy ambigua.

De esta forma, podríamos citar los siguientes conflictos: a) En materia penal; los delitos o crímenes contra el derecho internacional, humanitario, la agresión, el genocidio y los crímenes de lesa humanidad; los delitos que tengan naturaleza transnacional; los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado; los delitos contra la administración pública; las infracciones, tributarias y aduaneras; los delitos contenidos en la legislación de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y de lavado de activos; los delitos contra la libertad sexual; el robo agravado con muerte en la víctima; y, el homicidio no cometido flagrantemente de forma culposa. b) En materia civil, administrativa o tributaria, cualquier proceso en que sea parte o tercero el Estado; y, los procesos de alimentos, investigación e impugnación de paternidad y violencia intrafamiliar. c) También se exceptúan los procesos laborales, de seguridad social, de medio ambiente.

Desde este punto de vista, la sentencia la Cocha no respetó el marco jurídico internacional ni constitucional, que sí reconoce la existencia de los sistemas jurídicos indígenas, por ello creo que se generaron restricciones inconstitucionales que desconocen los derechos de estos pueblos ancestrales, que aplican su derecho dentro de su territorio y son autoridades competentes en los mismos.

Por lo que considero importante que el Estado en especial el poder punitivo judicial se abstenga de una intervención punitiva cuando los hechos se fundan en la cultura y prácticas jurídicas indígenas, para evitar que la justicia indígena se neutralice o sea criminalizada ello en pos del principio de interculturalidad reconocido. Para lo cual debería crearse una normativa legal que establezca las respectivas normas de reconocimiento y de coordinación de los actos jurídicos de las autoridades indígenas sin que esto implique el desconocimiento de lo actuado por los mismos.

1.3.3. La motivación dentro de las decisiones de la autoridad indígena.

En un Estado de derechos y justicia, los operadores de justicia tienen la obligación de motivar y sustentar sus decisiones lo que constituye una garantía ciudadana. La motivación de los actos jurisdiccionales cumple la función de garantizar el debido proceso con la correspondiente sujeción de sus decisiones al ordenamiento jurídico.

En el caso de la justicia indígena, la Constitución de la República establece una especie de jerarquía con relación a la justicia ordinaria, prevaleciendo en este caso la competencia en el ámbito territorial sobre el material y personal. El análisis a realizarse sería a la luz de los usos, costumbres y procedimiento de los pueblos o comunidades indígenas entendiendo además, que no se tratan de un conjunto de costumbres estáticas sino que varían a lo largo del tiempo, la competencia para aplicar su justicia propia dentro del marco de protección del debido proceso y la garantía del derecho de las víctimas.

En el caso de la justicia indígena y como bien lo indica Alberto Wray, la relación entre el hecho consuetudinario y la norma consuetudinaria no es en modo alguno semejante a la que existe entre el acto legislativo y la ley. No tendría sentido, en este contexto, intentar algún tipo de control de la legalidad de las decisiones de las autoridades indígenas, porque tal norma no es en realidad un dato empírico susceptible de apreciarse con independencia de las decisiones que inspira o sustenta.⁴⁹

Esto, porque en la vida pública los pueblos indígenas practican la democracia consensual, en virtud de la cual las decisiones no son adoptadas sino cuando hay acuerdo de todos los reunidos en asamblea para tomarla.

Para ilustrar lo dicho en líneas anteriores, citamos el caso de la comunidad indígena de Gallorrumi del cantón Cañar, cuyos dirigentes han coincidido en que cuentan con un Consejo Directivo, el cual tiene la potestad de motivar, sancionar y juzgar los delitos y contravenciones leves y en el caso de que la infracción sea grave, dicho Consejo se amplía, pudiendo incluso pedirse la presencia de otras comunidades para juzgar estos delitos, en algunos casos se ha llegado a nombrar delegaciones a fin de que se investiguen los hechos suscitados dentro de la comunidad, esto dentro del marco del

⁴⁹ Pfr. Alberto Wray Espinoza, "Justicia indígena: sus límites constitucionales" en <http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/Justicia_indigena.pdf> (fecha de consulta: 10 de marzo del 2014).

debido proceso, y toda vez que los implicados pueden presentar sus pruebas de cargo y descargo que crean pertinentes hasta antes de que se tome la decisión por parte del Consejo.⁵⁰ De esta forma, es que las decisiones adoptadas por la comunidad son de obligatorio cumplimiento para sus miembros, misma que deberá ser debidamente motivada a fin de garantizar el restablecimiento de la paz dentro de la comunidad.

El inciso segundo del Artículo 171 de la Constitución de la República prescribe que el Estado garantiza el respeto a las decisiones de la jurisdicción indígena por todas las instituciones y autoridades públicas, pero tales decisiones, deben enmarcarse dentro del sistema jurídico y están sujetas al control de constitucionalidad, mismo que podrá adoptarse siempre que existan decisiones tomadas por la autoridad competente indígena y que no sean arbitrarias o caprichosas y que vulneren los derechos fundamentales de sus miembros.

Al hablar del control de constitucional a las que están sujetas las decisiones de las autoridades indígenas, debemos mencionar que la Corte Constitucional ecuatoriana es la corporación encargada de garantizar no solo los derechos fundamentales de los individuos sino además, analizar las decisiones de las autoridades indígenas a fin de ratificar la procedencia de tutelas en contra de estas decisiones, dentro de los parámetros definidos para el efecto, y que implican el respeto a la diversidad cultural de cada uno de estos pueblos.

Ahora bien, nos corresponde analizar, si los parámetros definidos para la motivación en la justicia ordinaria encajan para la justicia indígena. Al respecto la Corte Constitucional ecuatoriana, en sentencia N° 016-14-SEP-CC, menciona que estos parámetros son los siguientes: razonabilidad, lógica y comprensibilidad,

- a) Sobre la razonabilidad: Respecto del criterio de razonabilidad, considerándolo como el elemento mediante el cual es posible analizar las normas que han sido utilizadas como fundamento de la resolución judicial [...]
- b) Sobre la lógica: El elemento lógico en una sentencia comporta la debida coherencia entre las premisas y la conclusión. Para analizar este elemento es preciso señalar que el desarrollo de una sentencia supone un silogismo, esto es un razonamiento jurídico por el cual se vinculan las premisas mayores (que generalmente son proporcionadas por la normativa aplicable al caso en concreto) con las premisas menores (que se encuentran dadas por los hechos fácticos en los cuales se circunscribe y fundamenta la causa) y de cuya conexión se obtiene una conclusión (que se

⁵⁰ Pfr. Cesar Augusto Cárdenas, “La justicia indígena según la Constitución del Ecuador del 2008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la comunidad de Gallorrumi del cantón Cañar”, en < <http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/2956/1/td4392.pdf>>(fecha de consulta: 30 de diciembre de 2014).

traduce en la decisión final del proceso) [...] c) Sobre la comprensibilidad: En lo que tiene que ver con el tercer parámetro de la motivación, la comprensibilidad, desarrollado en el artículo 4 numeral 10 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, bajo el nombre de "comprensión efectiva", entendida como la obligación de un juez o una jueza para redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte. Dicho elemento es parte esencial del derecho a la motivación ya que una sentencia se dirige principalmente a una o varias personas que no necesariamente tienen la preparación técnica de un juez, por lo que esta debe ser clara, asequible, comprensible para el lector, además de contener los argumentos de hecho y de derecho como fundamento de la resolución judicial [...].⁵¹

Si consideramos lo expuesto por la Corte Constitucional ecuatoriana, estos elementos implican que las decisiones de la administración de justicia indígena, desde el punto de vista de la razonabilidad, se encuentren debidamente fundamentadas respetando la Constitución de la República.

Desde el punto de vista de la lógica, las decisiones deberán contener una estructura coherente en sus conclusiones, en la que se establezca una decisión precisa del caso. Por otro lado y desde el parámetro de la comprensibilidad, toda decisión debe basarse en un lenguaje dirigido hacia el entendimiento por parte de toda la comunidad.

Entendiendo el derecho de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas a practicar y ejercer su propia administración de justicia indígena, como un componente del fortalecimiento del movimiento indígena y de construcción del Estado plurinacional, y dentro de los parámetros definidos por la Corte Constitucional, podríamos indicar que los fallos de las autoridades competentes indígenas deben cumplir con los tres parámetros citados anteriormente; toda vez que se trata de un sistema de administración de justicia que se encuentra reconocido y garantizado en convenios internacionales y en nuestra Constitución.

Al igual que una decisión judicial de la administración de justicia ordinaria, lo resuelto por las autoridades indígenas deben cumplir con lo dispuesto en el Art. 76 numeral 7 literal l de la Constitución de la República, esto es, la garantía de motivación

⁵¹ Res. No. N° 016-14-SEP-CC, Caso N.° 1348-12-EP, del Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, Acción extraordinaria de protección que, siguió Kerly Angelita Calderón Moreno presenta en contra de la sentencia de casación dictada el 15 de junio del 2012, por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, dentro del juicio N.° 181-2012.

en sus resoluciones a fin de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso de sus miembros, que al mismo tiempo son ciudadanos del Estado ecuatoriano, y por tanto con los mismos derechos y obligaciones que el resto de individuos.

Es por ello que considero, que sus fallos al ser dictados conforme sus usos y costumbres ancestrales y al ser un derecho en evolución y fundamentada en el principio de interculturalidad garantizado por la Constitución de la República, deben tener siempre presentes, el derecho y obligación de motivar sus resoluciones y, pese a no cumplir con los requisitos formales que impone la justicia ordinaria, todas las decisiones de la administración de justicia indígena deben ser necesariamente motivadas exponiendo las razones y su aplicación con las normas comunitarias de cada pueblo o comunidad, a fin de que puedan ser expuestas a los miembros de la comunidad y sean cumplidas y aplicadas al infractor, con el objetivo primigenio de restaurar la paz y el orden dentro de la comunidad.

1.3.4. El principio non bis in ídem y su conexión entre la justicia ordinaria y la justicia indígena.

El debido proceso es un derecho constitucional, que garantiza la sustanciación de procesos guiados por mínimos constitucionales cuyo objetivo final sea la realización de la justicia, así el artículo 76 de la Constitución de la República determina que: "En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el debido proceso".

La posibilidad de administrar justicia en el caso de la justicia indígena debe entenderse como un derecho de los pueblos indígenas, relacionado directamente con su derecho de auto disposición, este derecho es vital para su existencia a través del tiempo por tanto, tienen validez legal las decisiones que resuelvan conflictos en los pueblos indígenas y estos no podrán ser juzgados nuevamente en el sistema nacional.

Para el efecto, la Constitución de la República ha dispuesto que lo actuado por las autoridades de la justicia indígena no podrá ser juzgado ni revisado por los jueces y juezas de la Función Judicial ni por autoridad administrativa alguna, salvo el control de constitucionalidad.

Basados en el principio de interculturalidad, el Estado ecuatoriano tiene la obligación de velar por la correcta aplicación de la justicia indígena, al respecto, el Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con la Constitución de la

República, los tratados y convenios internacionales determina en su artículo 7: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.” El ámbito de la justicia indígena será dentro de sus territorios según el artículo 343.

El artículo 345 del mismo cuerpo normativo establece que las causas sometidas previamente a las autoridades indígenas no podrán ser puestas en conocimiento de jueces ordinarios a la vez, señalando que “los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena [...] la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena”.

Por lo tanto, cualquier intromisión de las autoridades estatales, significaría una vulneración de derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas al desconocer la Constitución de la República en sus artículos 57 numeral 7 y 171. Así mismo, se estaría infringiendo la norma contenida en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala expresamente que las causas sometidas previamente a las autoridades indígenas no pueden ser conocidas por la justicia ordinaria, en concordancia con lo establecido en el artículo 76 numeral 7 literal i de la Constitución de la República que señala: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”.

En la misma línea, no se puede desconocer el contenido normativo de los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 de la OIT, y los artículos 3, 4, 5, y 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 8, numeral 4 incorpora el principio non bis in idem que reza: "El incumplimiento absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a un nuevo juicio por los mismos hechos", por lo tanto, se evidencia la facultad que tienen las colectividades indígenas de aplicar las prácticas y tradiciones propias y sus sistemas jurídicos para la conservación y preservación de su cultura.

Como excepción a este principio, el artículo 171 de la Constitución del 2008 establece claramente la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, y es que en caso de existir desacuerdos por las sanciones aplicadas, éstas deben estar

sometidas directamente a un *control de constitucionalidad*⁵², esto como excepción a la regla. De modo general, en caso de conflictos entre la ley ordinaria y la justicia indígena esta última prevalecerá por mandato convencional, constitucional y legal.

Las normas creadas por cada comunidad, pueblo o nacionalidad que refleja su visión del mundo, su organización social y sus creencias, se encuentran garantizadas en instrumentos internacionales y en la misma Constitución ecuatoriana, es por ello que se reconoce su propio ordenamiento, autoridades competentes y valor de sus sentencias. Todo esto con la finalidad de maximizar la autonomía de las comunidades, y es por ello que la justicia constitucional ha reconocido la costumbre de estos pueblos como fuente generadora de derechos para garantizar los derechos de los mismos pueblos, comunidad y nacionalidad indígenas.

En relación con el principio *non bis in ídem* garantizado por la Constitución de la República y demás tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos, debemos citar el principio *pro homine* que garantiza la interpretación y protección de los derechos humanos en forma amplia y no restrictiva. Este principio tan valioso servirá de fundamento y complemento del principio de *non bis in ídem* en la justicia indígena, tratándose de una protección integral de derechos.

Es así que, “basados en la libre determinación y el derecho al acceso a la justicia -como derechos sustantivos parte del corpus iure de los derechos de los pueblos indígenas y el principio *pro homine*- es que desarrollamos una lectura de las normas específicas en relación a los derechos de los pueblos indígenas”.⁵³

Así, dependiendo de la realidad de cada pueblo, nacionalidad o comunidad indígena existen garantías mínimas exigidas por la autoridad competente en relación al debido proceso y derecho a la defensa del infractor, por tanto se trata de una justicia pública e igualitaria de derechos, todos conocen el sistema y el procedimiento mediante

⁵² Al ser la justicia indígena reconocida y garantizada por la Constitución de la República conforme se ha dispuesto al fin de garantizar sus decisiones es necesario que en caso de existir una posible vulneración de derechos con la decisión adoptada, la misma debe ser sometida a este control que consiste en que los jueces y juezas verifiquen si la norma aplicable caso concreto contiene vicios de inconstitucionalidad.

⁵³ Alexandra Tomaselli, “Justicia y formas de participación indígena”, en <http://books.google.com.ec/books?id=PWYJAwAAQBAJ&pg=PA29&lpg=PA29&dq=non+bis+in+ide+m+ind%C3%ADgena&source=bl&ots=WZBd1auUTz&sig=y240C6rC-vHydCUDKF2NKlq4_Iw&hl=es&sa=X&ei=KmCHU5XHJ_DMsQTboYCAA&ved=0CDkQ6AEwAzgK#v=onepage&q=non%20bis%20in%20idem%20ind%C3%ADgena&f=false> (fecha de consulta: 12 de mayo de 2014).

el cual se llevara a cabo. Se respeta el derecho de acceso a la justicia este como base de la libre determinación y autonomía de cada pueblo.

En consideración de lo expuesto, la aplicación del principio non bis in idem, es directa e inmediata, y no requiere de normatividad jurídica secundaria para su procedibilidad, siendo su ámbito de acción ilimitada, ya que es aplicable a todo tipo de resoluciones judiciales o administrativas que hubieren pasado en autoridad de cosa juzgada. Se frena toda acción caprichosa del aparato judicial, garantizando los derechos de las personas que son inalienables, dentro del ámbito legal y constitucional.

Capítulo segundo

El debido proceso en la administración de justicia indígena.

2.1 Puntos nodales y elementos diferenciadores entre el debido proceso común y el debido proceso indígena.

La Constitución de la República, define el elemento diferenciador de la jurisdicción indígena respecto de la justicia ordinaria siendo este, la competencia que se les otorga a las autoridades de los pueblos indígenas, con el fin de que estos establezcan normas y procedimientos propios para la resolución de conflictos internos, es decir, dentro de una jurisdicción territorial, teniendo como límites a las normas contenidas en la Constitución ecuatoriana, instrumentos y convenios internacionales y demás normativa legal de la materia.

Esta jurisdicción especial establecida en la Constitución de la República en pos del reconocimiento plurinacional de la justicia indígena, tiene la finalidad de proteger la identidad y el cabal respeto a la interculturalidad de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, fundamentándose en un derecho ancestral consuetudinario que responde a un código moral de justicia basados en la costumbre y tradición⁵⁴, así como el reconocimiento de sus derechos desde una igualdad formal y material que reconozca sus diferencias.

Al respecto, la Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia No. 0008-09-SAN-CC, ha identificado y establecido principios que se deben observar para una adecuada y verdadera administración de justicia, más aún, la constitucional. Es importante mencionar que estos principios deben ser leídos desde una perspectiva intercultural; entre estos principios están:

- a) El de la *Continuidad Histórica*: el cual plasma que los pueblos y nacionalidades indígenas, no obstante su colonización, sus secuelas estructurales, están presentes con sus identidades diferenciadas del resto de las sociedades nacionales, haciendo uso de sus costumbres, culturas, normas, instituciones jurídico-política-religiosas, nociones filosóficas e idiomas, asentados en territorios indígenas en los cuales ejercen el autogobierno comunitario.

⁵⁴ Prf. Gaitán Villavicencio Loor, “Pluriculturalidad e interculturalidad en el Ecuador: reconocimiento constitucional de la justicia indígena”, en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/VILLAVICENCIO%20GAITAN.pdf>> (fecha de consulta: 29 de agosto de 2014).

b) El de la *Diversidad Cultural*: a partir del cual, la función de la ley, en este caso de las normas, es la de preocuparse en considerar no solo la relación entre el Estado y la ciudadanía, sino "las identidades entre los pueblos", es decir, tomar en cuenta la presencia de los distintos pueblos indígenas, con sus instituciones, sus costumbres y sus filosofías en relación con otros pueblos no indígenas que comparten un mismo territorio nacional.

e) El de la *Interculturalidad*: el cual tiene que ver con el diálogo, fundamentalmente epistémico; no se trata de un diálogo en el cual los pueblos indígenas sean los convidados de piedra; el diálogo intercultural, como lo señala Oscar Guardiola Rivera, no es otra cosa que: "el diálogo entre las diferencias epistémicas que, al existir posiciones hegemónicas, son luchas cognitivas que tienen que ver con el modo en que diferentes pueblos hacen uso de diversas formas de producir y aplicar conocimiento, para relacionarse entre sí, con otros, con la naturaleza, con el territorio, con la riqueza, con la sociedad diversa."

El de la *Interpretación Intercultural*: el cual no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aún tratándose de pueblos indígenas.⁵⁵

Es importante referirnos a las condiciones de procedencia que ha determinado, y con las que ha contribuido la Corte Constitucional colombiana en su sentencia T-552/03, siendo el magistrado ponente el Dr. Rodrigo Escobar Gil, así:

Para que proceda la jurisdicción indígena sería necesario acreditar que (i) nos encontramos frente a una comunidad indígena, que (ii) cuenta con autoridades tradicionales, que (iii) ejercen su autoridad en un ámbito territorial determinado. A los elementos ya reseñados de la jurisdicción especial indígena, habría que agregar, entonces, (iv) la existencia de usos y prácticas tradicionales, tanto en lo sustantivo como en lo procedimental y, (v) la condición de que tales usos y prácticas no resulten contrarias a la Constitución o a la Ley.⁵⁶

Ambas justicias ordinaria e indígena tienen la misma organización de administración de justicia mientras en la justicia ordinaria es encabezada por Función Judicial en la justicia indígena es la asamblea general la misma que es considerada como el órgano oficial y representativo de la comuna que a través del direccionamiento del cabildo que tiene la potestad de administrar justicia dentro de su jurisdicción territorial, para la

⁵⁵ Res. No. 0008-09-SAN-CC de 18 de diciembre del 2009 del Pleno de la Corte Constitucional, en la acción extraordinaria de protección por Derechos Colectivos- Educación Intercultural que, siguió la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas 'AMAWTAY WASI' contra el CONESUP, R.O 97-S de 29 de diciembre de 2009.

⁵⁶ Res. No. T-552/03 del 10 de julio del 2013 del Pleno de la Corte Constitucional de Colombia, Acción de tutela que, siguió Ever Quinayas Omen y otro en contra del Consejo Superior de la Judicatura.

solución de sus conflictos internos se basan en las normas y procedimientos propios de cada cultura, mismos que se han mantenido consuetudinariamente, y con una aplicación oral e inmediata difiriendo con la administración de justicia estatal que tiene su fundamento en el derecho positivo.

En concordancia con el Art. 171 de la Constitución de la República, se determina el límite de actuación de las autoridades indígenas, sin embargo, algunos sectores se han pronunciado negando este derecho invocando la unidad jurisdiccional para negar el ejercicio de este derecho, o en su defecto, calificándolo de linchamiento o justicia por mano propia para deslegitimar una práctica ancestral constitucionalmente reconocida.

En algunas de las comunidades indígenas del país, dependiendo de sus usos y costumbres ancestrales, si un miembro de la comunidad es sorprendido infraganti en el cometimiento de un delito; ni los afectados, ni quienes lo sorprendieron, ni aun los comuneros pueden ejecutar una sanción inmediata. Su obligación es dar a conocer a la autoridad competente, que en este caso es el Cabildo Comunal, para que avoque conocimiento del caso y se inicie el proceso de juzgamiento tomando en cuenta normas y procedimientos que la costumbre establece hasta llegar a dictar la resolución condenatoria o absolutoria. De ahí que, de ninguna manera la administración de justicia indígena puede ser concebida como un linchamiento.⁵⁷

Se tratan de autoridades competentes, quienes apegadas a sus normas y costumbres, con un procedimiento dentro de asambleas comunales para resolver un conflicto, en donde pueden presentar todas las pruebas de cargo y descargo necesarias para su defensa, incluso pueden llegarse a conformar comisiones investigativas si el caso así lo amerita, garantizando el derecho a la defensa de la persona acusada, estableciendo su grado de responsabilidad y respectiva sanción.

Tanto la justicia ordinaria como la justicia indígena propenden a garantizar el debido proceso dentro de su administración de justicia. La justicia indígena debe ser garantizada dentro de un marco de procedimiento procesal y normativo propio, toda vez que responde a una organización de su comunidad esto es hombre-naturaleza y sociedad, son autoridades nombradas por la misma comunidad para ejercer funciones de

⁵⁷ Pfr. Nina Pacari, "Pluralidad Jurídica: una realidad constitucionalmente reconocida", en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/ninapacari.htm>> (fecha de consulta: 14 de abril del 2014).

administración de justicia, la diferencia más acentuada de estos dos sistemas podríamos concluir es la competencia misma que radica en sus prácticas ancestrales, costumbres y derecho consuetudinario propio, lo que para la legislación nacional significaría una contravención o delito.

Sin embargo, estas decisiones al igual que las de la justicia ordinaria estarán sujetas al control de constitucionalidad como se dejó indicado en líneas anteriores. Para ello, la ley deberá ser la que establezca los mecanismos necesarios para la coordinación y cooperación entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, implementando en primer lugar su respeto por parte de todas las instituciones y autoridades públicas y la sociedad, toda vez que se trata de un Estado ecuatoriano pluricultural y multiétnico de derechos y justicia, respetando en todo momento el derecho de las partes y todas las obligaciones que implica el respeto de sus derechos ancestrales.

2.1.1. Autoridades competentes para guiar el procedimiento de juzgamiento.

Con los principios y derechos consagrados por la Constitución Política de 1998 y más concretamente con la Constitución del 2008, los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas han logrado el reconocimiento de su administración de justicia como medio para solucionar conflictos internos que se susciten entre sus miembros.

Esto lo corroboramos, en el reconocimiento a sus derechos ancestrales y ha ejercer su propia administración de justicia, en apego a sus normas y costumbres ancestrales y dentro de su jurisdicción la cual es ejercida por sus autoridades tradicionales para que de manera autónoma, libre e independiente, entren a resolver los conflictos que se susciten en sus comunidades, que de antaño han precedido en cuanto a procedimientos, siempre y cuando “[...] no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República [...]”, norma que debe ser acatada por todos los residentes en el territorio nacional sin distinción de sexo, raza, estirpes o condiciones.

Con el fin de compatibilizar las funciones de la administración de justicia indígena con las de la administración de justicia ordinaria, en enero del 2001 se presentó y discutió el proyecto de ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador, encaminada al reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas en la Constitución del Ecuador y su aplicación en la regulación del derecho consuetudinario, de conformidad con lo establecido por Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En este proyecto se definió en su Art. 2 el concepto de autoridad indígena:

“La autoridad indígena competente será la persona, grupo o asamblea que disponga para el caso el derecho indígena y a la que así le reconozca la colectividad; pero el representante de la comunidad pondrá en conocimiento de la sociedad el nombre de la comunidad, la circunscripción territorial en donde se encuentra localizada, con determinación de la provincia, cantón y parroquia o parroquias y el nombre de la autoridad competente para comunicar las resoluciones a las autoridades estatales, cuando sea menester”.⁵⁸

Atendiendo a la nueva concepción del Estado como una sociedad diversa, heterogénea, pluricultural y multiétnica, el reconocimiento de los derechos colectivos, ha permitido afirmar la existencia no solo de un sistema jurídico institucional indígena, de acuerdo a los usos y costumbres de los distintos pueblos y nacionalidades indígenas, sino de la diversidad cognitiva, es decir, de la diversidad en cuanto a la producción de conocimientos como resultado de usos, costumbres y prácticas ancestrales.

Habiendo indicado esto, podemos analizar el sistema judicial indígena. Autores como Ilaquiche, han establecido tres niveles de administración de justicia:

Existen tres niveles de autoridades que administran justicia; en primera instancia y para el caso de rencillas familiares, conyugales, insultos entre parientes, chismes, asuntos de herencia, asuntos menores, los Indígenas tienen la costumbre de solucionarlos dentro del círculo íntimo y familiar, donde las autoridades son los padres, los hijos mayores de edad, los padrinos de matrimonio, de bautizo, etc.

En un segundo nivel se encuentran los cabildos, conformados por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y los síndicos. Estos dirigentes, desempeñan la función de autoridades encargadas de impartir justicia dentro de cada jurisdicción comunal; tienen autonomía plena dentro de la comunidad respectiva. Solucionan los problemas mediante un procedimiento especial; participan activamente los miembros de la comunidad a través de un consejo ampliado con sugerencias, razonamientos de carácter moral, ético, de convivencia pacífica, de buenas costumbres y de respeto; de esta forma junto a los dirigentes del cabildo establecen las pautas para la solución.

En un tercer nivel, cuando los problemas y las infracciones cometidas son muy graves, acuden ante los miembros de la Organización de Segundo Grado. (El caso de Tigua).⁵⁹

Siendo así, su normativa, decisiones y procedimiento, son el dictado de la costumbre de cada pueblo, comunidad o nacionalidad indígena, pero también de la

⁵⁸ “Propuesta de Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador”, en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/documento/proyectoley.htm>>(fecha de consulta: 28 de diciembre de 2014).

⁵⁹ Raúl Ilaquiche Licta, “Administración de la Justicia Indígena en la ciudad: estudio de un caso”, en <<http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>> (fecha de consulta: 15 de abril del 2014).

experiencia acumulada por generaciones, toda vez que al no existir normas precedentes no se determina qué hacer; en este caso, “[...] las autoridades indígenas, según los modos particulares de vivir sus sociedad, procuraran hallar una salida entre reglas ya establecidas que definen lo sustantivo general, o deducirlas fielmente de los hechos y de su fines y propósitos sociales [...] Esta actuación debe empezar a participar del cuerpo del derecho propio”.⁶⁰

Como cada pueblo, comunidad y nacionalidad tiene su propio procedimiento dependiendo del caso, el derecho a administrar justicia también incluye el derecho a utilizar la fuerza física, teniendo como limite la protección del derecho a la vida e integridad corporal prohibición de la tortura, la esclavitud, la servidumbre y los tratos crueles, inhumanos y degradantes).⁶¹

Este particular procedimiento de la administración de justicia indígena y llevado a cabo por sus autoridades competentes, que están dotadas de legitimidad que la propia Constitución les reconoce, otorga a estas la facultad de resolver y hacer ejecutar lo resuelto, y aunque, sus decisiones no tengan las mismas formalidades y normas procedimentales contenidas en el sistema judicial ordinario, la legitimidad conferida por los convenios internacionales y la propia Constitución hace que sus decisiones no estén exentas de valor legal. Circunstancia que se encuentra reconocida en el Convenio 169 de la OIT.

Para ampliar lo manifestado, es importante remitirnos a lo indicado por la Corte Constitucional colombiana respecto al límite de acción de la justicia indígena, la cual ha manifestado que existe un núcleo duro sobre el cual existe consenso internacional, esto es, limitaciones que implican el respeto a los derechos humanos: no matar, no torturar y no esclavizar. Estas tres limitaciones sientan un principio moral, que permite el diálogo intercultural y avanzar en la coordinación de procedimientos tanto ordinarios como ancestrales.

Así pues, las autoridades de pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas deben encontrarse debidamente conformadas, esto es, encabezada por una autoridad tradicional que haya sido elegida por la comunidad, de manera que pueda ejercer su propia jurisdicción de acuerdo con sus normas y procedimientos, lo que implica el ejercicio de control social y el respectivo procedimiento de juzgamiento, así, al igual

⁶⁰ Sánchez Botero, *La Jurisdicción Especial Indígena*, 68.

⁶¹ *Ibíd.*, 143.

que en la justicia ordinaria las instituciones y autoridades son legítimas en el interior de la comunidad, poseen una estructura política jurídica, porque que son electas por los miembros, gozando así de reconocimiento institucional y legal e incluso constitucional.⁶²

Al igual que en la justicia ordinaria y dependiendo de la comunidad, las autoridades de estos pueblos deben cumplir con algunos requisitos para su elección sin que estos sean imperativos ni únicos para las comunidades, entre ellos tenemos: “acreditar la mayoría de edad; que la comunidad o el pueblo indígena conozca a la persona; que haya demostrado un buen comportamiento, capacidad, honestidad, experiencia, últimamente se toma en cuenta los estudios realizados. Por otro lado, la administración de justicia indígena es gratuita; sus autoridades, es decir, los dirigentes no perciben remuneración alguna y son ad-honóreme.”⁶³

A manera de ejemplifica lo antes expuesto, mencionamos el caso de los habitantes de la comunidad de Pijal, que se identifican como Kichua – Cayambi.

Esta comunidad tiene personería jurídica desde 1949, siendo la máxima autoridad el cabildo, conformado por Presidente, Vicepresidente, Síndico, Secretario, Tesorero y Tres Vocales. Las dignidades del cabildo se eligen mediante la asamblea comunal, que se lleva a efecto todos los años en el mes de diciembre, como candidatos participan todos los comuneros y no se limita solamente a un determinado grupo de personas. Antes de ser jurídica, quien dirigía la comunidad era el curaga, éste era la autoridad máxima de la comunidad, su permanencia como curaga no era limitada en el tiempo y su acción estaba más centrada en hacer cumplir las normas establecidas al interior de la comunidad. Uno de los requisitos para ser curaga, era básicamente poseer tierras y ejercer liderazgo en la comunidad.⁶⁴

En cuanto al ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de la autonomía que se les confiere, pueden decidir asumir o no el ejercicio de estas funciones. En este sentido, si la autoridad indígena se niega a conocer de un caso, no está incurriendo en

⁶² Al respecto la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia No. 113-14-SEP-CC del caso La Cocha, habilita a la Asamblea General Comunitaria y no a una persona o grupo de personas para tomar las decisiones frente a un conflicto interno de la comunidad, por tanto esta asamblea es la autoridad competente encargada de conocer y resolver los casos de conflictos internos que afecten bienes jurídicos comunitarios en el pueblo Kichwa Panzaleo, al no vulnerarse ningún derecho constitucional en el ejercicio de la administración de justicia.

⁶³ Raúl Ilaquiche Licta, “Administración de la Justicia Indígena en la ciudad: estudio de un caso”, en <<http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>> (fecha de consulta: 15 de abril de 2014).

⁶⁴ Carlos, Bautista, “Experiencia de la administración de justicia propia en la comunidad de Pijal”, en <<http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/3/bautista.html>> (fecha de consulta: 28 de enero de 2014).

una denegación de justicia, simplemente está ejerciendo su derecho a no conocer ni resolver el caso. Sin embargo, si la autoridad indígena decide asumir el conocimiento del caso, y las reglas vigentes determinan que es competente, debe conferirse igual valor a sus decisiones respecto de las decisiones de los jueces ordinarios.

Por lo expuesto, las autoridades los pueblos indígenas, por el poder conferido por la Constitución de la República, son quienes deben solucionar los conflictos internos que se susciten dentro de la comunidad porque son las únicas competentes; sin embargo, debe existir la posibilidad que en ejercicio de su autonomía dependiendo de las circunstancias, intervenga un tercero para solucionar el conflicto, que en nuestro caso sería la Corte Constitucional, sin incurrir en los poderes conferidos y sin olvidar las innovaciones de manera evolutiva que se generen dentro del grupo por las nuevas demandas que se generan dentro de la comunidad.

2.1.2 La competencia en relación a los sujetos procesales que intervienen.

Desde el punto de vista antropológico y tomando como punto de partida lo dicho por el Estado colombiano⁶⁵, quien ha definido jurídicamente a los indígenas como un conjunto de familias amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen, manteniendo rasgos y valores propios de su cultura tradicional, así como formas de gobierno y control social internos, que los distinguen de otras comunidades rurales.

La Constitución Política del Ecuador en su Art. 83 reconocía la existencia de pueblos indígenas como aquellos que se autodefinen como nacionalidades de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos, que forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible; mientras que la Constitución de la República reconoce además, a las comunidades y nacionalidades indígenas, ampliándose su reconocimiento y protección a todas las apreciaciones culturales existentes ya sean tribus, grupos o sociedades, mismas que ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución, instrumentos internacionales y la ley.

Cada comunidad, pueblo o nacionalidad indígena según sus propios usos, costumbres o prácticas ancestrales tendrán su propio procedimiento para resolver los

⁶⁵ Mediante el artículo 2 del decreto 2001 de 1988 el Estado colombiano después de analizar las diferentes denominaciones, definió el concepto de comunidad o parcialidad indígena, al cual nos hemos referido al no existir un concepto claro y definido por la Corte Constitucional ecuatoriana.

conflictos dentro de su comunidad, en todo caso, en cada comunidad prima el sentido de armonía.

Como modelo de lo expuesto, citamos el caso de las comunidades Achuar, donde con el paso de los tiempos se ha modificado su estilo de vida tradicional. Encontramos al irutkamajuntri que significa persona encargada de velar por la comunidad, será este quien comente con los mayores sobre los asuntos para tener su opinión y consejos, las decisiones que toma la directiva serán siempre legitimadas dentro del seno familiar en donde la opinión de la mujer es siempre valorada y escuchada. Los conflictos a resolver serán los que se susciten al interior de la comunidad mismos que han sido clasificados en problemas familiares, personales, relacionados con la propiedad, de linderos, comunitarios, mala práctica chamánica, control de recursos.⁶⁶

La Constitución de la República ha dispuesto en su Art. 17 que el límite de la competencia de la autoridad indígena es el ámbito territorial, esto es, que se limita la solución de conflictos suscitados dentro del territorio, para ello las autoridades deberán impartir justicia en base de la costumbre de su pueblo, debiendo ser repetida por un largo tiempo y aceptada por el grupo social como obligatoria, misma que no puede ir en contra de la Constitución o las leyes.

De esta disposición constitucional se desprende el reconocimiento de delegación a las autoridades indígenas como autoridades públicas que administran justicia, así mismo, plantea y obliga a los interesados que debe existir una articulación y compatibilización entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, esto es, del ordenamiento jurídico nacional y los sistemas jurídicos indígenas existentes.

No sería posible, por tanto que el juez ordinario incumpla con el deber de remitir el expediente a la autoridad facultada para dirimir el conflicto de competencia entre distintas jurisdicciones, la cual ya no podrá ejercer su función frente a estos procesos como bien se dispone en el Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 345. De producirse esta inobservancia sería factible hablar de una vulneración del derecho fundamental al debido proceso que asiste al indígena de ser juzgado conforme a sus normas ancestrales preexistentes. Asimismo se vulneraría además el derecho

⁶⁶ Pfr. Estado de la relación entre justicia indígena estatal en los países andinos, en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1595D9230BC2A741052579C700627824/\\$FILE/Estadodelarelaci%C3%B3nentrejusticiaind%C3%ADgenayjusticiaestatalenlospaisesandinos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1595D9230BC2A741052579C700627824/$FILE/Estadodelarelaci%C3%B3nentrejusticiaind%C3%ADgenayjusticiaestatalenlospaisesandinos.pdf)> (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2014).

fundamental de la autonomía de las comunidades indígenas y de la jurisdicción especial indígena. Así pues, este asunto trasciende de un debate de carácter procesal al escenario de la protección de derechos fundamentales al debido proceso, legalidad, juez natural, las formas propias de cada juicio y el derecho comunitario de la autonomía de las comunidades indígenas.

El autor Ilaquiche, respecto a la jurisdicción y competencia en el Derecho Indígena, manifiesta:

Los conceptos de jurisdicción y competencia aplicadas al ámbito del Derecho Indígena, resultan ser completamente diferentes, en tanto y en cuanto al interior de este Derecho no podemos hablar de casos de fuero, ni de diversos tipos de jueces, con supremacía de unos sobre otros, sino más bien de diversos niveles como ya se revisó anteriormente, acorde eso si a las particularidades del caso a tratar. En lo que tiene que ver a la competencia, entendiéndose esta al parámetro físico del campo de aplicación de la potestad de administrar justicia, esto aún no se lo ha determinado claramente por parte de la Constitución, o el Derecho Positivo; puesto que, en lo que respecta a las circunscripciones territoriales éstas no están aún delimitadas ni establecidas; más sin embargo en lo que concierne al aspecto meramente costumbrista, si hay competencia, pues ello deviene del campo de aplicación que tienen las autoridades al interior de sus comunidades.⁶⁷

Por tanto, y como lo indica Emiliano Borja debemos considerar al derecho penal indígena, ante todo como un Derecho de mediación, en donde la sanción no es una cuestión que afecta a la víctima, al infractor y a la autoridad legitimada para impartir justicia sino que abarca a toda la comunidad. Es por ello que en muchos ordenamientos punitivos indígenas, la decisión de la pena constituye un verdadero proceso de negociación.⁶⁸

Así, la competencia de la autoridad indígena para administrar justicia recae sobre los *conflictos internos*⁶⁹ y se ha de entender que son tales los que surgen en el seno de la comunidad y amenazan romper o rompen la armonía o las formas de vida y valores que la identifican como la nacionalidad que dice ser ⁷⁰, pero cabe distinguir los

⁶⁷ Raúl Ilaquiche Licta, “Administración de la Justicia Indígena en la ciudad: estudio de un caso”, en <<http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/1/illaquiche.pdf>> (fecha de consulta: 02 de junio del 2014).

⁶⁸ Pfr. Emiliano Borja Jiménez, “Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena”. (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001), 106.

⁶⁹ Entendiéndose como aquellos conflictos que se susciten al interior de la comunidad o que involucra a sus miembros, todo esto por el carácter territorial de sus decisiones de conformidad con sus usos y costumbres, esto es su derecho propio.

⁷⁰ Julio Cesar Trujillo, “Administración de Justicia Indígena”, en <<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/TRUJILLO%20JULIO%20CESAR.pdf>> (fecha de consulta: 20 de abril del 2014).

diferentes tipos de conflictos que pueden suscitarse, entre los miembros de una misma comunidad, de los miembros de una comunidad con miembros de otra comunidad y los de indígenas con los no indígenas.

2.1.2.1. Conflicto entre indígenas.

Al ser los miembros de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas titulares de los derechos colectivos constitucionalmente establecidos, se han generado a lo largo de los años varias propuestas a fin de que se respeten su existencia incentivando al reconocimiento de sus derechos y obligaciones dentro del territorio ecuatoriano, y sobre todo el respeto a sus prácticas y costumbres ancestrales.

Los diferentes conflictos que se generan entre comunidades o miembros de una comunidad son resueltos por sus propias autoridades en función del territorio, es decir, dentro de su circunscripción territorial y por los miembros de su propia comunidad, conforme a su derecho consuetudinario, siempre que no se violenten los derechos fundamentales de la persona humana. Según la doctrina, entre los "derechos mínimos aceptables" se encuentran: el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y de la tortura.

En los conflictos internos dentro de los pueblos y nacionalidades indígenas, al estar delimitados a su territorio, la competencia de la autoridad indígena radica en el lugar donde se cometió la infracción o delito, de ser el caso, según el tipo y su gravedad puede darse el caso de que los dirigentes se trasladen a la otra comunidad y resuelvan el conflicto en un espacio público, asumiendo la competencia y resolviendo el caso conjuntamente. Como muestra, lo ocurrido en la comunidad Achuar de Copataza, que posee una directiva conformada por un síndico, un vice síndico, un secretario y un tesorero, que en algunos casos de conflictos suscitados con las comunidades Shuar y Kichwas, han solucionado conflictos ocasionados por incursiones a su territorio en busca de caza, pesca y demás productos en el bosque.⁷¹

Cuando los conflictos son frecuentes o reiterados y han fallado las negociaciones directas, el síndico es el encargado de poner en su conocimiento del hecho a su par, esto es, el dirigente de la comunidad a la que pertenece el invasor a fin de solucionar el

⁷¹ Pfr. Estado de la relación entre justicia indígena estatal en los países andinos, en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1595D9230BC2A741052579C700627824/\\$FILE/Estadodelarelaci%C3%B3nentrejusticiaind%C3%ADgenayjusticiaestatalenlospaisesandinos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1595D9230BC2A741052579C700627824/$FILE/Estadodelarelaci%C3%B3nentrejusticiaind%C3%ADgenayjusticiaestatalenlospaisesandinos.pdf)> (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2014).

conflicto conjuntamente y llegar a un acuerdo en este caso de no inclusión. En pocos casos, se han aplicado mecanismos de indemnización económica por causa del acceso a estos recursos. ⁷²Lo importante para esta comunidad, como en la generalidad de comunidades, es terminar el conflicto en el menor tiempo posible y sellarlos con un acuerdo mediante la suscripción de un acta.

En el caso de la comunidad Kichwa del pueblo Chibuleo, a diferencia de la organización del pueblo Achuar, esta tiene una conformación más compleja que contiene: un Consejo de Coordinación y Administración del Cabildo formado por cinco miembros: presidente, vicepresidente, síndico, secretario, tesorero y 18 miembros adicionales.⁷³

En el caso expuesto, se distinguen los siguientes conflictos, que serán motivo suficiente para poner en práctica el Derecho Indígena Kichwa: el ámbito familiar, autoridades comunitarias y el de la asamblea comunal; en cada caso habrán tres instancias para la administración de justicia dependiendo el caso siendo estos en el primer caso: los abuelos, padres, parientes consanguíneos cercanos, los parientes afines los padrinos, los vecinos. En el segundo y tercer caso serán las autoridades tradicionales, las autoridades comunales, los mediadores comunitarios y el conjunto de comuneros⁷⁴; todos ellos dotados de legitimada para resolver los conflictos que se presenten dentro de la comunidad. En esta comunidad la noción más aceptada es la de corrección no la de la sanción en el sentido estricto, la experiencia del dolor físico y la publicidad es considerada necesaria para que el infractor cambie y vuelva la armonía a la comunidad.

De esta forma, la “[...] autoridad revestida de la potestad jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, es la asamblea de la comunidad. Solo para los asuntos leves o de poca trascendencia, la comunidad inviste de esa potestad a determinados miembros de ella, que elige y remueve libremente, generalmente por consenso, seleccionándoles por la confianza que inspira su probidad, entereza y sabiduría”.⁷⁵

Por tanto, todos los casos son de conocimiento público y son llevados a conocimiento de la asamblea general para que de forma participativa se busque la mejor

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Pfr. *Ibíd.*

⁷⁴ Pfr. *Ibíd.*

⁷⁵ Galo Galarza Paz, “Justicia y derecho en la administración de justicia indígena”, en Judith Salgado, compiladora, *Justicia indígena: aportes para un debate* (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar UASB, 2002), 81.

alternativa de solución de manera que el infractor tome conciencia y se arrepientan de los actos que cometió, la sanción aplicada permite purificar su alma y su reintegración a su comunidad. Como en la justicia ordinaria, al momento de aplicar sus normas consuetudinarias no deben ser desconocidas para el infractor es decir no pueden aplicarse aquellas que no se reconocen como jurídicamente obligatorias, ni fuera del territorio toda vez que se extralimitaría la jurisdicción territorial.

En aplicación al Convenio 169 de la OIT, la Constitución de la República y otros instrumentos internacionales se reconocen los métodos de control propios de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas con el límite jurídico establecido, por tanto, la autoridad que juzgue la infracción lo hará conforme sus costumbres e instituciones propias, al pertenecer los sujetos involucrados a una misma comunidad, se pone en manifiesto el principio de maximización de la autonomía, por tanto los mínimos aceptables, sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre. La autoridad estatal sólo pudiera intervenir para precautelar un interés más alto que es la autonomía.

La estructura comunitaria en base de esta autonomía conferida, es la que permite afrontar los problemas internos así como los inter comunitarios, tomando como recurso fundamental el dialogo y la negociación directa con los dirigentes legitimados de la comunidad implicada, teniendo que ceder la comunidad para alcanzar el acuerdo con el objetivo de terminar el conflicto en aras de generar una convivencia pacífica entre las comunidades. Para ello, el Estado debe evitar intervenir en estos procedimientos de solución de conflictos y permitirles emitir sus propias resoluciones de acuerdo a sus propias costumbres y mecanismos sancionadores, a fin de garantizar la dirección y organización su vida interna, conforme se ha dispuesto tanto en la Constitución de la República como en los demás cuerpos de leyes.

2.1.2.2. Conflicto entre indígena y no indígena.

Dentro de una sociedad pluralista y de acuerdo a los instrumentos internacionales y la Constitución, las autoridades indígenas tienen facultad de administrar justicia en los conflictos internos que se generen dentro de la comunidad y según su propia cosmovisión indígena como se ha expuesto en líneas anteriores.

Como se ha dispuesto en la Constitución de la República se aplicará “el derecho más favorable a la parte indígena”⁷⁶, en efecto el conflicto se suscita por cuanto se podría generar una vulneración a la garantía constitucional de igualdad de las personas, es verdad que las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas requieren un trato diferenciado para generar una verdadera igualdad en el ejercicio de sus derechos.

El artículo 24 de la Convención Americana, al igual que el Art. 23 numeral 3 de la Constitución, consagran el derecho a la igualdad, el cual, en el caso particular de los indígenas, importa la adopción de medidas positivas que, de acuerdo a la especial consideración y respeto de una persona o un grupo de personas, permitan hacer realmente efectiva la garantía de la igualdad entre sujetos que no se encuentran, en los hechos, en una situación de igualdad. Con ello se ha buscado una protección especial para que los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas puedan ejercer sus derechos garantizando su supervivencia a lo largo de los tiempos.

Sin embargo, este trato especial no debe generar desigualdades que puedan crear conflictos en la sociedad, esto es sin trastocar sus derechos se garantice una verdadera justicia indígena; es por esto que, lo más adecuado sería generar una solución de conflictos donde exista entendimiento y acuerdo entre las partes, conforme la Constitución de la República, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas deberán solucionar sus conflictos internos conforme sus propios usos y costumbres, teniendo como se dijo anteriormente como “límite infranqueable (una regla absoluta de limitación) al ejercicio de la autonomía de las autoridades indígenas: los derechos mínimos inviolables de todo ser humano.”⁷⁷

Con el reconocimiento de la Constitución del 2008, se concede a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas el derecho a juzgar y ejecutar lo juzgado por sus propias autoridades en ejercicio de su función jurisdiccional y en pos de garantizar el respeto por su cosmovisión, en el presente caso, sería procedente que la justicia estatal aplique lo dispuesto en el Art. 9 del Convenio 169 de la OIT y se

⁷⁶ La Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia No. 004-14-SCN-CC del caso Waorani, indico que en base al principio *pro comunitas* no se puede generar una afectación a los principios de diversidad étnico y cultural al aplicar una norma que genera una afectación a su identidad como pueblo originario, aislando a los miembros de la comunidad de su entorno social tradicional y generando una desvinculación con sus valores históricos y culturales propios, por tanto los derechos colectivos reconocidos por la Constitución a los pueblos y nacionalidades indígenas deben ser interpretados por los juzgadores mediante verdaderos ejercicios hermenéuticos interculturales para no afectar derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁷⁷ Giraud, *Cuadernos y debates*, 165

devuelva al mismo a su entorno para su respectivo juzgamiento y sanción, a fin de conservar su identidad cultural (instituciones, idioma, territorio, etc.) sin que se vulneren derechos constitucionales.

Al respecto, existen criterios que indican que no hay una regla definida que resuelva el conflicto de competencia, toda vez que existen criterios de que la autoridad competente para resolver el conflicto, será quien inicie con el conocimiento de la causa. Luego, si se tratan de problemas que no han sido resueltos en las comunidades o se trata de graves infracciones a la ley, lo indígenas indican que deberían ser las autoridades estatales que tienen jurisdicción y competencia para juzgarlos y resolverlos.

Para el efecto debemos definir el ámbito de competencia de la justicia indígena. La autoridad indígena reclamará la competencia en las siguientes circunstancias: a) cuando las partes, tanto el afectado o afectada, como el responsable son pertenecientes a dicha comunidad o pueblo indígena; b) que, el caso sujeto a conocimiento de la jurisdicción ordinaria constituye un conflicto interno de dichos pueblos, determinación que lo harán los propios pueblos; c) cuando el hecho hubiese ocurrido dentro de su territorio, entendiéndose por territorio indígena a aquellos espacios territoriales donde se encuentran asentados y desarrollando su vida social, cultural, económica y política, así como en los territorios que habitualmente han sido utilizados por los pueblos.⁷⁸

A ello, si consideramos lo dispuesto en el Art. 344 literal d) del Código Orgánico de la Función Judicial: Pro Jurisdicción Indígena.- "*En caso de duda entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible.*" Para ello, la justicia ordinaria deberá declinar en el conocimiento de la causa para que sean las autoridades indígenas quienes resuelvan aplicando sus normas y procedimientos propios de conformidad al derecho consuetudinario.

Al ser un principio de obligatorio cumplimiento, serán las autoridades indígenas las que resuelvan el conflicto de acuerdo a su propia cosmovisión, conservando sus costumbres e instituciones propias y en pos del principio de autonomía que les confiere la Constitución de la República y demás instrumentos internacionales.

⁷⁸ Pfr. Estado de la relación entre justicia indígena estatal en los países andinos, en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1595D9230BC2A741052579C700627824/\\$FILE/Estadodelarelaci%C3%B3nentrejusticiaind%C3%ADgenayjusticiaestatalenlospaisesandinos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1595D9230BC2A741052579C700627824/$FILE/Estadodelarelaci%C3%B3nentrejusticiaind%C3%ADgenayjusticiaestatalenlospaisesandinos.pdf)> (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2014).

2.1.2.3. Conflicto entre no indígenas en territorio indígena.

Respecto a ello, debemos analizar el derecho de todos los ciudadanos a acceder a la justicia, ante su juez natural en caso de un acto u omisión dentro de la administración de justicia así se dispone en el art. 76 literal k) de la Constitución de la República: “Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”.

Se entiende por tanto, que el derecho al juez natural, es un derecho que conglomerara la garantía del debido proceso, garantía que se protege a través de normas nacionales e internacionales. Por un lado, en la justicia ordinaria esta concedida a las autoridades judiciales que son los jueces y juezas establecidos en la Constitución y las leyes, que actúan dependiendo de su competencia en razón del grado, materia, persona y territorio. Por otro lado, el juez natural en la justicia indígena son las autoridades indígenas de las comunidades, pueblos y nacionalidades, que actúan en razón de su función jurisdiccional territorial y sobre todo que sea parte de un colectivo.

Al respecto, Luis Marcelo de Bernardis manifiesta que: “El derecho al juez natural consagrado inclusive por convenios internacionales determina enfáticamente que nadie puede ser desviado de la justicia que le resulta ordinaria, natural, a la vez que dentro de la misma nadie puede ser desviado del juez que conforme a la ley de la materia le correspondería, de acuerdo a la determinación efectuada de modo previo y objetivo por la noma pertinente”⁷⁹.

Así, todo ciudadano del Estado ecuatoriano, al cometer un delito tiene el derecho de ser juzgado por su juez natural, su juez competente esto en el caso de la justicia ordinaria; en el caso de la justicia indígena de las diferentes comunidades, pueblos y nacionalidades, al regirse por su costumbre ancestral tienen su propio juez natural que en este caso serían las autoridades indígenas legitimadas quienes serán las que apliquen justicia indígena, pero por ser parte de un colectivo que conoce y acepta someterse a estas normas fundamentadas básicamente en usos y costumbres ancestrales.

En la comunidad Kiwcha de Chibuleo, cuando las partes involucradas son personas mestizas que viven al interior de una comunidad indígena; estas de igual

⁷⁹ Luis Marcelo De Bernardis, "La Garantía procesal del debido proceso", en <http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_trabajo/estudios_jurisprud_laboral.pdf> (fecha de consulta: 10 de enero de 2015).

manera se acogen las normas de la justicia indígena. Así lo comprueba el testimonio del Presidente de la Unión de los Pueblos Chibuleos que manifiesta:

“Aquí en la comunidad no hay muchos mestizos, pero aunque somos una mayoría indígena, los mestizos también vienen acá a solucionar los problemas, para que les aconsejemos, les sancionamos, aquí solucionamos los problemas que no han podido solucionar en las tenencias políticas, lo que no ha hecho el gobernador, lo que no han hecho otras autoridades; incluso, cuando el problema es solo entre mestizos ellos vienen, se soluciona el problema y se van tranquilos.”⁸⁰

En este sentido, Julio Cesar Trujillo menciona que la condición de indígena se establecerá por la participación activa en la vida y actividades de la colectividad indígena, en calidad de miembro de ella, siempre que no hubiere sido expulsado de su seno por alguna causa.⁸¹

Queda claro que, en las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas sea esta la comunidad que sea, no funda su administración de justicia en la obediencia por temor al castigo sino por un acuerdo de voluntades por su consentimiento y a favor de la convivencia entre los miembros de la comunidad, siendo así no existiría fundamento legal para que una persona no indígena sea sometida a la justicia indígena, debiendo ser sometida los jueces y juezas de la Función Judicial.

En algunas de las comunidades se presentan excepciones para que una persona no indígena pueda someterse a las normas de la justicia indígena: por voluntad propia esto es haciendo uso de su derecho a la jurisdicción voluntaria consiste en que una persona pueda solicitar a la autoridad indígena para que se autorice someterse a la justicia indígena, por algún delito que haya cometido en territorios de los pueblos y nacionalidades indígenas; siempre y cuando se cumplan con ciertos requisitos y circunstancias impuestas para el caso concreto.

Es por ello, que la justicia indígena es un derecho de los pueblos y nacionalidades indígenas y no de cualquier ciudadano ecuatoriano, para gozar los derechos y garantías conferidos a este colectivo, se debe ser miembro de un grupo colectivo con cultura propia, solo ellos podrán entender su verdadero alcance y sentido,

⁸⁰Estado de la relación entre justicia indígena estatal en los países andinos, en <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1595D9230BC2A741052579C700627824/\\$FILE/Estadodelarelaci%C3%B3nentrejusticiaind%C3%ADgenayjusticiaestatalenlospaisesandinos.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/1595D9230BC2A741052579C700627824/$FILE/Estadodelarelaci%C3%B3nentrejusticiaind%C3%ADgenayjusticiaestatalenlospaisesandinos.pdf)> (fecha de consulta: 30 de diciembre de 2014).

⁸¹ Julio Cesar Trujillo, Agustín Grijalva y Ximena Endara, *Propuesta de proyecto de ley*, Universidad Andina Simón Bolívar, (Quito: 2004) p. 160.

compartir usos, costumbres y sobre todo la esencia misma de la justicia indígena, por tanto no podría extenderse a otras personas de diferentes culturas.

2.2. Procedimiento en relación de la nacionalidad quichua.

En el Ecuador encontramos una gran diversidad de pueblos quichuas o kichwas conformada por dieciocho manifestaciones culturales: pastos, mantas, paltas, natabuela, huancavilca, kitukara, kirapincha, karanki, tomabela, waranka, Saraguro, kañari, kayambi, otavalo, panzaleo, puruhua, chibuleo, salasaca.⁸² Estas comunidades se fortalecen interculturalmente en Ecuador, en base al concepto integral del *Sumak kawsay*.⁸³ Desde este concepto como sentido colectivo de convivencia, es que se alcanza un verdadero sistema comunitario, solidario en el conjunto de la sociedad plurinacional que conforma el Estado Ecuatoriano.

Este reconocimiento constitucional reafirma la heterogeneidad de las culturas y la existencia de un pluralismo jurídico que permite a las autoridades indígenas resolver sus conflictos internos mediante la aplicación de su derecho y costumbres; por lo tanto “no se podría parcializar los procedimientos que cada autoridad indígena lleva a cabo pues cada sistema punitivo es diferente al otro”⁸⁴, haciendo imposible estudiar sus procedimientos en su totalidad sin embargo cabe destacar que también existen puntos concordantes entre los mismo, los que serán objeto de análisis en el presente tema.

Los procedimientos dentro de las comunidades sean del origen que sean, se han creado conforme lo determina la Constitución de la República para resolver todos los conflictos que se susciten dentro la comunidad es decir conflictos internos. En cada comunidad existe una diferenciación de jerarquía, simetría y vinculación asociada, por ejemplo la jerarquía se fundamenta básicamente en la edad, género, experiencia, la escolaridad y la posibilidad de servir sin remuneración, los problemas a resolverse son mayoritariamente transgresiones comunitarias como domesticas, conflictos contra la vida y la propiedad, que son resueltos dentro de la comunidad y que tienen como fin el reinsertar al infractor a la comunidad y restablecer la armonía social.

⁸² El último censo nacional efectuado en 2010, la nacionalidad quichua representa el 85% del total de habitantes indígenas, esta población se encuentra actualmente en las provincias de Chimborazo y Morona Santiago.

⁸³ Su concepto según el líder indígena Luis Macas es Sumak quiere decir plenitud, grandeza, lo justo mientras que Kawsay significa vida en permanente realización dinámica y cambiante.

⁸⁴ Pfr. Emiliano Borja Jiménez, “Derecho Penal y derecho indígena”, en Fernando Flores Giménez, coordinador, *Constitución y Pluralismo Jurídico*, (Quito: Corporación Editora Nacional, 2004), 118.

Para resolver sus conflictos cada comunidad tiene su propia forma de administrar justicia, la misma que puede dividirse según: el ámbito familiar, el de las autoridades comunitarias y el de la asamblea comunal.

En el primero son protagonistas fundamentales los abuelos, los padres, los parientes consanguíneos cercanos, los parientes afines, los padrinos y los vecinos. En el segundo y tercero las autoridades tradicionales, las autoridades comunales, los mediadores comunitarios y el conjunto de comuneros.⁸⁵

Dentro de las comunidades quichuas, la familia constituye la base fundamental para la resolución de conflictos, su consejo es básico para la resolución de conflictos entre esposos, para ello se reúne a todos los parientes cercanos a una reunión social donde se brinda comida y se discute abiertamente del problema y con los mayores de la comunidad se trata de lograr una conciliación entre la pareja esta práctica ancestral concluye con el abrazo entre los involucrados como señal de reconciliación y de paz.

La comunidad por otro lado, lleva a cabo un procedimiento que es establecido por las autoridades competentes y que a su vez son compartidos por la comunidad ya que se tratan de procedimientos ancestrales que con el paso del tiempo han ido ampliándose de tal manera que se ha adecuando a la realidad social de la comunidad, entendiéndose así que se trata de un derecho en constante evolución. Por tanto, en el caso de problemas de peleas, robos, los involucrados se acercan ante la autoridad competente que en este caso sería el secretario de disciplina o el síndico para poner una denuncia.

En general, se lleva a cabo el siguiente procedimiento a fin de establecer la culpabilidad o no del implicado:

Se estudia el caso y se elabora un oficio aceptando la demanda en la que consta el lugar, la fecha, la hora, nombres de los involucrados y descripción del problema. También se cita a la “otra” parte a la oficina del cabildo, fijando fecha y hora. Los demandantes lo llevan a los demás miembros del cabildo para que lo revisen y tengan conocimiento de la denuncia. Si la falta es leve las demandas y su trámite se resuelve durante los días a la semana señalados para el efecto, si la falta es grave inmediatamente que es hecha la demanda.

Luego el secretario de disciplina envía la citación correspondiente, con la firma del presidente y del secretario de disciplina y el sello del cabildo, al representante del cabildo en el cual vive el demandado para que proceda a su entrega. Este funcionario cumple el papel de “policía” comunitario. Nunca se hace comparecer a ninguna de las partes utilizando la violencia física, lo que se hace si no comparecen a la hora

⁸⁵ *Ibíd.*, 78.

y día señalados, es llamarlos por los altavoces de la plaza de la comunidad y si entonces no acuden se envía una comisión del cabildo para proceder a la detención del demandado y presentarlos ante las autoridades comunitarias. En el caso de que la falta sea grave el demandado es detenido y llevado al a cárcel de la comunidad hasta que se considere y solucione el caso.⁸⁶

La solución de conflictos indígenas se sujeta a prácticas consuetudinarias, distintas a las normas reconocidas por el derecho estatal, diferenciándose de su práctica en la justicia estatal. Primero, en la identificación de conductas prohibidas; por ejemplo, consideran como infracciones graves el adulterio y la brujería. Su finalidad y el carácter de las sanciones son distintos, al igual que los órganos encargados de la solución de conflictos y los procedimientos. Esto se debe a que en el mundo indígena no existe una diferenciación específica entre lo jurídico y lo no jurídico, como tampoco de los mecanismos especializados para cada ámbito.

Como lo explica el autor Fernando García, el apresamiento del infractor en estos casos constituye un papel preventivo y extraordinario que sirve para dar cumplimiento a lo dispuesto por los cabildos con la finalidad de “ablandar” al demandado y enfrentar el conflicto, que reconozca su falta y acepte la sanción, la aplicación de la sanción dispuesta en el fallo dependerá de la rapidez en la que lleguen a un acuerdo las partes involucradas.⁸⁷

Es a partir de esta cosmovisión que las comunidades quichuas han creado un nuevo sistema de administración de justicia indígena, donde los seres humanos son un complemento integrador con relación con la Pacchamama. Es por ello, que los mecanismos de resolución de conflictos son mecanismos de supervivencia para estas comunidades, toda vez que la intervención de la justicia estatal no responde los requerimientos del grupo, y por tanto entran en acción mecanismos de apoyo y solidaridad.

Las comunidades de los pueblos quichuas, al igual que en otras comunidades, tienen su propio procedimiento que variara dependiendo de las circunstancias que se

⁸⁶ Bernal, *De la exclusión a la Participación*, 79-80.

⁸⁷ La Corte Constitucional Ecuatoriana en la sentencia No. 004-14-SCN-CC del caso Waorani, manifestó respecto a la sanción de privación de la libertad como de ultima ratio dentro de la configuración del derecho penal hacia los pueblos ancestrales, considerando una visión intercultural conforme lo determina el art. 10 numeral 2. El alejar a los miembros de los pueblos no contactados o de reciente contacto a un entorno social como los centros de rehabilitación social genera una afectación a su relación comunitaria, al separarlos de su entorno social y colectivo, por tanto deben establecerse mecanismos de coordinación y cooperación para emplear mecanismos disciplinarios acordes a la cosmovisión de estos pueblos.

presenten, sin que esto quiera decir que se trata de justicia por mano propia. Cada procedimiento está previamente establecido, es conocido y aceptado por la comunidad en base a sus propios usos y costumbres y, en el cual se garantiza en todo momento el derecho a la defensa del infractor y el debido proceso para su juzgamiento.

2.3. Tipos de sanciones dentro de la nacionalidad quichua.

La comunidad quichua como otras comunidades tiene como mecanismo básico de control social tres principios básicos de justicia: *ama quilla* (no ser ocioso), *ama llulla* (no mentir) y *ama shua* (no robar), así como los reglamentos internos de cada comunidad contemplados desde Ley de Organización y Régimen de las Comunas y el Estatuto de las Comunidades Campesinas, expedida en 1937, y que continua rigiendo la vida en comunidad.

Al igual que en la justicia ordinaria, existen sanciones que varían según su gravedad, misma que será tomada por la autoridad comunitaria competente después del respectivo juzgamiento al infractor.

En el caso de las faltas leves o graves el consejo por parte de la gente mayor siempre está presente. Las primeras incluyen también sanciones económicas y materiales, tales como la restitución de lo robado o el pago de los costos causados por las lesiones físicas. La parte medular de las sanciones constituye el compromiso moral de las partes para no volver a romper el orden social y cultural, sin embargo, por petición de cualquiera de ellas se acostumbra también firmar un acta de conciliación cuya finalidad principal es servir de antecedente, para castigar más severamente en el caso de reincidencia. También a petición de las partes el proceso puede ser desarrollado a puerta cerrada, pero generalmente es abierto al conjunto de la comunidad para que la gente común conozca el procedimiento y los culpables reciban la sanción del colectivo.⁸⁸

La justicia indígena tiene procedimientos propios que difieren de las leyes y códigos existentes en el sistema positivo ordinario. Respetando las particularidades de cada uno de los pueblos indígenas, en general los procedimientos utilizados por las autoridades indígenas tiene las siguientes etapas: *willachina* (aviso o demanda), *tupuykuna* (averiguar o investigar el problema), *chimbapurana* (confrontación entre el acusado y el acusador), *killpichirina* (imposición de la sanción), *paktachina* (ejecución

⁸⁸ Fernando García, "Formas indígenas de administración de justicia: tres estudios de caso de la nacionalidad quichua de la Sierra y Amazonía Ecuatoriana", en <<http://www.alertanet.org/dc-ecufgarcia.htm>> (fecha de consulta: 05 de junio del 2014).

de la sanción). Como podemos observar, al igual que en la justicia ordinaria, la justicia indígena en general tiene su procedimiento propio que inicia por la comunicación a los dirigentes del cabildo en forma oral la petición y concluye con el cumplimiento de las sanciones impuestas por los dirigentes de la comunidad. Al final de este procedimiento, y a través de las formas de sanción comunitaria, la Asamblea como un acto ritual “saca la mala energía” causada por el agresor al cometer un delito. Y con ello vuelve la armonía a la comunidad.

Acto posterior, y luego del respectivo juzgamiento se tomará por parte de la autoridad competente la decisión correspondiente. Las sanciones variaran de acuerdo al tipo de infracción cometida; por ejemplo, en el caso de violación hacia una mujer, la sanción es pagar una cantidad determinada de dinero a la parte afectada. El pago lo impone la asamblea de la comunidad.

En el caso del maltrato físico de los esposos a las esposas, el agresor recibe un castigo físico y moral, en algunos casos las mismas mujeres perjudicadas hacen mención en su demanda sobre el castigo que se debe dar al infractor, las sanciones combinan castigos físicos con aportes económicos, a manera de indemnización.

Quando no se cumpla con el pago de la multa económica las autoridades comunitarias tienen mecanismos de control y seguimiento, incluido la prisión o la retención de una prenda material hasta que se efectúe el pago fijado. Cuando se trata de deudas pendientes la sanción se lo resuelve con prisión “preventiva”, la inasistencia a las mingas comunitarias por parte de los comuneros también es sancionada por el reglamento interno de la comunidad con multas económicas, la falta de cumplimiento de los deberes y obligaciones por parte de las autoridades comunales nominadas por el colectivo también contempla sanciones drásticas y de desprestigio social.⁸⁹

Quando se trata de faltas graves, como el robo, el abigeato o el asesinato, las sanciones ameritan otro procedimiento. Se trata de procesos de administración donde toda la comunidad juzga, incluidos las autoridades y el común de la gente, y constituyen sucesos de especial transcendencia tanto comunal como intercomunal⁹⁰.

Para la ejecución de las sanciones en estos casos no intervienen únicamente las autoridades de la comunidad sino los familiares es decir los padres e incluso los

⁸⁹Pfr. Fernando García, “Formas de administrar justicia: Tres estudios de caso de la nacionalidad quichua de la Sierra y la Amazonía ecuatoriana”, en < <http://www.alertanet.org/dc-ecu-fgarcia.htm> > (fecha de consulta: 02 de enero del 2015).

⁹⁰ *Ibíd.*

padrinos para aconsejar al infractor y luego sancionan dependiendo el caso con el látigo, puede ir acompañado de baños de agua fría; otros casos se castiga con el fuste y baño de ortiga.

Al existir un reglamento dentro de la comunidad, en caso de reincidencia y después del respectivo estudio del caso se puede ser a disponer la expulsión temporal o definitiva del infractor de la comunidad. Las sanciones impuestas tienen la finalidad de corregir al infractor con la finalidad de que no vuelva a cometer los mismos delitos, siendo así se entendería que se trata de una justicia equitativa para todos los miembros de la comunidad, así regresa la armonía a la comunidad.

En ningún caso el infractor pierde su vínculo con la comunidad, por el contrario, se rehabilita a fin de que vuelva el equilibrio natural dentro de la comunidad, teniendo como núcleo fundamental a la familia, quienes servirán de ejemplo para el resto de la comunidad. Por lo tanto, se tratan de sanciones rectificadoras y correctivas que buscan limpiar al comunero ofensor y su posterior reivindicación.

Respecto a las sanciones aplicadas por las autoridades indígenas que muchas veces implican castigos físicos, que han sido considerados por la justicia ordinaria como tratos crueles, denigrantes o inhumanos, se ha afirmando que se trata de un atentado contra los derechos humanos, esto, por cuanto en la Declaración de los Derechos Humanos en su Art. 5 se establece que “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Además, la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, Inhumanas o Degradantes señala en su Art. 1 indica que la tortura es “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras [. . .] No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.”

Sin embargo, para la cosmovisión indígena, como se ha analizado, no busca castigar al miembro infractor como tal, sino sanarlo y para ello poseen procedimientos propios y ancestrales a seguir. Para su análisis, al no existir pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional ecuatoriana me remitiré a lo manifestado por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia No. T001/12 respecto a la tortura señalando

que la intensidad de los dolores o sufrimientos provocados deben ser graves y crueles, por tanto “la intensidad deberá ser analizada a la luz de las circunstancias del caso, como la duración de la condena, sus efectos en la integridad física y la moral del condenado, su sexo, edad o condiciones de salud, e incluso el contexto socio político en el que se practica”.

Igualmente, la Corte Constitucional colombiana respecto a los “castigos físicos” que mal vistos han sido por el sistema jurídico estatal, ha señalado que dichos castigos, en la mayoría de casos constituyen mecanismos con una función de ritual que buscan la sanación de la persona, con el objetivo de reintegrarla a la comunidad y, aunque es indudable que cause dolor físico, no es su finalidad, pues se trata de elementos utilizados por sus miembros a fin de purificar al individuo, esto, dependiendo de sus costumbres. Por último, la sanción a imponerse puede tratarse de la aplicación del cepo, látigo o los ortigazos a fin de reintegrarlo a la comunidad.

A pesar de ello, y del reconocimiento constitucional a este sistema de justicia no se ha dejado de cuestionar fuertemente la legitimidad y la aplicación de los castigos físicos en el sistema de derecho penal indígena. Lastimosamente quienes han contribuido a que se generen este tipo de críticas han sido los medios de comunicación quienes al informar desconocen del tema y se exceden al transmitir la información desconociendo de la aplicación de estas sanciones y sus consecuencias para la comunidad, circunstancia que fue tratada por la Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia la Cocha.

Por tanto, los llamados castigos físicos no pueden ser considerado en ningún caso como linchamiento, porque ello implicaría un juzgamiento sin procedimiento previo que incluso puede llevar a la muerte a quien se lo aplique, situación que no se presenta en la justicia indígena, ya que como se expuso anteriormente, en ella existen procedimientos basados en sus costumbres y derecho propio que obedecen a su cosmovisión y tal como lo dispone el Art. 9 del Convenio 169 de la OIT sobre los pueblos indígenas señala que “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 recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”, teniendo en cuenta el principio de diversidad cultural, en virtud del cual se debe juzgar conforme la cosmovisión y costumbres de la comunidad indígena.

De lo expuesto, los miembros de pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas deben conocer y juzgar todos los delitos que se cometan dentro de su territorio, teniendo como límite los derechos humanos y haciendo uso de sus métodos ancestrales de solución de conflictos sin que se considere en ningún caso tratos crueles, inhumanos ni degradantes. Su conceptualización debe ser a la luz del pluralismo jurídico y la interculturalidad reconocida constitucionalmente.

En caso de existir una limitación a la competencia de las autoridades indígenas respecto a la materia, esta debería referirse a las infracciones que se cometan en contra de la administración pública por la gravedad de la misma.

Capítulo tercero

Análisis de casos relacionados a los límites de la jurisdicción indígena respecto al debido proceso.

3.1. Análisis de jurisprudencia constitucional ecuatoriana.

Dentro de la jurisprudencia ecuatoriana, analizaré el caso que ha constituido un ejemplo del análisis del derecho indígena por parte de la justicia ordinaria y constitucional, se trata del denominado caso *La Cocha*. Que se produjo en la comunidad que lleva el mismo nombre, ubicada en la provincia de Cotopaxi. El caso gira en torno a un delito de asesinato, que fue conocido y resuelto por las autoridades indígenas de dicha comunidad y de conformidad con sus prácticas y derecho ancestral-propio. Sin embargo de lo cual, el caso se volvió a ser conocido y resuelto, esta vez por jueces pertenecientes a la justicia ordinaria, en el cual se inobservaron los métodos y procedimientos establecidos por la comunidad.

Considero que lo resuelto por las autoridades indígenas se encuentra dentro de los parámetros establecidos tanto en convenios e instrumentos internacionales como en la Constitución ya que como lo manifiesta Ximena Ron: “la competencia de las autoridades indígenas es personal, en tanto se aplica a los miembros de la comunidad como autores o víctimas y, es territorial en tanto se aplica a los actos perpetrados en el ámbito geográfico propio de la comunidad indígena”⁹¹ y que se encuentra debidamente garantizada por la Constitución de la República así como del Convenio 169 OIT en su Art. 9 numeral primero y segundo al manifestarse que “las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia”.

Siendo así, “las autoridades competentes de aplicar y ejecutar los derechos indígenas son aquellas autoridades investidas de tal responsabilidad por la comunidad de acuerdo con sus sistemas de organización social y política, en la mayoría de comunidades indígenas del Ecuador, estas autoridades son [...]”⁹² la Asamblea General

⁹¹ Ximena Patricia Ron Erráez, “El Control Constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador”, en < <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2957/1/T1050-MDE-Ron-Control.pdf>> (fecha de consulta: 06 de junio de 2014).

⁹² Lourdes Tibán Guala, Raúl Ilaquiche Licta, *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador* (Latacunga: Fundación Hanns Seidel, 2008), 40.

Comunitaria,⁹³ integrado por un presidente, vicepresidente, secretario y síndico y, la asamblea general, máxima autoridad de la comunidad, encargada de resolver los conflictos más graves o tomar las *decisiones trascendentales*.⁹⁴

El análisis posterior al que se hará referencia, recae sobre las actuaciones de la administración de justicia ordinaria cuando criminalizan las actuaciones jurisdiccionales de las autoridades indígenas, reconocidas en la Constitución de la República del Ecuador, en el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en países independientes y en la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; y, cuando la justicia ordinaria, violando el principio de que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa y materia, inician juicios penales en contra de las personas que ya fueron juzgadas por la jurisdicción indígena.

El resultado de esta obstaculización a la administración de justicia indígena no permite su verdadero desarrollo conforme lo garantiza la Constitución de la República, ya que se deslegitima a la administración de justicia indígena, al no aceptar y comprender el verdadero alcance de sus decisiones.

Es así que la Corte Constitucional, como máximo organismo de control e interpretación constitucional, debe interpretar los fallos de tal manera que se hagan prevalecer los derechos de los pueblos comunidades y nacionalidades de los pueblos indígenas al administrar justicia, en pos de la interpretación cultural de los derechos humanos de sus miembros, debiendo conciliar las diferencias de la visión indígena y la visión euro céntrica.

Al respecto, creo que se ha irrespetado y vulnerado los derechos de la comunidad de La Cocha, vulnerándose el marco jurídico constitucional e internacional que reconoce el derecho a poseer y ejercitar un sistema jurídico propio. Esta

⁹³ La Corte Constitucional Ecuatoriana en la sentencia No. 113-14-SEP-CC del caso la Cocha, determina la competencia de la Asamblea General Comunitaria del pueblo Kiwcha de Panzaleo siendo esta la única que puede conocer los conflictos internos en sus territorios, al ser el máximo órgano para la resolución de conflictos dentro de la comunidad.

⁹⁴ Estas resoluciones por norma constitucional tienen el mismo carácter jurídico y fuerza vinculante que las sentencias expedidas por autoridades jurisdiccionales estatales. Por tanto, sin que se necesite ratificación del sistema judicial estatal, las decisiones jurisdiccionales indígenas surten el efecto de cosa juzgada per se, debiendo ser obedecidas por las partes involucradas, consideradas por la comunidad y respetadas por las autoridades y las instituciones del Estado. El carácter vinculante de las resoluciones jurisdiccionales indígenas impide que una vez emitidas sean nuevamente conocidas por cualquier otra autoridad indígena o estatal, en atención al principio de prohibición de doble juzgamiento (non bis in idem), excepto por parte de la Corte Constitucional en la sustanciación de la acción de control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas, en cuyo caso la autoridad constitucional está facultada para revisar el apego de la resolución ancestral a las normas constitucionales y los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

circunstancia no se ha visto cristalizada en la sentencia dictada por la Corte Constitucional ecuatoriana, ya que pese a que la Corte Constitucional ecuatoriana determinó que las decisiones de la Comunidad *La Cocha* respetaron la Constitución aplicando las sanciones previstas en su propio derecho, siendo conocidas y respetadas por toda la Comunidad y que tiene autonomía jurisdiccional, se establecieron una serie de restricciones inconstitucionales a los sistemas jurídicos indígenas como el hecho de no poder juzgar delitos graves, desconociendo que los pueblos indígenas tienen igual potestad para sancionar que las autoridades ordinarias ya que al resolver un conflicto aplican su propio derecho en su territorio y son autoridades en los mismos; protegen y tutelan el derecho a la vida pese a lo manifestado por la Corte Constitucional.

3.1.1. Caso la Cocha 1.

Como se manifestó en líneas anteriores, uno de los casos emblemáticos de la justicia ordinaria y constitucional de nuestro país, lo constituye el denominado caso La Cocha 1, en el donde se pone en manifiesto la realidad en que viven las comunidades, pueblos y comunidades indígenas, objeto de subordinación y anulación de su administración de justicia, cuando la justicia ordinaria desconoce lo actuado y decidido por el tribunal de la comunidad.

Al momento en que se suscitó el caso no existía desarrollo legal de la norma aplicable para la justicia indígena, ni ley que tipificara la muerte dentro de una comunidad. Sin embargo, la justicia ordinaria lo calificó como delito de asesinato conforme lo establecido por el anterior Art. 450 del Código Penal actual Art. 140 del Código Orgánico Integral Penal. No se consideraron las circunstancias que rodeaban al caso, desconociendo de esta forma que el incidente o delito se originó dentro de una comunidad indígena con facultad para resolver y hacer ejecutar lo resuelto.

Este caso acaeció en Quilapungo, sector de la Cocha el 21 de abril del 2002, después de una fiesta de bautizo tres comuneros de Guantopolo en estado de embriaguez discutieron con otro miembro de la comunidad, propiciándole varios golpes que le causaron la muerte dos días después del ataque. Ante este asunto de extrema gravedad y por pedido de los familiares de los infractores, las autoridades de la Cocha convocaron a una asamblea general para juzgar la tristeza o llaki termino quichua para nombrar a la infracción. La asamblea general resolvió tres tipos de sanciones para los involucrados: 1) El pago de USD 6,000 como compensación a la viuda embarazada y a sus cuatro hijos menores; 2) un castigo físico ritual, también denominado timurina, que consistió en pedir disculpas a la comunidad mostrando los objetos que causaron la muerte del comunero-una roca, un tubo y un

destornillador-, caminar descalzos llevando piedras a sus espaldas, recibir latigazos aplicados por las autoridades de los 13 cabildos vecinos, purificación con un baño medicinal que incluyó la ortiga y agua helada, expulsión de la comunidad durante dos años; y, 3) un acuerdo económico entre los malhechores y la familia del difunto a fin de prodigarles asistencia.⁹⁵

Pese al juzgamiento legítimo por parte de las autoridades competentes indígenas, la justicia ordinaria consideró que al ser el caso de esta magnitud, debería ser aquella la competente para juzgarlo; por ello, el Fiscal de Cotopaxi avocó competencia e inicio la instrucción fiscal en donde se dictó la prisión preventiva de los tres implicados en el asesinato, desconociendo de esta forma, la decisión tomada por el tribunal indígena y contraviniendo las normas constitucionales, así como el convenio 169 de la OIT.

La etapa de juicio fue sustanciada por el juez penal de Cotopaxi, Carlos Poveda Moreno⁹⁶, quien declinó su competencia en favor de la justicia indígena y reconoció su valor constitucional, por tanto manifestó su imposibilidad de juzgar por segunda vez un caso que ya fue juzgado.

Se dictaminó la nulidad de todo lo actuado por el fiscal, en virtud de que las acciones conocidas fueron juzgadas de conformidad a lo que dispone el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política del Ecuador y tomado en cuenta lo establecido en el Convenio N° 169 de la OIT.⁹⁷

El fiscal apeló esta decisión y mediante una nueva resolución, emitida por el tribunal penal de la Corte Superior de Justicia de la Latacunga se determinó que la justicia indígena no tenía competencia para juzgar este delito por su gravedad. Desconociéndose así, la facultad jurisdiccional que tienen las autoridades indígenas para dictar sus sentencias en base de sus propios usos y costumbres, conforme lo establecido en el artículo 171 de la Constitución de la República, donde se prohíbe el doble juzgamiento por un mismo acto. En dicha resolución y respecto al principio *Non Bis In Idem* se manifestó:

⁹⁵ Ximena Patricia Ron Erráez, “El Control Constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador”, en < <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2957/1/T1050-MDE-Ron-Control.pdf>> (fecha de consulta: 30 de junio del 2014).

⁹⁶ En este caso el doctor Carlos Poveda aplicó de manera directa la Constitución de 1998 que señalan la actividad sobre la jurisdicción indígena, en su Art. 1 que determina la pluralidad del Estado ecuatoriano, Art. 163 del mismo cuerpo legal, esto en relación con el Convenio 169 de la OIT en sus Arts. 8, 9, 10, 11 y 12.

⁹⁷ Marcelo Bonilla Urvina, “Pluralismo Jurídico en el Ecuador: Hegemonía Estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena”, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3640/5.pdf>> (fecha de consulta: 02 de julio del 2014).

[...] competente únicamente a la Corte de Justicia en el ámbito de justicia del haber penal, derecho sustentado y galardonado en el conocimiento, en el honor y la justicia sin tramas ni delirios empíricos. Non bis in ídem es un mero lirismo desvanecido por las constancias incontrastables esgrimidas. Tanto en derecho de la prueba material, es obradamente contra natura permitir la vigencia de tribunales o juzgados empíricos proclives al quebrantamiento de la Ley.⁹⁸

Como se colige del texto citado, el fiscal que sustentó la causa desconoce el principio esencial de la jurisdicción, esto es, la facultad de administrar justicia y lo establecido en el Art. 28 del Código Orgánico de la Función Judicial, que implica la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes, esto, en razón del principio de unidad jurisdiccional. Con este antecedente y en concordancia con el Art. 343 del mentado cuerpo de leyes y desde la perspectiva del pluralismo jurídico, esta potestad de administrar justicia también se otorga y reconoce a las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, en ejercicio de su principio de autonomía comunitaria en apego a su derecho consuetudinario, usos y costumbres, que están garantizados tanto por normas constitucionales como por los convenios y tratados internacionales.

Tal como se encuentra establecido por el Código Orgánico de la Función Judicial y en concordancia con lo dispuesto en la Constitución de la República y convenios internacionales, se reconoce y garantiza a los pueblos y comunidades, la misma potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que en la justicia ordinaria pero en ejercicio de su autonomía comunitaria. Esta competencia se encuentra limitada únicamente por el territorio.

Para la justicia ordinaria, la potestad pública de administrar justicia es excluyente cuando se trata de temas relacionados con el derecho a la vida. De esta forma esta exclusión lleva a consolidar el poder de los funcionarios de la justicia ordinaria a través de sus actos y resoluciones, negando el principio de autodeterminación e interculturalidad, entorpeciendo la existencia de un sistema de administración de justicia diferente y garantizada en la Constitución de la República. Se trata en consecuencia, de una prolongación de la dominación por parte del poder estatal

⁹⁸ *Ibíd.*

que vulnera las condiciones de equidad e igualdad de los pueblos y comunidades indígenas.

No se puede desconocer la legitimidad de la justicia indígena cuyo reconocimiento ha ido evolucionando desde la Constitución Política de 1998 hasta la Constitución del 2008. Pese a que sus autoridades no son elegidas por el Estado, en ejercicio de su autonomía, que la propia Constitución de la República le otorga, es la misma comunidad la que las nombra para que administren justicia en base a sus normas y procedimiento propios y decidan sobre los asuntos internos puestos a su conocimiento, siendo la costumbre ancestral de estos pueblos y comunidades, la fuente primigenia para resolver dichos conflictos.

Por otro lado, hay que manifestar que para lograr el cabal cumplimiento de los derechos de los pueblos y comunidades indígenas, la Corte Constitucional será el órgano encargado de impulsar y garantizar su desarrollo, intentando la creación de mecanismos de compatibilidad y coordinación con la justicia ordinaria, en pos de lograr un eficaz acceso a la administración de justicia donde la justicia estatal no ha tenido la eficacia suficiente para garantizar los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sin desconocer su jurisdicción especial que le concede la potestad para resolver sobre hechos que se susciten dentro de su territorio, sean estos tipificados o no, por el sistema de justicia ordinario, toda vez que se trata de un derecho propio que se rige por el principio de autodeterminación de los pueblos indígenas sin ley estatal que la limite ilegítimamente.

3.1.2. Caso La Cocha 2.

El caso La Cocha 2, gira en torno a la competencia material de la jurisdicción indígena y la supuesta violación de derechos humanos por parte de las autoridades de la comunidad. El asesinato cometido en contra de Marco Antonio Olivo Pallo, el Art. 17 del Código Orgánico Integral Penal considera como “infracciones penales “las tipificadas en este Código. Las acciones u omisiones punibles, las penas o procedimientos penales previstos en otras normas jurídicas no tendrán validez jurídica alguna, salvo en materia de niñez y adolescencia”. En el presente caso se calificó como delito de asesinato como se define en el Art. 140 del mismo cuerpo legal.

A modo de resumen, el 10 de mayo del 2010, en la comunidad la Cocha de la parroquia Zumbahua del cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi ocurre la muerte de Marco

Olivo Pallo, quien en circunstancias todavía no establecidas dentro del proceso penal llevado a cabo, apareció estrangulado en las verjas de la plaza pública de Zumbahua después de una fiesta de matrimonio. Inmediatamente se inició una investigación por parte de los comuneros y autoridades de la comunidad.

En fecha 16 de mayo del 2010 se instaló la asamblea con las autoridades indígenas competentes, quienes resolvieron aplicar la sanción respectiva a los cinco acusados conforme sus propios procedimientos internos, a esta asamblea asistieron además la presidenta del Movimiento Indígena y Campesino de Cotopaxi, Dioselinda Iza y el Fiscal de Asuntos Indígenas, Vicente Tibán, y el Jefe Político de la parroquia.

En la asamblea se resolvió que los acusados recibirían las sanciones del baño en agua helada, recibir latigazos, ser ortigados y pagar una indemnización de 5000 dólares a la familia del joven fallecido. La reunión tuvo lugar en el Cabildo, en la cual el acusado principal firmaría un acta de compromiso para rehabilitarse y luego pasar al poder de sus padres para que en los próximos cinco años realice servicio comunitario.⁹⁹

De esta manera se realizó el procesamiento de los acusados, todos miembros de la comunidad de la Cocha, y en la aplicación de la justicia indígena reconocida en la legislación nacional como en tratados internacionales. El viernes 28 de mayo del 2010 el juez primero de lo penal Iván Fabara emite orden de prisión preventiva contra los cinco acusados de este delito, a petición del Fiscal Roberto Guzmán, por lo que fueron llevados a la Cárcel No. 4.

Posteriormente, el juez primero de Garantías Penales de Cotopaxi dictó el auto de llamamiento a juicio en contra de los procesados, elevando el mismo a consulta a la Corte Constitucional, al mismo tiempo los procesados presentaron escritos en los que se indicaron que ya habían sido juzgados por la justicia indígena y que no sería procedente un nuevo juzgamiento por parte de la justicia ordinaria ya que se violarían los derechos humanos de los mismos, en aplicación del principio Non bis In Idem. Recién en fecha 13 de mayo del 2011 salieron en libertad después de permanecer en prisión un año sin sentencia.

Con estos antecedentes, los miembros de la comunidad plantearon una acción extraordinaria de protección a la Corte Constitucional, solicitando a ésta que interprete y

⁹⁹ Pfr. Daniela Flores, “La Justicia Indígena y sus conflictos con el derecho ordinario”, en <http://www.inredh.org/index.php?option=com_content&view=article&id=422%3AAla-justicia-indigena-y-sus-conflictos-con-el-derecho-ordinario&Itemid=57> (fecha de consulta: 30 de junio del 2014).

se pronuncie respecto a la competencia de las autoridades indígenas y que se determine si la justicia ordinaria puede influir en la justicia indígena como lo ha hecho en contra de lo dispuesto en la Carta Magna.

Conforme lo establece el Art. 436 numeral 1 de la Constitución de la República, se delimitan las funciones y competencias de la Corte Constitucional: “La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: 1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.”; de lo que podemos deducir que no existe límite a la capacidad interpretativa de la Corte Constitucional y sus decisiones no podrán ser revisadas por ningún otro organismo, al encontrarnos dentro de un sistema de garantías y de control de constitucionalidad.

Al respecto Ramiro Ávila indica “de lo anterior, se deduce que respecto del nivel de instrumentalidad del derecho/garantía en el texto constitucional es posible ampliar la competencia aun cuando no esté en él explicitada lo cual vuelve a toda competencia jurisdiccional en un Estado constitucional en un mecanismo flexible, el cual puede ser ampliado por los poderes constitucionales en la medida que se garantice la tutela integral efectiva de los derechos.”¹⁰⁰

Al ser así, la intromisión de las autoridades de la administración de justicia ordinarias en las decisiones de las autoridades de la justicia indígena, constituye un acto que violenta los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a aplicar su justicia, reconocida en los Art. 57.7, 171 de la Constitución de la República, además de violar el art. 345 del Código Orgánico de la Función Judicial que señala expresamente que las causas sometidas previamente a las autoridades indígenas no pueden ser conocidas por la justicia ordinaria.

Se desconocen además los artículos 8, 9, 10, 11 y 12 del Convenio 169 de la OIT, y los artículos 3, 4, 5, y 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los cuales señalan la facultad que tienen las colectividades indígenas de aplicar las prácticas y tradiciones propias y sus sistemas jurídicos para la conservación y preservación de su cultura.

¹⁰⁰ Ramiro Ávila, “Nuevas instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano”, <http://www.inredh.org/archivos/pdf/constitucion_final.pdf>, (fecha de consulta: 13 de enero de 2015).

Por lo tanto, se viola el principio non bis in ídem reconocido por nuestra Constitución que determina que nadie puede ser juzgado dos veces por la misma causa, como se dispone en Art. 76. 7 literal i que expresamente señala: “Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”. Este principio constituye un aspecto fundamental dentro de un estado de derechos y justicia ya que garantiza los derechos de las partes a través de la seguridad jurídica de sus actuaciones, siendo su aplicación directa e inmediata.

De lo expuesto, salen a la luz algunas preguntas que deben ser resueltas: 1) los miembros de las comunidades indígenas deben someterse a su jurisdicción indígena o a su propia voluntad, 2) debían o no las autoridades estatales interferir en la justicia indígena, 3) las sanciones impuestas constituyen o no una violación a los derechos humanos de los involucrados, 4) se debe limitar o no el derecho a la jurisdicción indígena.

Los argumentos que tuvieron los procesados fue que se vulneró su integridad física y el debido proceso por no haber existido un juzgamiento público y por no contar con abogado defensor al momento de ser juzgado por el cabildo; sin embargo, argumento no responde a una cosmovisión indígena sino a una lógica occidental como lo establece el Art. 327 del Código Orgánico de la Función Judicial:

“En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Quienes se hallen en incapacidad económica para contratar los servicios de un abogado tendrán derecho a ser patrocinado por los defensores públicos”

En el caso de juzgamiento por autoridades propias de su comunidad y, al gozarse estas de una jurisdicción especial, deberá respetarse el procedimiento interno dispuesto dentro de la comunidad en el caso concreto. Al respecto la Corte Constitucional colombiana ha señalado en sentencia T-866/13 que “los derechos de las comunidades indígenas pueden ser defendidos por sus dirigentes o sus miembros, pues estos gozan de legitimidad para reclamar en sede de tutela la protección de los derechos fundamentales de los cuales goza su comunidad. Así mismo ha admitido que pueden hacerlo las

organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”,

Por ello, si no existe un juzgamiento previo de la comunidad y el miembro infractor solicita ser juzgado por la justicia ordinaria en pos de su derecho de jurisdicción voluntaria, este tiene derecho a un abogado patrocinador que defienda sus intereses cumpliendo lo dispuesto en el Art. 344 del Código Orgánico de la Función Judicial literal b):

“La actuación y decisiones de los jueces y juezas, fiscales, defensores y otros servidores judiciales, policías y demás funcionarias y funcionarios públicos, observarán en los procesos los siguientes principios: b) Igualdad.- La autoridad tomará las medidas necesarias para garantizar la comprensión de las normas, procedimientos, y consecuencias jurídicas de lo decidido en el proceso en el que intervengan personas y colectividades indígenas [...].”

Así, de haber sido juzgado como miembro de la comunidad de forma voluntaria, debe acatar las normas dispuestas para el efecto y considerando que es miembro de la comunidad se aplica la justicia indígena, donde el acusado tiene la facultad de ser él mismo quien ratifique o refute el testimonio de quien lo acusa y explique a la autoridad su propia versión de los hechos, a fin de garantizar el principio Non Bis In Idem.

Del segundo argumento se desprende que al tener sus propias formas de organización social, jurídica y política, las autoridades indígenas tienen la facultad de ejercer jurisdicción dentro de su territorio rigiéndose por sus propias normas y costumbres, capacidad otorgada por el mismo Estado. Por tanto, en el caso analizado, las autoridades tomaron una decisión jurisdiccional fundamentada en la Constitución de la República y Convenio 169 de la OIT, dictando resoluciones que tienen el mismo valor jurídico que el ámbito de la justicia ordinaria. Incluso, podría afirmarse que es obligación de las autoridades indígenas prestar este servicio a la comunidad base de su derecho de autodeterminación, sin que exista interferencia de la justicia estatal.

Respecto al tercer punto Esther Sánchez manifiesta que:

[...] el concepto de sanción para el mundo indígena implica la imposición de mecanismos energéticos para restablecer las condiciones de existencia individual y social, debido a que el sujeto transgresor está enfermo. Para promover la curación del enfermo, las autoridades utilizan dos medidas: 1) afectar el cuerpo del individuo, mediante sanciones como baño de agua fría o tocar el cuerpo con ortiga; y, 2) acciones de control social en las que la comunidad supervisa la sanación. En

consecuencia, a pesar de que estos actos pueden causar dolor, este solo es provocado para lograr la sanación del sujeto enfermo o transgresor, por lo tanto las sanciones aplicadas por la justicia indígena no violan derechos humanos, salvo que se examine a estas sanciones desde los conceptos del Derecho Positivo.

Por lo tanto, las autoridades indígenas que juzgaron este caso lo hicieron en ejercicio del mismo poder jurisdiccional des que están investidas las autoridades de justicia ordinaria pero en apego a sus costumbres, tradiciones ancestrales y derecho propio y, por supuesto, dentro de su ámbito territorial.

Para el tercer argumento, no puede manifestarse que existió el delito de secuestro o plagio por parte de las autoridades indígenas, debido a que la actuación de las autoridades de la comunidad no encaja con el tipo penal de secuestro configurado en el Art. 161 del Código Orgánico Integral Penal, que identifica al secuestro como: “la persona que prive de la libertad, retenga, oculte, arrebate o traslade a lugar distinto a una o más personas, en contra de su voluntad, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años”.

De tal forma que no existiría la comisión de delito de secuestro por parte de las autoridades indígenas ya que para que la justicia indígena se active, se requiere del consentimiento o voluntad de los implicados.

Para evitar estos tipos de conflictos entre la justicia ordinaria e indígena sería procedente limitar legítimamente la competencia de las autoridades indígenas sin que se vulnere sus costumbres ancestrales. Asimismo considero que la Corte Constitucional ecuatoriana en la sentencia del caso *La Cocha* , huye de su deber constitucional de indicar con claridad cuál es el alcance de la jurisdicción indígena, y si dentro de estas prácticas ancestrales se garantiza o no el derecho fundamental de debido proceso.

El doctor Ramiro Ávila Santamaría, recogiendo algunos conceptos manifiesta: “en estos casos se demuestran que para los indígenas todo hecho, por grave que fuere, tiene una solución. Para la justicia penal hay casos, como la muerte, que no tiene solución y por lo tanto procede la cárcel. No permitir juzgar estos problemas sería no solo usurpar el conflicto a las víctimas sino también usurpar el conflicto a las

comunidades. Los pueblos indígenas tienen, pues, derecho a aplicar justicia en todas las materias”.¹⁰¹

Aunque la Corte Constitucional ecuatoriana dictó la sentencia en el caso *La Cocha*, en la que reconoce parcialmente la justicia indígena en el Ecuador no ha garantizado eficazmente los derechos de dichos pueblos y comunidades restringiendo, de esta manera, las competencias de los sistemas jurídicos indígenas. En definitiva se ha transgredido el pleno reconocimiento de los sus derechos ancestrales en el marco de un pluralismo jurídico igualitario, consagrados en la Constitución de la República así como en los convenios e instrumentos internacionales sobre la materia.

3.2. Análisis del pronunciamiento de la Corte Constitucional en caso penal de administración de justicia indígena y reglas jurisprudenciales.

Los denominados casos *La Cocha 1 y 2* son de trascendental importancia dentro del tratamiento que la justicia ordinaria y constitucional le ha otorgado, toda vez que en dicho caso se procedió al juzgamiento de personas indígenas por delitos de homicidio y asesinato al interior de su comunidad. Esto motivó que los citados casos sean conocidos, en última instancia, por la justicia constitucional, a fin de que se pronuncie al respecto, y defina el alcance y límites de la administración de justicia indígena; siendo el primer caso el que parte del análisis de las normas constitucionales y convencionales, en relación al otorgamiento de jurisdicción y competencia a las autoridades indígenas para la solución de los conflictos que se generen en el interior de sus comunidades.

En el denominado caso *La Cocha 2*, pese a lo decidido en asamblea general, el análisis de la justicia ordinaria fue que se configuró el delito de asesinato que se encuentra tipificado y sancionado por el Art. 140 del Código Orgánico Integral Penal reprimido con pena privativa de la libertad de 22 a 26 años, al tratarse de un homicidio que cumplía con algunas de las circunstancias atenuantes a las que se refería mentado artículo. Los antecedentes del caso se suscitaron el 9 de mayo de 2010, cuando Marco Antonio Olivo Pallo es encontrado muerto, acto en el cual cinco jóvenes se encontraron involucrados.

¹⁰¹ Ramiro Ávila Santamaría, “La prisión como problema global y la justicia indígena como alternativa local. Estudio de caso.”, en <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/391/File/Paper%20Spondylus%20112/RamiroAvila%20%5BLa_prision%5D.pdf> (Fecha de consulta: 10 de enero de 2015)

Apenas se conoció la noticia, las autoridades de la comunidad indígena de Guantopolo, decidieron, conjuntamente con los familiares de los acusados y con consentimiento de los mismos, entregarlos al Cabildo de la comunidad *La Cocha* para que sea esta autoridad quien los juzgue, esto, en apego a lo dispuesto en la Constitución de la República y en el artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial y 1, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT. Finalmente en aplicación de sus normas ancestrales, las autoridades indígenas de la comunidad conocieron el caso, a petición de las partes involucradas, y determinaron la culpabilidad de los implicados e impusieron las sanciones respectivas.

Con posterioridad, los cinco jóvenes manifestaron que se habían vulnerado sus derechos establecidos en los Artículos 66 numeral 3 literales a y e, 76 numeral 7, literales a, b, e y g, 77, 83 numeral 2, y 426 de la Constitución, 5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por tanto, trataron de desconocer y deslegitimar las decisiones tomadas por las autoridades indígenas. Sin embargo, hay que recalcar que la administración de justicia indígena debe ser entendida y reconocida desde la corriente del pluralismo jurídico, donde se reconozca la interculturalidad y en consecuencia, se respete y garantice el pleno ejercicio de su jurisdicción que, en ningún momento como hemos visto, es contraria a la Constitución o tratados internacionales.

Este concepto de pluralidad, reconocido constitucional e internacionalmente abarca la existencia de diversos sistemas normativos dentro de un mismo espacio geopolítico. Si nos remitimos al artículo 1 de la Constitución de la República encontraremos una referencia implícita, al reconocer la plurinacionalidad e interculturalidad como características del Estado ecuatoriano, lo que implica el reconocimiento y garantía de sus procedimientos otorgándoles iguales derechos y garantías para su pleno desarrollo y vigencia, en tanto que no vulneren normas constitucionales ni instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Continuando con el análisis, en fecha 8 de junio del 2010, el hermano de la víctima presenta una acción extraordinaria de protección, basándose en que del acta de resolución emitida por las autoridades indígenas de la comunidad *La Cocha*, donde se estableció la culpabilidad de los acusados respecto del asesinato de su hermano, tuvo origen en una solicitud fundamentada en los Arts. 171 de la Constitución de la República y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial. Manifiesta además que

existió intervención por parte de la justicia ordinaria sin respeto de las normas constitucionales y legales que no aceptaron lo resuelto por la jurisdicción indígena.

De lo manifestado por el legitimado activo, se solicita a la Corte Constitucional que determine:

a. Si las autoridades indígenas de La Cocha, al momento de ejercer funciones jurisdiccionales, en este caso concreto, podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Palio, ocurrido en el territorio indígena de la parroquia de Zumbahua.

b. Si la resolución de las autoridades de la comunidad de La Cocha se apega o no al mandato constitucional del artículo 171 y artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial.

c. Si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales y si estos son actos de salvajismo, barbarie y primitivismo, como varias autoridades del Estado han sostenido.

d. Si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena, y en apego al debido proceso, cometieron el delito de secuestro o plagio.

e. Los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes. Una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferido por las autoridades de la justicia ordinaria. Que se disponga cuáles son las formas de coordinación y cooperación que deben tener entre las autoridades de los dos sistemas jurídicos, para lograr la eficacia y armonía entre sí.

g. Si es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Palio, que ya fueron juzgados por la justicia indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento, bajo órdenes de la justicia ordinaria.

h. En caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena, cuáles son los mínimos jurídicos que las autoridades indígenas deben observar, y

1. Sírvase resolver si las autoridades de la Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la Constitución.¹⁰²

Después de definir su competencia la Constitucional delimita los problemas jurídicos a resolver:

¹⁰² Res. No. 113-14-SEP-CC de 30 de julio del 2014, Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 0731-10-EP caso La Cocha (juez ponente: Patricio Pazmiño), en <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0731-10-EP.pdf> (31 de julio del 2014), 4-5.

1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?
2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?¹⁰³

Con fecha 30 de julio del 2014, la Corte Constitucional dicta sentencia respecto a la acción extraordinaria de protección signada con el código 0731-10-EP caso conocido como “La Cocha”, con un voto salvado del Dr. Fabián Jaramillo, se resolvió:

“Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria. Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios. 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.”¹⁰⁴

Así mismo, se establecieron normas de aplicación obligatoria para los diferentes medios de comunicación públicos, privados y comunitarios, indicando que es obligación de todo medio de comunicación que para la difusión de casos de justicia indígena, previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y, comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción.¹⁰⁵

¹⁰³ Ibíd., 11-12.

¹⁰⁴ Ibíd. 34-35.

¹⁰⁵ Ibíd.

Soy del criterio de que esta obligatoriedad de requerir autorización para difundir la noticia, coarta de manera muy invasiva el derecho de información de la ciudadanía. Lo que debería propenderse es que la difusión de la información sea contextualizada dentro del pluralismo y la interculturalidad, para ello es necesario que los comunicadores tengan elementales conocimientos de cosmovisiones y cosmovivencias de los pueblos indígenas para evitar sensacionalismo y confusiones entre la justicia indígena.

De la decisión tomada por la Corte Constitucional, al amparo del Artículo 171 del texto constitucional, podemos determinar que ya existe un límite constitucional al ejercicio de funciones de las autoridades de los pueblos, comunidades y nacionalidades de los pueblos indígenas cuando se establece que estos podrán resolver todos los conflictos internos que se susciten dentro de su territorio en relación con lo dispuesto en el Convenio 169 de OIT que dispone que deben respetarse los métodos utilizados "para la represión de los delitos cometidos por sus miembros", por tanto al existir un límite no sería constitucional imponer ningún tipo de regulación.

Del estudio del caso concreto y de los peritajes técnicos obtenidos, esta Corte encuentra que el sistema de justicia en el pueblo Kichwa Panzaleo, al cual pertenece la comunidad de La Cocha, cuenta con los siguientes elementos que deben ser resaltados: a) Un conjunto de autoridades propias, socialmente reconocidas; b) Reglas de conducta que exteriorizan valores perfectamente identificables por todos los miembros de la comunidad; e) Existencia de una costumbre tradicional de resolver los conflictos internos a través de un procedimiento reconocible por todos los miembros de la comunidad; y, d) Medidas correctivas o "sanciones" reconocidas, aceptadas y acatadas por toda la comunidad.¹⁰⁶

Con el reconocimiento de los derechos colectivos que la Constitución atribuye a este grupo social; la capacidad jurisdiccional de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas deber ser desarrollada progresivamente desde una visión de la interculturalidad y plurinacionalidad de los pueblos. Es deber del Estado garantizar su respeto y aplicación, y de la misma forma es importante analizar su significado y alcance. La plurinacionalidad como bien indica la Corte Constitucional, comporta un concepto de nación que reconoce el derecho de las personas a identificar su pertenencia, no solo con cierto ámbito geográfico, sino además con una cultura determinada

¹⁰⁶ *Ibíd.*, 20.

haciendo alusión a la convivencia de varias naciones culturales o pueblos étnicamente distintos dentro de una gran nación cívica.

Mientras que la interculturalidad está vinculada directamente con la sociedad y las relaciones y articulaciones entre los pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales, así como a entidades que coexisten en la nación cívica, estos dos conceptos se vinculan directamente para su desarrollo, enmarcados dentro de los principios de diversidad, igualdad, non bis in ídem, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural.

Estos conceptos, fortalecen la idea de Estado que reconoce y garantiza nuestra Constitución, formando parte integral del sistema jurídico nacional, siendo innegable su existencia, condición que la Corte Constitucional no considera del todo al momento de su análisis, pese a que a partir del marco normativo constitucional e internacional de los derechos humanos se reconoce la existencia y estructura propia de los pueblos indígenas, así como una autoridad investida de poder para conocer, resolver y sancionar los conflictos internos dentro de su propia comunidad en apego a sus propias costumbres y procedimientos dentro de su ámbito territorial; que es ejercido por la llamada autonomía jurisdiccional, que no es más que el reconocimiento que hace el Estado para que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas cumplan funciones jurisdiccionales y resuelvan fecalmente sus conflictos internos, siempre que no sea contrario a la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Como bien lo manifiestan los abogados Ernesto Pazmiño Granizo, defensor público general del Ecuador, Jorge Paladines Rodríguez y abogado Luis Ávila Linzán, funcionarios de la Defensoría Pública en el análisis realizado en la sentencia la Cocha:

[...]el texto constitucional es un límite material al ejercicio de los sistemas de justicia indígena pues impide que se desborde mediante el sistema de garantías, y cierra la posibilidad de que las reformas civilizatorias y decididas por el legislador constituyente sean burladas, lo que significa que lo que el texto constitucional no ha diferenciado explícitamente, no puede hacerlo la Corte Constitucional en su papel de máximo intérprete, y que los derechos constitucionales obligan al Estado a materializarlos a través de las leyes, políticas públicas y sentencias.¹⁰⁷

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 7.

En consecuencia, las sentencias de la Corte Constitucional en los casos La Cocha 1 y 2, se estaría limitando el ejercicio de la justicia indígena, y no se estaría realizando una verdadera interpretación de lo que significa la pluriculturalidad e interculturalidad de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, cuyo sistema se encuentra garantizado por los lazos comunitarios de épocas ancestrales, y no por un sistema de partes procesales como en la justicia ordinaria. Por lo tanto, se estaría desconociendo los derechos que la Constitución de la República garantiza a estas colectividades.

Al no existir un cuerpo normativo positivizado que proteja la administración de justicia indígena que se fundamenta en el derecho consuetudinario de cada pueblo y comunidad, y en sus propios usos y costumbres; la justicia indígena se ve disminuida y desprotegida por el desconocimiento que existe y sobre todo por el concepto que posee el resto de la sociedad respecto a sus costumbres y tradiciones.

La misma Organización Internacional del Trabajo a través de su Convenio 169 Artículo 8 numeral 2, hace referencia a la obligación que tienen todos los Estados de garantizar la conservación de las costumbres e instituciones de los pueblos y comunidades, esto, como parte de su derecho propio, mismo que al ser reconocido por nuestro país constituye parte del sistema normativo nacional y por tanto se consideran normas jurídicas de inmediata aplicación por y ante cualquier autoridad estatal.

Si nos remitimos a lo establecido por el Artículo 171 inciso segundo de la Constitución de la República, la Corte Constitucional debe garantizar que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad, la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria; más no de interferir con la misma imponiendo límites que van más allá de sus facultades y que son regresivos afectando la *progresividad*¹⁰⁸ de los derechos y en consecuencia, inconstitucionales.

Por tanto, toda interpretación que realice la Corte Constitucional debe considerar los principios de aplicación e interpretación normativa como son: el principio pro

¹⁰⁸ En virtud de lo establecido por el Art. 7 de la Constitución de la República el contenido de los derechos deberán desarrollarse de manera progresiva a través de normas y jurisprudencia, debiendo la Corte Constitucional desarrollar su contenido en forma progresiva y no regresiva.

homine y pro libertatis, de tal manera que sea lo más favorable a la persona humana y su libertad, que en el presente caso implica el hacer respetar las decisiones tomadas dentro de la jurisdicción indígena por parte de sus autoridades, esto al amparo del Art. 426 de la Constitución de la República que manifiesta que “no podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni negar el reconocimiento de tales derechos.”

Tanto la Constitución de la República como los convenios internacionales sobre derechos humanos reconocen y garantizan la existencia de una estructura jurídica propia de los pueblos indígenas así como su propio procedimiento de juzgamiento. Para su validez debe contarse con la existencia de algunos elementos como una autoridad que sea reconocida por la comunidad, reglas de conducta conocida y aceptada por toda la comunidad, costumbre de resolver conflictos y sanciones que acatadas por sus miembros.

En el presente caso, es innegable la existencia de una autoridad que guía a la comunidad y es quien decide y sanciona. Esta autoridad es reconocida por todos los miembros de la comunidad, por tanto tiene facultades y competencias propias que como bien indica la Corte Constitucional, viene de tiempos de la conquista y que con el paso del tiempo se han consolidado dentro de cada comunidad. Por tanto, sus decisiones son de obligatorio cumplimiento y dentro del marco del derecho consuetudinario tienen el valor de cosa juzgada, tornándose imposible negar su existencia mucho menos el peso de sus decisiones, que como se puede constatar son el resultado de un estudio y deliberación colectiva.

Como bien se indica en el voto salvado del doctor Fabián Jaramillo “es importante determinar que la comunidad únicamente interviene y asume conocimiento cuando las partes así lo solicitan y siempre que se traten de delitos que alteren su armonía y equilibrio no se trata de una intervención obligatoria, por tanto no actúan de oficio y ante estas circunstancias existe la posibilidad de que el agraviado no denuncie el hecho y que la justicia indígena no juzgue la infracción”¹⁰⁹, realizando un amplio análisis sobre el proceso de juzgamiento, con suficiente solvencia y rigurosidad técnico-jurídico.

¹⁰⁹ Pfr. *Ibíd.*, 29.

Siendo un procedimiento que inicia a petición de parte por denuncia dentro de la comunidad, no podría existir un procedimiento de oficio, incluso las autoridades indígenas podían declinar el conocimiento del mismo, solo para que en este caso sea el Estado a través de la justicia ordinaria, investigar, conocer y sancionar estos delitos, en respeto de su actividad jurisdiccional.

En el caso bajo análisis, conforme se evidencia en los peritajes antropológicos efectuados por los expertos, el pueblo Panzaleo de la nacionalidad Kichwa de Cotopaxi si juzga atentados contra la vida, es más, específicamente en la comunidad de La Cocha, por los antecedentes que han sido documentados y referidos por especialistas en la materia, ya se ha juzgado con anterioridad otros conflictos internos de la misma naturaleza, esto es derivados de atentados contra la vida. Por lo tanto, en el caso concreto, al momento de ocurridos los hechos, no ha existido riesgo de impunidad ya que la comunidad indígena de La Cocha, a través de sus autoridades y respetando el debido proceso consagrado dentro de su derecho propio, se conoció, investigó, juzgó y sancionó oportunamente la muerte ocurrida dentro de su territorio, actividad jurisdiccional que se cumplió a partir del ruego de parte efectuado por los familiares de la víctima, Marco Antonio Olivo Pallo.¹¹⁰

Por tanto, no se puede restar valor al procedimiento llevado a cabo por las autoridades de la comunidad, que dentro de su derecho propio tienen validez y eficacia jurídica. No sería posible decir que no se resuelve en base del bien jurídico de la vida sino únicamente en favor del restablecimiento de la armonía, toda vez que uno es llevado de la mano del otro. El valor de la vida, se le da un valor como tal de convivencia común, de entendimiento social y de armonía con los que les rodean.

A la luz de una interpretación intercultural, este tipo de sanciones no constituyen prácticas que tengan como fin la tortura o la degradación de la dignidad de las personas; por el contrario, son medios tradicionales propios de sus costumbres con un alto significado simbólico que tienen por objeto devolver a los infractores su función dentro de la comunidad y su dignidad como miembro de la misma. Tomando en consideración la naturaleza jurídica de la justicia indígena como comunitaria, colectiva, esta se rige por lazos de comunitariedad, por ello se define a los colectivos humanos originarios milenarios como comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades, diferente a la justicia ordinaria.

¹¹⁰ *Ibíd.*, 30.

En la justicia indígena, el daño ocasionado, esto es, la afectación a la vida como derecho subjetivo es lo que conlleva a la falta de armonía dentro de la comunidad y es por eso que la comunidad lo juzga y sanciona como un conflicto de las familias involucradas y por tanto, debe ser resuelto a fin de restaurar la armonía de la comunidad. Como lo manifiesta el doctor Fabián Jaramillo en su voto salvado “cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad.”

Por otro lado, al analizar el caso de los medios de comunicación, es indispensable que estos difundan su información dentro del marco del pluralismo e interculturalidad, con conocimiento de que no se tratan de sanciones crueles o denigrantes, todo lo contrario, son actos que tienen como finalidad la sanación del involucrado con su reinserción a la comunidad y que restauran el equilibrio dentro de la comunidad, a la luz de la Constitución de la República su artículo 18 y el Convenio 169 de la OIT, por tanto sus decisiones deben ser respetadas y en favor del derecho de las personas de ser bien informadas. Es por ello que al emitir cualquier tipo de noticia deben hacerlo personas que tengan conocimiento sobre la práctica de la justicia indígena a fin de garantizar una información debidamente contextualizada, que entienda sus costumbres y no la distorsione al momento de su emisión.

Por lo expuesto la resolución, tomada por las autoridades indígenas de la comunidad de La Cocha, es el resultado de su cosmovisión y ejercicio de sus facultades jurisdiccionales, enmarcadas dentro de su identidad cultural. Lo resuelto por sus autoridades tiene fundamento en su derecho propio, según sus costumbres ancestrales, donde se protegió la vida en su sentido mismo, al resolver el conflicto lo hicieron en base de su derecho propio, respetando las normas constitucionales y de esta forma, haciendo uso efectivo y legítimo de sus derechos consagrados en el Artículo 171 de la Constitución de la República e instrumentos internacionales de derechos humanos. A través de la resolución indígena se garantizó la seguridad jurídica y como consecuencia de aquello, el derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva.

Desde mi punto de vista, esta sentencia desconoce y vulnera lo dispuesto en la Constitución de la República específicamente el Art. 1 que define al Estado como plurinacional e intercultural. La disposición constitucional impone estrictos y suficientes límites al ejercicio de los sistemas de justicia indígena, cualquier regulación, aún

jurisprudencial, significaría una limitación inconstitucional que además, haría imposible su funcionamiento y existencia como una de las manifestaciones más importantes del Estado plurinacional, por lo que, la Corte tiene un mandato ineludible de desarrollar en progresivo y no regresivo los sistemas de justicia indígena a través de su jurisprudencia y, si tiene dudas de una determinada interpretación, es preciso aplicar la hermenéutica intercultural o en su defecto el principio de la interpretación pro justicia indígena.

Conclusiones.

La pregunta central planteada para este trabajo investigativo fue ¿cuáles son los límites, que en el marco del derecho al debido proceso, deben regir las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas en materia penal?, He aquí sus conclusiones:

La justicia indígena, constituye un sistema jurídico que cuenta con normas, principios y procedimientos propios basado en sus propios usos y costumbres ancestrales, al responder a la diversidad étnica de cada comunidad es un sistema que se encuentra en constante evolución, por tanto, para ser comprendida y aplicada debe ser observada desde su propia cosmovisión, esto es, de convertir al infractor en un individuo positivo para su comunidad.

Este reconocimiento de sistemas jurídicos diversos, fue plasmado en la Constitución de 1998 pero sería en la Constitución del 2008 donde se garantiza a estos pueblos indígenas nuevos derechos colectivos que permitirán afianzar la existencia del pluralismo jurídico dentro del país. Sus prácticas, usos y costumbres propias, así como su procedimiento ha sido desarrollado a lo largo del tiempo en base de su cosmovisión, donde no ha existido división de materias porque se tratan de la resolución de conflictos de distinta naturaleza aplicando medidas consuetudinarias, de acuerdo a las realidades y necesidades de cada uno de los pueblos indígenas, pues los “usos y costumbres indígenas, o bien, los sistemas normativos indígenas, constituyen parte del campo jurídico y como tales deben ser entendidos como un derecho propio”.¹¹¹

Al ser un derecho fundado en la costumbre, sus mecanismos son propios y no pueden ser considerados como tratos crueles, inhumanos o degradantes, como se expuso en líneas anteriores, ya que se tratan de procedimientos ancestrales que han sido aceptados y reconocidos por cada comunidad y que únicamente buscan *sanar al infractor* con la finalidad de que se restablezca la armonía dentro de sus comunidades, siempre y cuando estos no vulneren los mínimos jurídicos establecidos, y que, como tal que encuentran garantizados tanto por la Constitución de la República como por tratados y convenios internacionales.

¹¹¹ Elisa Cruz Rueda, “Principios generales del derecho indígena”, en Huber Rudolf, coordinador, *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*, (Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2008), 29.

Como se ha puesto en manifiesto existe una tantos procedimientos y reglamentos internos como sistemas jurídicos indígenas, por tanto es imposible determinar cada una de las formas de administración de justicia; más, se ha intentado analizar los puntos concordantes de los mismos. La coordinación entre cada pueblo, nacionalidad y comunidad y sus autoridades es diferente, de acuerdo a las formas organizativas, autoridades y escenarios que ellos determinen como parte fundamental de su sistema jurídico y de respeto por parte del sistema jurídico estatal, ello como resultado de su constante evolución.

A partir de esta consideración, el acercamiento de estos distintos sistemas jurídicos debería efectuarse paralelamente: por una parte, reconociendo a las autoridades indígenas sus procedimientos y normas consuetudinarias propias, así como sus tradiciones y prácticas sociales y culturales. Por otra parte, al aplicar la legislación nacional, las autoridades estatales deberían tener en cuenta la condición de pertenencia de un individuo o grupo a una comunidad indígena, para así otorgar los derechos que garanticen una adecuada defensa y protección jurídica en pos del debido proceso.

Viéndolo así, los sistemas indígenas y ordinarios no son incompatibles, las diferencias que existen son por el origen de su Derecho más ello permite avizorar sus concordancias, esto si consideramos que ambos tienen procedimientos propios para su juzgamiento que tienen como finalidad el lograr la paz social con justicia, que es una aspiración de una realidad que es diversa, y los mecanismos existentes no son más que medios para lograr este objetivo, dentro de los límites establecidos por la Constitución de la República así como de convenios y tratados internacionales.

Sería importante que se dicte una ley de coordinación entre estos dos sistemas de administración de justicia, pese a esto, no puede dejarse de aplicar y garantizar, el Estado debe hacer compatible estos sistemas de justicia a fin de preservar su convivencia pacífica dentro de su territorio garantizando sus derechos como ciudadanos y en respeto a la diversidad étnica y cultural de cada comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, en este esfuerzo, es vital la participación de las autoridades e instituciones de la administración de justicia ordinaria.

El aspecto territorial de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, determinará la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas en relación con el sistema ordinario, y la autonomía al interior de ellas, sin que ello implique un limitante a su administración de justicia siendo obligación de las autoridades ordinarias

la de respetar los derechos de estos pueblos y la de inhibirse de conocer el caso, con la consiguiente devolución a la autoridad indígena competente, coadyuvando así a la tan ansiada autonomía de los pueblos y nacionalidades indígenas; circunstancia que se reafirma con la Constitución de la República del Ecuador así como con el Código Orgánico de la Función Judicial conforme a sus normas, procedimientos y sanciones propias esto en garantía de su derecho a la identidad.

Sin embargo, cualquier miembro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena puede someterse a la justicia ordinaria de así requerirlo, ya que como se dejó indicado se trata de una justicia que funda su origen en la voluntad de las partes si ello no existe pues no habrá juzgamiento. Por ello, la intervención del Estado debe ser mínima y respetando la autonomía y derechos de estos pueblos, y con el fin de compatibilizar y sistematizar los diferentes sistemas que existen dentro del país garantizando sus decisiones y conservando su existencia tal como se encuentra dispuesto en la Constitución de la República, esto a través de precedentes que evidencien de forma real la administración de justicia indígena con la intervención de profesionales que conozcan la esencia misma del derecho indígena como tal.

Pese a lo establecido en la Constitución y convenios internacionales, se vulnera el principio *non bis in ídem* al no respetarse el derecho colectivo de los pueblos indígenas y su administración de justicia, sin considerar que se trata de dos jurisdicciones que son de la misma jerarquía.

Con el desarrollo del tema, se ha podido demostrar que no existe ningún problema en que las comunidades, pueblos y comunidades indígenas administren justicia haciendo uso de su facultad jurisdiccional para resolver, conocer y obligar a su cumplimiento haciendo uso de la fuerza pública que la comunidad reconoce respetando el derecho humano de los infractores. La determinación de competencias para ambas administraciones de justicia es clara, conforme lo establece la Constitución de la República, como se pudo resaltar del análisis realizado a la sentencia del caso *La Cocha* donde en ejercicio de su derecho de autonomía podía resolver dentro de su circunscripción territorial.

La sentencia del caso *La Cocha* pese a constituir un precedente sobre la administración de justicia indígena en el país no establece claramente la competencia de las autoridades indígenas dentro de su jurisdicción. Tampoco acepta la existencia de una verdadera justicia indígena, de las colectividades indígenas, es más, se vulneran los

derechos legal y constitucionalmente protegidos tanto por los fallos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Convenio 169 de la OIT y la misma Constitución de la República, al desconocer parcialmente su potestad de administrar justicia coartando sus derechos y desconociendo costumbres y usos ancestrales.

A lo largo del análisis de esta sentencia se nota un verdadero desconocimiento de los valores propios del sistema jurídico ancestral, lo que lleva a catalogarla de forma errada y considerar el sistema ordinario como más humano. Como se dijo anteriormente, para que esto ocurra es necesario el estudio de profesionales que tengan conocimiento de la cosmovisión indígena, a fin de que se respete la diversidad étnica y cultural de este nuevo sujeto de derechos con autonomía, donde prevalezca el sistema normativo propio de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas.

En conclusión, bajo el nuevo modelo constitucional y desde la perspectiva del pluralismo jurídico, donde coexisten un conjunto de sistemas jurídicos indígenas, es importante que las decisiones tomadas por las autoridades indígenas sean garantizadas en base a su cosmovisión indígena, usos y costumbres ancestrales brindando seguridad jurídica a sus decisiones dentro del marco del respeto a los derechos del ser humano. Para ello las autoridades ordinarias deben generar un sistema normativo que permita su fortalecimiento de la identidad colectiva de estos pueblos, mismos que son sujetos de un conjunto de derechos y obligaciones que la misma Constitución de la República les otorga, a fin de propiciar un verdadero entendimiento intercultural, de concertación intercultural con ello generar una verdadera coexistencia y coordinación entre los sistemas de justicias dentro del país.

Bibliografía.

- Andrade Dávila, Juan Carlos. “La competencia de las autoridades indígenas tradicionales en el juzgamiento de delitos penales”. En *Revista Iuris Dictio de la Universidad San Francisco de Quito*. Quito: No. 6, 2002.
- Andrade, Santiago. Luis A. Ávila Linzán. Editores. *La Transformación de la Justicia*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos humanos. 2008.
- Ávila, Ramiro. “Neoconstitucionalismo y sociedad”. En serie justicia y derechos humanos 1. Editor. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos humanos. 2008.
- Ayala, Enrique. *Interculturalidad camino para el Ecuador*. Quito: Ediciones la Tierra. 2011.
- Bernal, Angélica. Compiladora. *De la exclusión a la Participación: Pueblos Indígenas y sus Derechos Colectivos en el Ecuador*. Quito: Editorial AbyaYala, 2000.
- Borja Jiménez, Emiliano. *Introducción a los fundamentos del Derecho Penal Indígena*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001.
- Cruz Rueda, Elisa. “Principios generales del derecho indígena”. En Huber Rudolf. Coordinador. *Hacia sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- De Sousa Santos, Boaventura. Agustín Grijalva Jiménez. Editores. *Justicia Indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*. Quito: Editorial AbyaYala, 2012.
- Flores Giménez, Fernando. Editor. *Constitución y pluralismo jurídico*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2004.
- Galarza Paz, Galo. “Justicia y derecho en la administración de justicia indígena”. En Judith Salgado. Compiladora. *Justicia indígena: aportes para un debate*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar UASB, 2002.
- Giraudó, Laura. Editora. *Cuadernos y debates: Derechos, costumbres y Jurisdicciones Indígenas en la América Latina Contemporánea*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- González Galván, Jorge Alberto. “Derecho Indígena”. En *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma*. México: 1997.

- Grijalva, Agustín. “Constitucionalismo en el Ecuador”. En *Pensamiento Contemporáneo* 3. Quito: Corte Constitucional para el Periodo de Transición, 2012.
- Huber, Rudolf. Juan Carlos Martínez, Cécile Lachenal, Rosembert Ariza, coordinadores. *Hacia los sistemas jurídicos plurales: reflexiones y experiencias de coordinación entre el derecho estatal y el derecho indígena*. Colombia, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.
- Ilaquiche, Raúl. *Pluralismo jurídico y administración de justicia indígena en Ecuador. Estudio de caso*. Quito: 2004.
- Llásag, Raúl. “Discriminación a los pueblos indígenas: un enfoque jurídico”. En INREDH. *Diversidad: ¿sinónimo de discriminación?*. Quito: Serie Investigaciones 4, 2001.
- Llásag, Raúl. “Los derechos colectivos y el movimiento indígena”. En *Centro de Estudios Políticos y Sociales, Generalitat Valenciana y CONAIE*. Quito: 2000.
- Llásag, Raúl. *Plurinacionalidad: una propuesta constitucional emancipadora*. En Serie Justicia y Derechos Humanos 1. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Obieta Chalbaud, José A. *El Derecho Humano de la Autodeterminación de los Pueblos*. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.
- Serrano Pérez, Vladimir. *El derecho Indígena*. Quito: Editorial AbyaYala, 2012.
- Torres Galarza, Ramón. *Derechos de los pueblos indígenas: situación jurídica y políticas de estado*. Quito: vol. 46, 1995.
- Tibán, Lourdes. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. Latacunga: Fundación Hanns Seidel, 2008.
- Trujillo, Julio Cesar, Agustín Grijalva. Ximena Endara. *Justicia Indígena en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.
- Trujillo, Julio Cesar. “Justicia indígena y pluralismo jurídico”. En Laura Giraud. Editora. *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- Vidal Perdon, Jaime. “La tutela y los procedimientos administrativos”. En *Revista Pensamiento Jurídico “La acción de tutela”*. Quito: No. 7, 1996.
- Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo Jurídico*, Madrid: Eduforma, 2006.

Legislación Ecuatoriana

Código Orgánico de la Función Judicial [2009], R.O.- s. 544 de 09 de marzo de 2009.

Constitución Política del Ecuador [1998], R.O.- s. 278 de 18 de marzo de 1998.

Constitución de la República del Ecuador [2008], R.O.-s 449 de 20 de octubre de 2008.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [2008], R.O 52 de 22 de octubre de 2009.

Código Orgánico Integral Penal [2014], R.O.-s 180 de 10 de febrero de 2014.

Otros

Res. No. T-496-06 de 26 de septiembre de 1996, de la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en el juicio de Libardo Guainas Finscue en contra del Juzgado Tercero Penal del Circuito de la Plata, Huila.

Res. No. 0008-09-SAN-CC de 18 de diciembre de 2009, del Pleno de la Corte Constitucional, en el caso Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas 'AMAWTAY WASI' contra el CONESUP publicado en el Registro Oficial 97-S, 29-XII-2009.

Res. No. T-549/07 de 19 de julio de 2007, de la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia, de la Acción de tutela de Leónidas Acalo Campo contra los Cabildos de los Resguardos Indígenas de Caldon y Pioyá del Departamento del Cauca.

Res. No. N° 016-14-SEP-CC de 22 de enero del 2014, del Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, en la Acción Extraordinario de Protección de Kerly Angelita Calderón Moreno contra de la sentencia de casación dictada el 15 de junio del 2012, por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

Res. No. T-552/03 de 10 de julio de 2003, del Pleno de la Corte Constitucional de Colombia, Acción de tutela de Ever Quinayas Omen y otro en contra del Consejo Superior de la Judicatura.

Res. No. 113-14-SEP-CC de 30 de julio del 2014, Corte Constitucional del Ecuador, caso No. 0731-10-EP caso La Cocha (juez ponente: Patricio Pazmiño), en <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0731-10-EP.pdf> .

Páginas WEB

- Enrique Ayala Mora, “El derecho ecuatoriano y el aporte indígena”, en <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista2/articulos/enriqueayala.htm>.
- Bautista, Carlos, “Experiencia de la administración de justicia propia en la comunidad de Pijal”, en <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/3/bautista.html>.
- Bonilla Urvina, Marcelo, “Pluralismo Jurídico en el Ecuador: Hegemonía Estatal y lucha por el reconocimiento de la justicia indígena”, en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3640/5.pdf>.
- Clavero, Bartolomé, “Rectificación Constitucional sobre la Justicia Indígena”, en <http://alainet.org/active/50343&lang=es>.
- García, Fernando, “Formas indígenas de administración de justicia: tres estudios de caso de la nacionalidad quichua de la Sierra y Amazonía Ecuatoriana”, en <http://www.alertanet.org/dc-ecu-fgarcia.htm>.
- Llásag, Raúl, “Jurisdicción y competencia en el derecho indígena o consuetudinario”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto Jurídico de la UNAM, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2006.2/pr/pr2.pdf>
- Ron Erráez, Ximena Patricia, “El Control Constitucional de las decisiones jurisdiccionales indígenas en Ecuador”, en <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2957/1/T1050-MDE-Ron-Control.pdf>.
- Trujillo, Julio César. Administración de justicia indígena, en <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/TRUJILLO%20JULIO%20CESAR.pdf>.
- Villavicencio Loor, Gaitán, “Pluriculturalidad e interculturalidad en el Ecuador: reconocimiento constitucional de la justicia indígena”, en <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/VILLAVICENCIO%20GAITAN.pdf>.
- Yumbay, Mariana. "El ejercicio de la administración de justicia indígena en el Ecuador", en <http://www.llacta.org/notic/2007/not0621b.http>.

