

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Constitucional

**Problemática jurídica en torno a la competencia en la justicia
indígena: caso Saraguro**

Autor: Enrique David Luzuriaga Muñoz

Tutor: Ramiro Ávila Santamaría

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis

Yo, Enrique David Luzuriaga Muñoz, autor de la tesis titulada “Problemática jurídica en torno a la competencia respecto a la justicia indígena, caso: Saraguro”, por medio de esta cláusula dejo constancia que el presente trabajo de tesis es de mi exclusiva propiedad en razón de cumplir con uno de los requisitos para obtener el título de Magister en Derecho 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, por lo tanto la universidad queda facultada para utilizar y usar esta obra por cualquier medio comunicativo, siempre que no se lo realice para obtener beneficio económico. Esta autorización además incluye la reproducción en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como uso en red local y en las redes de internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamo por parte de terceros respecto de los derechos de autor, el titular queda bajo responsabilidad para los mencionados terceros y la universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General de la Universidad, el ejemplar respectivo en original y sus respectivos anexos, en formato impreso, digital o electrónico.

Febrero de 2017

.....

Enrique David Luzuriaga Muñoz

Resumen

La Constitución ecuatoriana aprobada en Montecristi en el año 2008, define al Ecuador como un Estado plurinacional, en el que se destaca el pluralismo jurídico al reconocer la justicia indígena en nuestro país, por ello la necesidad de realizar una investigación que permita indagar sobre cuestiones fundamentales que servirán al final para tener una visión desde el otro lado, desde lo nuevo.

Los criterios para acceder a la administración de justicia indígena son fundamentales para la coexistencia de los diferentes tipos de justicia en el Ecuador, por ello es necesario que se dé un encuentro clave entre las experiencias comparadas en pro de fortalecer el sistema de justicia en nuestro país abogando por una integración real de la justicia indígena a la justicia estatal.

Para ello es necesario que se determine los problemas jurídicos existentes en torno a la competencia respecto de la justicia indígena, basándose en el caso Saraguro.

La discusión sobre la justicia indígena se ha limitado a reservar espacios para que puedan resolver algunos conflictos de acuerdo a sus costumbres, a sus usos ancestrales por ello la necesidad de poner en marcha un sistema plurinacional de Justicia en el Ecuador. Por ello es fundamental señalar que es necesario crear o promulgar una ley de coordinación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria o estatal en la que se establece una relación horizontal y no de control, revisión o alguna forma de subordinación.

Palabras claves: Pluralismo; Indígena, Saraguro, Jurisdicción, Competencia, Interculturalidad.

Agradecimientos

Al personal docente del área de derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, quienes supieron despertar en mí un sentido crítico y plural en el campo del derecho.

A mi maestro y tutor, Ramiro Ávila Santamaría quién ha sabido guiarme en este bonito proceso de aprendizaje.

A mis amigos y compañeros del OBSA por colaborarme en todo este proceso.

Dedicatoria

A mi familia, en especial a mis padres y hermanas por su apoyo incondicional en mi vida estudiantil y profesional, así como a mis hermanos andinos, piezas fundamentales en este proceso.

Tabla de contenido

Introducción.....	7
Capítulo primero	12
1.1 Elementos básicos de la justicia indígena en el Ecuador.....	12
1.2 Jurisdicción y competencia en la justicia ordinaria, en comparación con la justicia indígena.....	18
1.2.1 Jurisdicción.....	19
1.2.2 Competencia.....	26
Capítulo segundo	32
2. Problemáticas existentes dentro de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria en base a las competencias por materia, territorio y tiempo	32
2.1 Competencia por la materia en la problemática del derecho indígena frente al derecho ordinario.....	33
2.1.1 Justicia ordinaria y la competencia por materia.....	33
2.1.2 Justicia indígena y la competencia por la materia.....	36
2.2 Competencia territorial en la problemática del derecho indígena frente al derecho ordinario	50
2.2.1 La justicia ordinaria y la competencia territorial	50
2.3 Competencia personal en la problemática del derecho indígena frente al derecho ordinario	71
2.3.1.1 La justicia indígena y ordinaria en la competencia personal	72
2.4 Perspectivas de solución de la problemática jurídica existente entre la justicia indígena y la ordinaria	86
Conclusiones.....	89
Bibliografía.....	96
Anexos.....	103

Introducción

Los países latinoamericanos enfrentan desde hace varias décadas una realidad, vivir en una sociedad diversa, reconocida no sólo dentro de la conciencia social sino dentro de un sistema constitucional que por varios años se había limitado a amparar sólo a una parte de la población.

La Constitución ecuatoriana consagra en su artículo 10 que las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.¹ Así es que el Estado reconoce la diversidad como respuesta a una realidad sociocultural que está presente en nuestro país.

Con base en ese principio constitucional se erige una serie de prerrogativas y derechos constitucionales a favor de las minorías étnicas, principalmente de las comunidades indígenas a quienes no sólo se les otorgó derechos individuales como personas y ciudadanos, sino que, se le reconoció derechos como miembros de una colectividad determinada con rasgos culturales propios y con una organización política y social específica de acuerdo a sus costumbres, normas y procedimientos.

Sin embargo la falta de normas claras de armonización entre el sistema de justicia ordinaria o estatal y el sistema de justicia indígena han impedido en gran medida aunque la Constitución así pretenda, señalar la hoja de ruta para que en el Ecuador exista una verdadera armonización entre las dos justicias y así se pueda decir que existe preceptos constitucionales de avanzada.

En la Constitución de la República del Ecuador, se reconoce a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, varios derechos colectivos en los que están implícitos su derecho a conservar, desarrollar sus formas de convivencia y organización social; además se manifiesta respecto a la justicia indígena dentro del ámbito de su territorio, para que puedan

¹ *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Art. 10.

ejercer las funciones jurisdiccionales que la Constitución ecuatoriana les reconoce con base de sus tradiciones ancestrales.

Es necesario señalar que las facultades jurisdiccionales de los indígenas se encuentran reconocidas en su Art. 171 de la Constitución, donde se les faculta a administrar justicia aplicando sus normas y procedimientos de acuerdo a sus costumbres o derecho consuetudinario.

Aquello supone 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 de su pueblo, comuna o comunidad, tal como se encuentra reconocido en la Constitución ecuatoriana y las mismas que deben ser respetadas por las autoridades del sector público, garantizando el respeto a los derechos humanos y a los convenios internacionales

Es fundamental, por lo tanto, para quienes tienen la potestad para administrar justicia en el sistema estatal u ordinario (jueces y juezas), conozcan que existen procesos sometidos a la justicia indígena, además que en la legislación ecuatoriana existe la declinación de competencias previa solicitud de la autoridad indígena, para que los postulados constitucionales de plurinacionalidad e interculturalidad entre otros sean efectivamente cumplidos.

La Constitución de Montecristi recoge un planteamiento del movimiento indígena, que caracteriza al Estado ecuatoriano como plurinacional. Esta condición supone una garantía del pleno ejercicio de los derechos colectivos que bajo esta denominación del Estado tienen una connotación, partiendo del pluralismo jurídico, entendido este como aquel que “[...]constituye uno de los conceptos centrales tanto en la antropología como en la sociología jurídica, y se refiere a la coexistencia de sistemas jurídicos diversos dentro de un mismo campo social, lo cual cuestiona la visión etnocéntrica de derecho occidental, que ha sido construida asignándole el papel de único y legítimo referente del derecho por el positivismo jurídico”.²

En el desarrollo de su diversidad étnica y cultural, en un supuesto de la coexistencia en el territorio de un mismo Estado de varios sistemas jurídicos, la Constitución ecuatoriana manifiesta en el Art. 171 lo siguiente:

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

² Elisa Cruz Rueda, “Principios Generales del Derecho Indígena”; en *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Konrad Adenaur Stiftung, (Bogotá: 2008) 31.

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.³

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 histórica de sus pueblos, en la tradición adquirida de sus antepasados, teniendo en cuenta que si bien todos los pueblos o nacionalidades tienen similitudes, existen características fundamentales que los distinguen, sin embargo, la justicia indígena debe tener un procedimiento que resguarde garantías otorgadas por el Estado, a todas las personas que estén involucradas en un litigio en concordancia con lo que dispone el Art. 76 de la Constitución de la República, puesto que cada comunidad, ha desarrollado su propio procedimiento de conocimiento y juzgamiento, el mismo que tiene que estar enmarcado dentro de los parámetros impuestos en la propia Constitución, que le otorga la fuerza jurídica dentro del Estado para emitir una condena o sentencia con fuerza legal, y a la vez, le impone los límites que no debe sobrepasar, las limitaciones están vinculadas a la observancia y respeto del contexto legal internacional, especialmente el relativo a los derechos humanos, concretamente por el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

En ese sentido, es fundamental realizar una aproximación a los lugares en los que se ejerce y aplica la justicia indígena para poder determinar ¿Cuáles son los problemas jurídicos existentes en torno a la competencia respecto de la justicia indígena?

La presente investigación se encuentra dividida en dos capítulos, en el Capítulo I, se inicia con los elementos básicos de la justicia indígena en donde se hace una aproximación

³ *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Art. 171.

a términos fundamentales para el desarrollo de la investigación como son: pluralismo jurídico, plurinacionalidad, interculturalidad vistos tanto desde el punto de vista constitucional como por la doctrina, pasando luego a analizar lo que es la jurisdicción y la competencia tanto en la justicia ordinaria como en la justicia indígena, dejando prever el nacimiento de la misma, desde la Constitución del Ecuador que garantiza su coexistencia y mutua cooperación, con el respeto debido para evitar la intromisión jurisdiccional y de competencia.

El Capítulo II, luego de tener una base conceptual, se realiza un estudio de las problemáticas existentes dentro de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria en base a las competencias por materia, territorio y tiempo, iniciando por la competencia por la materia en la justicia ordinaria y su comparación con la justicia indígena, recalando sobre los jueces especializados que existen en el Ecuador y su diferencia ante las autoridades indígenas a quienes les asiste la multicompetencia, es decir no existe la delimitación de facultades jurídicas en el conocimiento de causa, además se analiza en base a acciones legales la intromisión y exclusión de facultades netamente de competencia y jurisdicción de la justicia ordinaria, quebrantando los plenos derechos adquiridos por medio de la Constitución, luego se analiza la competencia territorial, basada en la circunscripción territorial de cada ciudad, cantón y provincia que delimita la jurisdicción ordinaria, mientras que se analiza la no delimitación de la misma hacia las comunidades indígenas, que si bien son concedoras de las causas de los territorios ancestrales de su pertenencia y debidamente legalizados o protegidos por su asentamiento ancestral, este no ha sido delimitado geográficamente, lo cual constituye en algunos casos la intromisión de facultades de la competencia jurídica ordinaria ante la justicia indígena; y finalmente se realiza un análisis de la competencia personal haciendo una aproximación para saber quiénes son los que deben someterse a este tipo de competencia, sea de manera voluntaria o por derecho propio de cada una de las justicias ordinaria e indígena, es necesario identificar la competencia plena de la justicia indígena que tiene sobre sus habitantes que están fuera de la comunidad pero que no han renunciado su derecho a pertenecer a ella.

Finalmente se presentan unas posibles soluciones a las problemáticas abordadas desde la perspectiva del autor de la investigación en base a criterios doctrinales.

Por los enunciados relatados, la presente investigación tiene como objeto realizar un análisis de las competencias de la justicia ordinaria, respecto de la justicia indígena, con especial atención a lo que sucede en el cantón Saraguro, con el fin de establecer las bases conceptuales, para que exista una armonización entre las dos justicias, colaborando así con el debate que se viene dando desde varios años atrás en el Ecuador, acerca de la potestad legal atribuida a los pueblos y comunidades indígenas, y las que aplica la justicia ordinaria.

Capítulo primero

1.1 Elementos básicos de la justicia indígena en el Ecuador

La convivencia de cosmovisiones tanto de los pueblos originarios como de los colonizadores, sumado a los valores diversos conlleva conflictos sociales, políticos y culturales, que deben ser debatidos y analizados dialogando, con respeto mutuo y creatividad para poder configurar un sin número de soluciones innovadoras y funcionales que hoy necesitan las sociedades.

Con una visión occidental (propia de nuestra realidad) se pretende en el desarrollo de esta investigación, tratar de realizar una comparación entre la justicia indígena y justicia ordinaria para buscar puntos de acuerdo que sirvan para ampliar el debate sobre este tema, para ello es importante iniciar tomando una postura respecto de lo que significa el pluralismo jurídico, (su tratamiento ha sido un tanto ambiguo tanto por la parte académica como política pues existen diversidad de posturas) para luego de entendido obtener los elementos de convivencia para que la justicia en el Ecuador funcione mejor.

Si bien el concepto de pluralismo jurídico surgió a finales del siglo XIX como reacción al positivismo jurídico emprendido por “la reducción del Derecho en el macro del proyecto moderno, recién en la década de 1960 se convirtió en un tema de debate central en la Antropología y la Sociología del Derecho”.⁴ Gracias a la academia y acción política de los movimientos indígenas, a partir de la reivindicación del derecho a la autodeterminación, por lo tanto lo hace una realidad reciente.

Así, “la teoría dominante del derecho en Latinoamérica se funda en las teorías kelsenianas del monismo jurídico que parte del monopolio estatal en el que el Estado y sus aparatos tienen la potestad para intervenir en la regulación de la vida social y en el uso de la fuerza legítima para la persecución y represión de hechos considerados delictivos de ahí que toda norma que no provenga del Estado o de los mecanismos creados por él se denominaban

⁴ Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. (Bogotá: ILSA 2009), 64.

costumbres y sólo eran admisibles jurídicamente a falta de una ley expresa y nunca en contra de ella.⁵

En Latinoamérica durante la colonia se aplicaron políticas de separación de los regímenes jurídicos que buscaban preservar la diferencia cultural y radical de indios y españoles, entonces se construyeron villas de españoles y pueblos de indios, cada uno de ellos con su propio sistema de autoridades y normas.⁶ De este modo el reconocimiento de usos y costumbres de los indígenas tuvo razón en base a la inferioridad natural mientras no sea contraria a la ley humana y divina, al orden político colonial y a la religión católica.

En donde “las autoridades originarias como los alcaldes de indios podía administrar justicia sus pueblos y sólo en los casos menores pues los casos mayores estaban reservados para los corregidores españoles.”⁷, situación que se la ha vivido en los países de Latinoamérica hasta la actualidad.

Ya en el siglo XX y en el Ecuador a partir de los 90, las presiones de los movimientos indígenas más el desarrollo de un pensamiento indigenista determinaron el surgimiento de la necesidad de incorporar a los indígenas a la vida social así como la necesidad de los gobiernos de contar con la legitimación de su apoyo siempre considerados como minorías, así es que en esa misma década los países andinos reconocen sus constituciones que sus estados tiene una diversidad cultural y étnica sobre la cual no puede construir su sistema jurídico monista ignorando la realidad es totalmente diferente y diversa.

En consecuencia el pluralismo jurídico radica en describir y definir la relación existente entre sus dos campos del derecho en definitiva en cómo se resuelve la cuestión de los derechos que conviven en un mismo territorio.

⁵ Germán Gutiérrez Gantier, “Complementación entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria: sistematización en el marco de la Asamblea Constituyente”, en Fundación Konrad Adenauer; *Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria ¿un matrimonio imposible?: sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente* (La Paz: Fundación Konrad Adenauer, s.f.), 121.

⁶ *Ibíd* 122.

⁷ *Ibíd*. 123.

Las dos visiones de sistemas jurídicos diferentes encuentran términos específicos uno el derecho indígena y otro en derecho estatal que actualmente se vive en Ecuador.

El derecho estatal proveniente de la construcción universal a sentar en la cultura occidental ahora debe ser entendido como el ordenamiento jurídico normativo coactivo que se enumera íntimamente vinculado con la teoría del Estado cena nomás un conjunto de reglas de conducta y de organización destinadas a lograr la convivencia de un grupo social a través de relaciones familiares económicas así como las formas con que la sociedad ante establecer un clima de orden o de paz social.

Por su lado el derecho indígena es aquel conjunto de normas formadas en la costumbre que va creando precedentes por la repetición espontánea y que por la práctica cotidiana llegue hacer de observancia general.⁸ Esto, junto al desarrollo sus procedimientos con aplicación por sus instituciones tradicionales llegue hacer de cumplimiento obligatorio.

Con estos antecedentes es indispensable entonces realizar una aproximación al pluralismo jurídico que en palabras de More es entendido como “la interacción de diferentes sistemas jurídicos en un mismo campo social”⁹, que bien puede acoplarse a lo que señalan otros tratadistas que le dan un concepto al nuevo pluralismo jurídico, en tanto éste concibe “la existencia de varios sistemas jurídicos que coexisten o cohabitan en distintos espacios o submundos en constante interacción, fluctuación, yuxtaposición, intersección e interlegalidad, influyéndose, mezclándose unos a otros en la medida que se encuentran imbricadas y no separadas, y semipermeable dada su naturaleza porosa, lo que la lleva a estar casi siempre abierta a nuevos influjos jurídicos.”¹⁰

⁸ Ibid.

⁹ More, Citado en el documento de justicia de los pueblos indígenas y originarios, La Paz, FUNDAPPAC, Red de participación y justicia. Bolivia 2007

¹⁰ Balois Cabrera Roman y otros, Pluralismo jurídico, recuperado de http://www.dicyt.umss.edu.bo/documentos/PUICS/5_sociopolitico.pdf (02 de enero de 2017).

Desde la Constitución ecuatoriana de 1998 y con la aprobación de la Carta Magna de 2008, deviene la consolidación del pluralismo jurídico al reconocer a la jurisdicción indígena, sobre la base de la igualdad jerárquica con la jurisdicción ordinaria.

Dentro de la legislación nacional, por mucho tiempo se manejaba la legislación escrita u ordinaria, la misma que era aplicable en general para todas las personas, sobrentendiéndose que la acción de la administración de justicia indígena, era un acto ilegal, contrario a la norma legal, que atentaba contra la institucionalidad jurídica del país, asignándole un calificativo de acciones salvajes relativo a un estado social primitivo.

Los cambios estructurales desde la Constitución de la República, que analiza, y fomenta una política de integración, asimilación, etnocidio de los valores culturales e identidades, establece un medio seguro para garantizar, reconocer y favorecer al empleo y aplicación de la administración de la justicia indígena.

Para comprender la situación social, organizativa de los indígenas es necesario considerar lo siguiente:

La presencia colonial trajo consigo una sensible baja demográfica debido a las enfermedades introducidas por los conquistadores, el despojo de tierras, extirpación de idolatrías, la destrucción de las evidencias arquitectónicas, la fundación de villas o ciudades, la concentración de la población indígena en reducciones para el cobro de tributos, y el reclutamiento obligado de mano de obra indígena para el trabajo en obrajes y minas.¹¹

Estas son acciones de conquista que establecieron una situación de vida adversa, destructiva, aniquiladora que pudo ocasionar la extinción tanto física, cultural, ancestral, de las comunidades indígenas del Ecuador, sin embargo, lograron organizarse de manera interna, transmitir sus creencias, su cultura e identidad hasta la actualidad, aun sufriendo la extirpación de idolatrías, se mantenían atentos y respetuosos de su propia integridad hasta la actualidad.

El movimiento indígena tiene como antecedente la lucha campesina por la tierra, el territorio y las autonomías, que luego requeriría de la unidad organizativa para alcanzar sus metas. Así en 1926, se constituye la Federación Ecuatoriana de Indios (FEI), que tuvo que asumir el control de las movilizaciones campesinas de las haciendas, y su centro de acción fue la zona

¹¹ Comisión Andina de Juristas, (2009), *Estado de relación entre justicia indígena y justicia estatal en los países andinos*. Estudio de casos Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, (Lima:) 110.

de Cayambe. La FEI es considerada una organización representativa de esa época, pues incidió grandemente para que después los campesinos e indígenas accedieran a la tierra, a través del huasipungo, con las reformas agrarias de 1964 y 1973.¹²

Su existencia social no es una casualidad, es el derivado de su lucha permanente, constante, con la finalidad de sostener sus principios culturales, negarse a morir en sus raíces, y una muestra de ello es la organización que sostienen entre sus comunidades, diferentes de atuendos y algunos dialectos entre sí de las comunidades indígenas, pero unidos por una misma causa que es el derecho a la existencia, integración social, vinculados con su legítimo patrimonio cultural, ancestral y judicial, el reconocimiento actual existencia de las comunidades indígenas reconocido por la actual constitución, sin embargo, es necesario señalar que las comunidades indígenas renuevan su derecho participativo en la sociedad actual.

En 1990 indígenas de comunidades de la costa, sierra y oriente marcharon hacia Quito y se tomaron el templo de Santo Domingo con el argumento de que faltaba comunicación con el gobierno de aquel entonces a cargo de Rodrigo Borja. Las comunidades indígenas ya se encontraban representadas por la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador CONAIE.

La toma del templo de Santo Domingo duro once días, al cabo de los cuales el gobierno accedió a negociar soluciones con las organizaciones indígenas.

A partir de este acontecimiento, los movimientos indígenas tomaron participación en las políticas del estado y como miembros activos de los órganos encargados de conocer la reivindicación de los derechos colectivos.¹³

A partir de esta fecha los indígenas demuestran su fuerza política, organizativa para reclamar acciones justas que les permita mejorar sus niveles de participación social, su orden representativo emblemático que convergen a todas las comunidades indígenas de la costa, sierra y oriente, dejando de lado sus diferencias internas, para alcanzar una meta participativa, razonable y equilibrada a sus aspiraciones de pertenecer a una sociedad justa, con los mismos alcances y limitaciones razonables.

A partir de este momento avizoraron nuevas proyecciones sociales, legales y naturales, que las pueden lograr mediante la unión de las comunidades.

¹² Tibán Guala, Lourdes, *Derechos Colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador. Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones*, (Quito: 2001) 48.

¹³ Flores, Daniela, *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario* (Equipo Jurídico INREDH),

Los pueblos y nacionalidades indígenas, como toda colectividad humana tienen un derecho, pero no un derecho como lo conocemos, sino un derecho llamado costumbre jurídica, derecho consuetudinario o derecho indígena, que ha posibilitado el normal desarrollo y el control social efectivo de los componentes, con la característica de oralidad, y que no está codificado; con autoridades propias que solucionan los diversos conflictos dentro de las jurisdicciones o territorios indígenas, imponiendo las sanciones correspondientes. Este sistema jurídico propio de los indígenas, se sustentan y se fundamentan en la preexistencia de un derecho o costumbre jurídica entre los indígenas.¹⁴

De esta manera sustentan el conocimiento de causa de manera ordenado, estructural con la finalidad de analizarlo y resolverlo, no existen libros, leyes, o pretextos legales que orienten a los juzgadores indígenas, mucho menos, que señalen el nivel de pena que deba aplicarse.

La justicia indígena es una acción justa, derivada de la costumbre jurídica, mediante la acción de reparo que permite a las personas mantener la paz, la calma y desarrollo pleno de sus facultades individuales o colectivas; se busca mantener el equilibrio social, socavando en las acciones dañinas que alteran el orden, para ello emprenden en acciones de purificación de las personas mediante la aplicación de medidas de castigo que ayuden a solucionar los conflictos.

El derecho consuetudinario indígena resuelve los conflictos por consenso de las partes y con la finalidad de restablecer relaciones y comunidades armoniosas y reparar de los daños sufridos mediante la participación de todos los afectados por el hecho, como las partes, las familias y los miembros de la comunidad, por lo que el posible resultado tiene mejor aceptación, lo que aumenta su efectividad. Las resoluciones puede(n) ir más allá del conflicto inmediato e incluir también la reparación de las relaciones entre los afectados, es especialmente importante en conflictos civiles entre y dentro de la familia la comunidad, sujeto a la competencia.¹⁵

Al considerar el derecho consuetudinario, manifiesta a la costumbre como parte elemental de aplicar su justicia, es decir, no existen leyes escritas a diferencia de la justicia ordinaria, generando de esta manera la competencia, la misma que implica el accionar y

¹⁴ Raúl Illaqui, *Administración de justicia indígena en la ciudad: Estudio de un caso*, Revista Yachaikuna, Volumen 1, (Marzo, 2001), 2.

¹⁵ Lorenz Funk, (2015), *Legitimidad jurisdiccional de la justicia indígena. Importancia y trato de Justicia Indígena*, Programas de Pasantías INREDH, recuperado de: http://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_justicia_indigena_lorenz.pdf, consultado el 05 de septiembre de 2016, pág., 1

actual de la justicia, con ciertas restricciones que deben ser observadas al momento de tomar conocimiento de causa.

El derecho consuetudinario, es muy amplio y difícil de definirlo entre las comunidades indígenas del Ecuador, resulta casi inadecuado e improductivo sostener que en la región sierra el derecho consuetudinario de las comunidades indígenas es el mismo, al contrario, cada comunidad mantiene cualidades propias de su historia que la destacan entre sí, entonces resulta difícil al Estado conocer y entender lo consuetudinario de cada comunidad, lo que da a entender la existencia de un proceso de diferenciación correlativo ante las diferencias de cada comunidad.

Se puede claramente a manera de conclusión decir que la justicia indígena, que por décadas permaneció invisible y carente de reconocimiento constitucional, luego de buscar espacios en el monismo legal, surge recientemente en el contexto latinoamericano como una alternativa del pluralismo jurídico, en respuesta a demandas políticas propuestas por los indígenas en nuestro país haciendo por lo tanto que la misma sea reconocida por la Constitución ecuatoriana en donde se reconoce un paradigma estatal, reconociendo así la diversidad y heterogeneidad de sistemas normativos coexistentes en un mismo Estado, en si el pluralismo jurídico en Ecuador se desenvuelve en torno al principio de interculturalidad jurídica.

Abordados estas concepciones básicas del derecho indígena es necesario que se haga una aproximación a un tema fundamental para el desarrollo de la presente investigación, es decir conocer lo que significa jurisdicción y competencia en la materia ordinaria, y una vez entendidos estos temas tratar de compararlos con la justicia ordinaria.

1.2 Jurisdicción y competencia en la justicia ordinaria, en comparación con la justicia indígena

Para abordar el tema materia del presente trabajo de investigación, es necesario realizar en primera instancia una aproximación a la doctrina, la jurisprudencia y la ley, señalando respecto a la jurisdicción y competencia, puesto que son dos términos legales que van de la mano y no se los puede separar fácilmente. Seguidamente es necesario analizar la

competencia material, personal y territorial en el derecho ordinario o estatal y sus ámbitos, para al final hablar de la justicia indígena con especial atención en el caso Saraguro.

1.2.1 Jurisdicción

Jurisdicción es la potestad de administrar justicia. “En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia emanada de la soberanía del Estado ejercida por un órgano especial”.¹⁶

Con el concepto citado anteriormente se puede observar que la jurisdicción deviene del poder que impera sobre el Estado para administrar la justicia, y como tal, identifica o señala quienes pueden ejercerla, aplicarla y decidir sobre dichas acciones que lleguen a su conocimiento, esta potestad es delegada a las diferentes Cortes de Justicia, mediante mandato Constitucional, del mismo modo que en la actualidad también reconoce la justicia indígena.

El tratadista Ehandi manifiesta que:

“Si la jurisdicción es, por un aspecto, la soberanía del Estado aplicada a la función de administrar justicia y, por otro lado, el derecho subjetivo del Estado a someter los intereses particulares al interés público en la realización del derecho objetivo mediante el proceso, es claro que cualquiera que sea la materia a que se aplique, las personas que sean partes en el proceso y la clase de litigio o de problema que requiera su intervención, se tratará siempre de la misma función y del mismo derecho”¹⁷

La jurisdicción, establece la aplicación de la ley mediante la intervención legal del Estado, para el conocimiento de causa, con la finalidad de poder emitir una decisión en base a un criterio justo, legal que consigne a la parte o partes que se someten a su arbitrio o decisión que se orienta en la ley escrita, mediante esta consignación justifica su decisión y la enmarca en una legislación dada, que garantiza el bienestar social, protegiendo los derechos,

¹⁶ Cesar Augusto, González Ortiz, *Conflictos de competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional- Fuero Indígena en Devis Ehandía, Hernando*. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso. Editorial ABC. Tomo 1, (decimocuarta edición 1996), 77.

¹⁷ Devis Ehandí, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II 3era edición (Bogotá: 1977)133.

individuales o colectivos que las partes mantengan o desean que un jurista decida sobre quien tiene la razón.

En cuanto al reconocimiento jurisdiccional establece que la “jurisdicción es una sola, como emanación de la soberanía, pero la necesidad de especialización ha forzado la creación de varias jurisdicciones”.¹⁸ Pero la jurisdicción indígena no se crea por una necesidad como lo señala el profesor Villamil Portilla en lo señalado en la cita precedente, sino que la jurisdicción especial indígena es reconocida, pues como se sabe, siempre ha existido pero se ha tardado en reconocerla, en el Ecuador la resolución de conflictos indígenas en pueblos y comunidades data de hace centenares de años. “Para ser juez competente se debe tener jurisdicción [...] la competencia constituye, en su naturaleza jurídica, la concreción de la Jurisdicción, estableciéndose un ligamen indisoluble entre los conceptos de jurisdicción – competencia”.¹⁹

Esta es clave para que se pueda ejercer la aplicación de la justicia, y es por ello, que se la enuncia en la justicia ordinaria, limitándose la capacidad de la autoridad en ejercer su acción o mandato de resolución legal en sugerencia a la materia de su conocimiento, esto en virtud de la población y cantidad demandante de requerir una decisión legal en protección o respeto de derechos, obligaciones o responsabilidades exigibles bajo la tutela legal.

El Código Orgánico de la Función Judicial en el artículo 150 señala: “La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia”²⁰, de esta manera se justifica y aplica que la jurisdicción nace de la ley, y se lo identifica como un monopolio de la administración de justicia sostenida en la Constitución a favor del Estado, haciendo de la justicia un fin supremo para su

¹⁸ González Ortiz, César Augusto, *Conflictos de competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional- Fuero indígena en Villamil Portilla, Edgardo*. Teoría Constitucional del Proceso. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. (Bogotá – Colombia: 1999), 398.

¹⁹ González Ortiz César Augusto, *Conflictos de competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional- Fuero indígena, Quiroga Cubillos, Héctor Enrique*. “El concepto de jurisdicción en la Constitución de 1991. Sus imprecisiones”, en *la Constitución por Construir: balance de una década de cambio constitucional. Facultad de Jurisprudencia*. Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. (Centro Editorial. Universidad del Rosario. 1991), 187.

²⁰ *Código Orgánico de la Función Judicial*, Capítulo II, Sección I, La Jurisdicción, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, art. 150

funcionalidad y existencia organizativa. “El poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes...”²¹

De la estipulación constitucional ecuatoriana señalada en al inicio del artículo 171 de la Carta Magna “las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales”, la jurisprudencia y algunos autores como Raquel Yrigoyen han entendido que las autoridades indígenas pueden renunciar a la potestad de juzgar un caso que involucre a uno de los miembros de la comunidad y que fuere realizado dentro de su territorio, para que sea resuelto por el sistema jurídico nacional, sin que ello constituya denegación de justicia, sino simplemente se estaría ejerciendo su derecho a decidir, a resolver el caso en la justicia ordinaria o en su propia justicia.

Así mismo Cesar Gonzáles Ortiz profundiza en definir a la jurisdicción y competencia señalando:

“La jurisdicción es el género y la competencia es la especie, ya que por ésta se le otorga a cada juez el poder de conocer de determinada porción de asuntos, mientras que la jurisdicción corresponde a todos los jueces de la respectiva rama, en conjunto, y comprende todos los asuntos adscritos a ésta (civiles, penales, laborales...). Entre ellas hay una diferencia cuantitativa y no cualitativa”.²²

Por lo tanto, la competencia es una medida de jurisdicción que se la emplea en virtud de la necesidad de especialización técnica requerida para resolver sobre ciertas acciones legales, que permitan la agilidad legal de los procesos en la premura del tiempo, para que la justicia no sea dilatada o retardada por la amplitud de conocimientos que demanda la sociedad de la autoridades legales en búsqueda de una justicia, digna, segura, confiable y generadora de bienestar social.

Las personas encargadas de ejercer la función jurisdiccional dentro de la jurisdicción indígena no la ejercen los jueces, sino las autoridades indígenas que están revestidas de

²¹ Claudia Ortega, *La Función Jurisdiccional del Estado, La jurisdicción* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011), 127.

²² César González Ortiz, *Conflictos de competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional- Fuero indígena Devis Echandía, Hernando*. Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso (Bogotá: Editorial ABC. Tomo 1, decimocuarta edición, 1996), 133.

jurisdicción y competencia para poder llegar a una resolución de un conflicto que se pueda suscitar al interior de la comunidad.

En el art. 167 de la Constitución ecuatoriana se señala que “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”²³, en donde también están tomados en cuenta las autoridades de los pueblos indígenas tan como esta señalado en el artículo 171 de la Constitución ecuatoriana.

Como bien se puede apreciar en el precepto constitucional, en el Ecuador se han establecido dos sistemas jurídicos autónomos, con características propias de administración de justicia, la jurisdicción ordinaria ejercida por los órganos jurisdiccionales: “La Corte Nacional de Justicia, las Cortes provinciales de Justicia, los Tribunales y juzgados que establezca la ley...”²⁴ entre otros organismos en los que se incluye a los juzgados de paz pero que aún no han entrado en funcionamiento en gran parte del país, y por otra, las autoridades indígenas en función del reconocimiento de la justicia indígena, llevada a cabo por sus representantes, conforme lo exige la ley, pero según algunos analistas está nómina de representantes solo la aplican con la finalidad de satisfacer al Estado cuando en realidad por derecho consuetudinario la ejercen de otra manera, y como tal, el estudioso Alberto Wray sostiene:

Estas autoridades, por cierto, no necesariamente serían las registradas como tales en los archivos oficiales. Estudios anteriores han mostrado que con una estrategia de adaptación al régimen organizacional impuesto por derecho estatal, en ciertas comunidades se elegía una directiva comunal llamada socialmente a cumplir formalidades externas frente al Estado, mientras que hacia el interior de la comunidad subsistía la autoridad tradicional, no necesariamente electa mediante votación universal”²⁵

Por lo tanto, se entiende que por derecho consuetudinario esta no es susceptible o sujeta de modificación, adaptación a imposiciones de la justicia ordinaria y en el caso de

²³ *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudio y Publicaciones, Quito, 2010, Art. 167.

²⁴ *Ibíd*, Art. 178.

²⁵ Alberto Wray Espinosa, (2012), *Justicia Indígena: Sus límites constitucionales*, recuperado de: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_6/Justicia_indigena.pdf, p. 50.

exigirlas solo las cumplen como mera formalidad, pero en sí, sostienen sus propios principios que caracterizan a cada comunidad, que no necesariamente tienen que ser generalizadas, entre ellos o por medio del Estado, por tal motivo, se prevé o se conoce que del conocimiento de causa lo mantienen todos los miembros de la colectividad indígena y actúan en base a sus mismas tradiciones, que en algunas circunstancias son duramente criticadas, las mismas que son consideradas como una intromisión de facultades hacia la libertad garantizada y reconocida por la Constitución a la justicia indígena en pleno de sus facultades tradicionales sujetas a la costumbre.

En el precepto constitucional en la que se reconoce la administración de justicia indígena, se manifiesta que dentro de la misma, existe la participación de las mujeres en la misma proporcionalidad que la de los varones, ahora, según el derecho consuetudinario, las mujeres no han tenido mucho protagonismo o nivel de participación equitativo, mucho menos poder de decisión o de transigir, por lo tanto, se sustentaría los enunciados anteriores donde se señalaba que las autoridades indígenas en su mayoría son nombradas con la finalidad de cumplir con la solemnidad o exigencia estatal, pero que en relación a la costumbre son los hombres quienes integran y conforman la mayoría de asambleas sancionadoras.

El Art. 171 de la Constitución ecuatoriana como se lo ha mencionado anteriormente establece que las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base a 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.

La Constitución hace referencia a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, es decir se trata de las autoridades que según los sistemas indígenas tienen potestad para resolver conflictos o resolver la vida social.

En ese sentido Raúl Llasag, desde su experiencia señala cómo se elige desde el derecho propio una autoridad indígena.

El pueblo indígena a través de su propio derecho determinará quién es la autoridad indígena facultada para aplicar la regla de conducta de sus miembros. De tal manera que, la autonomía no es una palabra, es una capacidad que tenemos de organizarnos, regularnos y de resolver conflictos, nosotros mismos. Si el Consejo Nacional de la Judicatura, nombra al juez, ese juez no es un juez indígena es un juez estatal, en lugar de ser mestizo es indígena eso y nada más, porque el poder viene del nombramiento que le extiende la Corte Suprema (hoy Corte Nacional) o el Consejo Nacional de la Judicatura. El cambio del poder de la autoridad indígena viene de la comunidad o pueblo indígena.²⁶

Las normas del derecho propio que se dan al interior de los pueblos indígenas, incluyen todas aquellas que a lo largo de la historia han existido y que se han modificado o creado nuevas con el único fin de regular su vida social y organizar el orden comunitario interno. El pueblo indígena en general tiene sus propios mecanismos para crear normas de acuerdo a sus costumbres y tradiciones. Así “De la misma manera que la autoridad indígena no podrá indicarle a la autoridad estatal cómo ha de crear una ley, ésta no podrá indicarle cómo ha de crear el derecho indígena ni quién ha de aplicarlo”.²⁷

Raúl Llasag Fernández señala que según la teoría clásica del derecho procesal uno de los tres elementos de jurisdicción es la notio, que se define como la facultad de conocer los asuntos que de acuerdo con las reglas de competencia corresponde a cada juez, en este caso las autoridades de los pueblos indígenas. “La notio presupone la facultad de citar a las partes, recaudar las pruebas, hacer las notificaciones, etc. Las reglas de competencia, siguiendo esta teoría, están determinadas por la materia, personas y territorio”.²⁸

Sin embargo, en Constitución ecuatoriana no se hace ninguna limitación de la competencia de la autoridad indígena en cuanto a la materia, por tanto será competente para conocer todo tipo de materia, así lo señala el Dr. Luis Minga, presidente de la FIIS²⁹, “Primero la competencia por materia para nosotros no existe, nosotros tomamos todo como un Llaque³⁰, para nosotros no hay civil, penal, laboral y esas cosas, lo que si sabemos descifrar lo que es más fuerte que lo otro y que ha alterado la armonía comunitaria porque no

²⁶ Raúl Llasag Fernández, “Discriminación a los pueblos indígenas: un enfoque jurídico”. *Diviarsidad: ¿sinónimo de discriminación?*, Serie de Investigaciones (Quito: INREDH, 2001), 213.

²⁷ *Ibíd*, p. 213

²⁸ *Derechos colectivos y administración de justicia indígena en Justicia indígena aportes para un debate*, Judith Salgado compiladora

²⁹ FIIS: Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros.

³⁰ Llaque: Un todo

es lo mismo un juicio de alimentos que altere la armonía de la comunidad que una violación, por eso lo que nosotros tenemos son instancias.”³¹

Ahora bien si analizamos lo señalado por el Código Orgánico de la Función Judicial en lo referente al artículo 343 que sostiene:

Art. 343.- *Ámbito de la Jurisdicción Indígena.- Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio o consuetudinario...*³²

Se pone de manifiesto las funciones jurisdiccionales en virtud de las tradiciones ancestrales, ahora, las tradiciones ancestrales de las comunidades indígenas van directamente vinculadas a castigos que en base a la sociedad actual son considerados como agresiones físicas con detrimento psicológico que puede afectar la integridad física y emocional de los individuos, pero ante la perspectiva o visión de la comunidad indígena esta es un acto de saneamiento o purificación de la persona, debemos considerar, el respeto de los espacios de cada comunidad indígena para garantizar el pleno derecho del ejercicio de la justicia indígena sin la intromisión de facultades, críticas, comentarios seniles ante sus acciones ancestrales cuyos efectos son positivos dentro de su comunidad para mantener la paz social que se anhela a nivel general.

En concordancia con lo enunciado, la competencia de la justicia indígena se la vincula en razón de conocimiento de causa sobre aquellos actos que alteren la paz social, contraria a las buenas costumbres, donde se busca resarcir su acción de manera directa a los afectados, al mismo tiempo tomarlo como modelo mediante acción de purificación para que el resto de integrantes de la comunidad conozcan el alcance de sus acciones y prevengan en su accionar.

Así, en el Código Orgánico de la Función Judicial en su Art. 345 se señala: “Los jueces y juezas que conozcan de la existencia de un proceso sometido al conocimiento de las

³¹ Luis Minga, Dr. Presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

³² Código Orgánico de la Función Judicial *Título VIII Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito., Art. 345.

autoridades indígenas, declinarán su competencia, siempre que exista petición de la autoridad indígena. 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 el caso. Aceptada la alegación la jueza o el juez ordenarán el archivo de la causa y remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.”

Este artículo intenta restituir y garantizar el respeto de amplitud de intervención o conocimiento de causa de la justicia indígena, en aquellas acciones donde la justicia ordinaria tenga conocimiento en primera instancia, para ello la justicia indígena deberá demostrar su pertinencia y de ser esta positiva la justicia ordinaria archivará el proceso remitiéndola a las autoridades indígenas para que continúen con el procedimiento, se entiende que esta se aplica se sostiene en cualquier causa y materia que la justicia ordinaria sostenga, ahora la restricción del conocimiento de causa en acciones penales o familiares hacia la justicia indígena, se consolidaría como una limitación de sus competencias legales, lo cual se analizará más adelante, sin embargo, es necesario sostener y garantizar la competencia de la justicia indígena en el sentido amplio y suficiente para sostener y garantizar su mandato y reconocimiento constitucional en miras de los integrantes de la comunidad.

1.2.2 Competencia

Si bien en el apartado anterior se realiza una aproximación a la competencia, es necesario que se profundice más en este tema debido a la importancia que tiene este concepto para el desarrollo de la investigación.

Existe coincidencia al señalar que la jurisdicción no puede ser fraccionada, repartida o limitada, debido a que el poder jurisdiccional del Estado emanado del pueblo no puede ser modificado o seccionado, sin embargo, ante la necesidad del conocimiento de causa se procede a dividirlo en base al trabajo de la administración de justicia, asomando la competencia, esta va sujeta a la jurisdicción, y como tal, debemos referirnos a la definición de Adolfo Alvarado que señala: “competencia es la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo entre jurisdicción y competencia una relación cuantitativa y no

cuantitativa, de género o especie”³³ de esta manera se identifica que todos los jueces tienen jurisdicción para ejercerla en razón de su estructura sustitutiva de rigor, fuerza y decisión, sin embargo, se limita su competencia para conocer determinado asunto, y por ende nacen las materias o clases de competencias.

La competencia en palabras de César Gonzáles, “es el fragmento de la jurisdicción atribuido a un juez. La relación entre la jurisdicción y la competencia es la misma que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo, la competencia es la parte, un fragmento de la jurisdicción.”³⁴

Hay que considerar que en la actualidad la determinación de la competencia de un tribunal o un juez, se la determina en razón del territorio, límite geográfico donde un juzgado tiene competencia, de ahí se establece la naturaleza que sea pública, privada o de arbitraje, definiéndose además la materia como penal, civil, familiar, etc., o cuantía en relación al monto de dinero litigado y de la calidad de las personas que litigan.

El artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial manifiesta: “Competencia es la medida dentro de la cual la potestad jurisdiccional está distribuida entre las diversas cortes, tribunales y juzgados, en razón de las personas, del territorio, de la materia, y de los grados”³⁵, esta distinción aplicada a la justicia ordinaria, nos proporciona la existencia de varios juzgados relativos a la materia y al territorio nacional, que se subdivide en sus provincias y cantones, teniendo competencia de conocimiento en virtud de la circunscripción territorial a la que pertenece, además de la materia según la demanda poblacional, debido a que en la actualidad existen jueces multicompetentes que pueden tener conocimiento de casusa absoluta sin restricción de la material.

Si se analiza la justicia indígena, se puede considerar que también son multicompetentes, en virtud de la amplitud de derecho en conocimiento de causa, sin embargo, existen algunas contrariedades sobre la aplicación de penas, sanciones o castigos

³³ Adolfo Alvarado Vellosos, (2005), Jurisdicción y competencia, consultado el 24 de septiembre de 2016, recuperado de: http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Compentencia__AAV.pdf, pág., 37.

³⁴ César Augusto, Gonzáles Ortiz, “*Conflictos de competencia. Jurisdicción especial indígena vs. Sistema judicial Nacional- Fuero Indígena*” (Bogotá: Ediciones Cronopios, 2007), 33.

³⁵ Código Orgánico de la Función Judicial, Capítulo II, Sección II, La Competencia, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, art. 156.

en lo relativo a las acciones de índole penal, y aquellas contra el derecho de las mujeres, o violencia familiar, que merecen ser analizadas con la finalidad de garantizar la amplitud de conocimiento de causa, con la finalidad de garantizar el ejercicio pleno de la justicia indígena.

Se conoce dos elementos dentro de competencia la objetiva y funcional; las mismas que son fáciles de identificarlas dentro del procedimiento penal y como tal la competencia objetiva se sustenta en el “tipo de órgano judicial que resolverá el asunto en primera instancia”³⁶. Para establecer la competencia objetiva de un órgano determinado es necesario conocer las partes que intervienen dentro del proceso, en relación a la materia, aquí se derivan la acción civil, penal, laboral, tributaria, constitucional, y demás que tenga acción de conocimiento legal los órganos judiciales; y la competencia funcional “(competencia para conocer de cada fase del procedimiento: en la primera instancia, quién conoce de cada una de las fases—como consecuencia del principio acusatorio, deben ser órganos distintos—y de los recursos contra las resoluciones judiciales que se dicten; en las siguientes instancias, qué órganos son competentes para conocer de cada uno de los recursos que, en su caso, se interpongan y, por último, quién es el encargado de la ejecución de la sentencia firme)”³⁷.

En fin, se difiere de la competencia objetiva como la determinación del procedimiento, determinación del valor y competencia territorial, mientras que la competencia funcional, en base al tratamiento procesal de la inadecuación del procedimiento, es decir, de oficio, materia o causa para intervenir.

Montero, manifiesta que “para la atribución de competencia objetiva es preciso atender a tres elementos: 1) A la distinción entre faltas y delitos y, dentro de éstos, a la mayor o menor gravedad del hecho en atención al tipo y cuantía de la pena prevista en el CP, 2) A la naturaleza especial del delito (*ratione materiae*), y 3) A la calidad de la persona contra la que se dirige el proceso (*ratione personae*)”³⁸.

Ahora para entender a la jurisdicción indígena debemos partir del pluralismo, mismo que está garantizado por los contextos constitucionales al reconocer de parte del Estado como

³⁶ Mercedes Fernández, (2016), Introducción al proceso penal, Grado en Criminología, Universidad de Alicante, recuperado de: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/22464/1/TEMA_12._LA_COMPETENCIA.pdf

³⁷ *Ibíd.*

³⁸ Juan Montero Aroca, Jurisdicción y competencia. (2014), La jurisdicción como presupuesto del proceso, recuperado de: https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema%2003_todo%2025-3-2014.pdf, p.9

plurinacional y multiétnico, identificándose la diversidad lingüística y de etnias dentro del país, característica denominada como “pluralismo jurídico”, que se refiere al derecho consuetudinario o indígena.

El pluralismo jurídico y la justicia intercultural como práctica jurídica garantizada por la actual Constitución y a cuyo cargo están los jueces de la República y las autoridades indígenas.

En ese sentido, cabe definir que se concibe como “pluralismo jurídico”, para ello la vinculación entre la definición del Ecuador como Estado Plurinacional y el reconocimiento de varios grupos humanos culturalmente diferentes coexistentes en el territorio nacional, sujetos a distintos ordenamientos (sistemas) jurídicos, todos subordinados a la misma organización política denominada Estado y sujetos a la misma normativa constitucional.

En sí el pluralismo jurídico, es la coexistencia de varios sistemas jurídicos, cada uno de ellos con sus propias instituciones, normas, principios y valores de carácter ancestral y consuetudinario, que rigen la conducta o el comportamiento de los miembros de la comunidad entre sí, de todos y cada uno de ellos con la comunidad y que sirven para resolver los conflictos que amenazan su supervivencia o su seguridad.

La implementación del Estado Plurinacional implica una nueva forma de entender y construir el Estado, reconociendo los gobiernos propios de las naciones, nacionalidades, pueblos, comunidades y comunas siendo una oportunidad para construir una nueva dinámica de convivencia intercultural, en diversidad y armonía y así consolidar la unidad nacional en la diversidad.

Uno de los primeros autores que habla sobre pluralismo jurídico es Ehrlich quien manifiesta que es necesario “primero en hablar de un derecho viviente y de la posibilidad de una pluralidad de sistemas jurídicos. Señala que el punto central del derecho no se encuentra en la legislación, ni en la ciencia jurídica, ni en la jurisprudencia. Se sitúa en la sociedad

misma, puesto que el derecho es un orden interno de las relaciones sociales, tales como la familia, las corporaciones, etc”.³⁹

Así mismo Bobbio 1986, señala que el pluralismo jurídico ha recorrido dos fases: “la primera corresponde al nacimiento y desarrollo del historicismo jurídico, donde existe no solo uno, sino muchos ordenamientos nacionales, porque existen muchas naciones que tienden a desarrollar cada una un ordenamiento estatal propio. Esta tiene una forma tiene cierto carácter estatista. En cuanto a la segunda fase le corresponde a la etapa institucional, que parte del supuesto de que existe un sistema jurídico donde quiera que haya una institución, es decir un grupo social organizado”.⁴⁰

Por lo tanto el pluralismo jurídico tal como lo consideran los autores que anteriormente citados es una mirada científica, que desafía el paradigma la ciencia jurídica tradicional, que ya no es apto para dar cuenta de las muy diversas maneras en que se ejerce el poder, en estos tiempos en los que las sociedades han crecido y se reconoce una diversidad en todos los ámbitos

Así mismo Stavenhagen, manifiesta que “el derecho consuetudinario, costumbre jurídica, derecho alternativo, etc., es un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas no codificadas, distinto del derecho positivo vigente de un país determinado, señalándose que la diferencia fundamental entre derecho positivo y el derecho consuetudinario radica en el primero, que está vinculado al Estado, por ser creado mediante órgano competente”⁴¹.

Por lo tanto, “El pluralismo jurídico no pone en cuestión la unidad del derecho, si se establecen mecanismos de coordinación entre justicia indígena y la justicia ordinaria”⁴²,

³⁹ Eduardo Díaz & Alcidez Antunes (2016), *La justicia indígena y el pluralismo jurídico en el Ecuador*, Derecho y Cambio social, Recuperado de: http://www.derechoycambiosocial.com/revista044/LA_JUSTICIA_INDIGENA_Y_EL_PLURALISMO_JUR%20C3%8DDICO.pdf. (Fecha de la consulta: 02 de enero de 2017).

⁴⁰ *Ibíd.*

⁴¹ Stavenhagen, (1988), *Derecho consuetudinario indígena y organización social*, Revista Serie Jurídica, Colecciones IDIES, p. 55.

⁴² Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador*, (Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012), 21.

La justicia indígena está integrada a las comunidades y pueblos ancestrales que mantienen relación activa con la sociedad mestiza, mediante autoridades indígenas que puedan representar a la justicia en igualdad de condiciones, a la vez que se identifican con su propio pueblo y sean estos quienes reconozcan dicha potestad legal, al considerarse plenamente representados para el conocimiento de causas en su territorio, es necesario conocer e identificar las facultades en torno a la materia, por el requerimiento de jueces especializados conforme se lo analiza de la siguiente manera.

Capítulo segundo

2. Problemáticas existentes dentro de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria en base a las competencias por materia, territorio y tiempo

El desarrollo de esta investigación se da porque existen varias problemáticas dentro de la justicia indígena frente a la justicia ordinaria que se las puede observar a lo largo de la presente tesis, sin embargo es fundamental que se realice una primera aproximación respecto a los mimos.

Como es de conocimiento público existe una sentencia en el Ecuador conocida como caso: La Cocha⁴³, en donde se limita materialmente a la justicia indígena, pues el caso fue conocido por los dos sistemas de justicia, y de ello resultó una sentencia de la Corte Constitucional ecuatoriana en la que se señala que si bien la justicia indígena puede resolver respecto de la armonía dentro de una comunidad, es la justicia ordinaria la que debe preocuparse y la única competente para resolver respecto al bien jurídico protegido, en ese sentido lo resulto por la Corte Constitucional con la sentencia si bien genera un precedente jurisprudencial, no termina con la justicia indígena porque resolvió para ese caso en específico.

Por ello la necesidad de que este tema de las competencias se debatan en todas las esferas sobre todo en la académica para poder arribar a una verdadera armonización de las justicias.

En el caso Saraguro las problemáticas entre la justicia indígena y justicia ordinaria son varias debido a que por más que existan preceptos constitucionales de avanzada, no se ha logrado una relación armónica y los casos han sido conocidos por las diferentes instancias, dándose problemas entre la sociedad en general.

⁴³ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia N° 113-14-SEP-CC, Caso N° 071-10-EP, recuperado de: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/Sentencias/0731-10-EP.pdf>, (fecha de consulta: 26 de diciembre de 2016).

La disputa en el reconocimiento de la justicia indígena y la tradición jurídica estatal, sumado a la formación de los juristas en las escuelas de derecho del país y en sí la cultura jurídica dominante hace que “los propios indígenas no siempre reconozcan como verdadera justicia los modos de resolver litigios y organizar la vida social en sus comunidades”⁴⁴, por lo tanto la necesidad de cambiar concepciones, desde todas las aristas iniciando por la sociedad, pasando por las escuelas de derecho del país y sobre todo armonizando el derecho.

En tal lugar es fundamental hacer el análisis de las problemáticas que se dan en la justicia indígena con especial atención al caso Saraguro en cada una de las competencias, adecuadas desde el punto de vista occidental a lo que existe en la justicia indígena.

2.1 Competencia por la materia en la problemática del derecho indígena frente al derecho ordinario

Es necesario que en el presente trabajo investigativo realizar un análisis de lo que significa la competencia material en la justicia ordinaria, para de este modo entenderla, y compararla con la competencia por materia en la justicia indígena obtenida con la investigación empírica y poder obtener puntos de encuentro o desacuerdo que sirvan para cumplir con los objetivos de la investigación.

2.1.1 Justicia ordinaria y la competencia por materia

Como se ha mencionado anteriormente la competencia es la distribución fraccionaria de la jurisdicción, aquella que se la aprecia en base al poder entre los diversos juzgadores, por lo tanto, dentro de ella se deriva la materia, la misma que se determina en virtud de la población, la exigencia de asignar autoridades jurídicas que conozcan y resuelvan específicamente sobre cierta materia, con la finalidad de garantizar la eficiencia, eficacia y agilidad de la justicia.

⁴⁴ Boaventura de Sousa Santos, “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador*, (Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012), 24.

La necesidad de la materia para conocimiento de causa se la asocia en razón del comportamiento humano, o de la misma sociedad, “se trata del contenido u objeto del acto, según conforme se refiera a uno u otro asunto administrativo, siendo las tareas o actividades que el órgano puede legítimamente realizar”⁴⁵, de esta manera se atiende a la demanda social en busca de garantizar y hacer valer sus derechos individuales o colectivos.

De esta manera, se puede establecer según la naturaleza del estudio del acto, hecho o acción de la persona, que determina la relación del efecto como daño, obligación, afectación del delito o contravención, según sea su accionar.

Dentro de la materia civil por ejemplo se analiza la existencia de las personas desde su vida hasta la extinción de la misma a través de la muerte, de esta manera priman las responsabilidades de cumplimiento sobre sus obligaciones, a la vez que su delegación sucesoria de sus ascendientes o descendientes, el estudio de la relación contractual de las personas que viven dentro de una misma sociedad, comunidad, provincia o cantón, con la finalidad de garantizar los derechos individuales y colectivos de las personas, primero identificándola desde su existencia legal, sus derechos, limitaciones en razón de la edad, desarrollo intelectual, grado de dependencia, etc., una vez conociendo y delimitando su posición se puedan adaptar ante la adquisición de obligaciones de hacer o dar, que se derivan de los contratos.

Ahora dentro del derecho civil se han acoplado el derecho individual o colectivo de los bienes muebles e inmuebles como patrimonio de instancia privada o pública, de esta manera se garantiza el derecho a la adquisición, enajenación de bienes y todos los problemas que de ello se deriven, los modos de adquirir el dominio, y demás, que sean contemplados dentro de esta área, donde los jueces deban ser limitados y reconocidos como jueces de lo civil, con amplitud de derecho en conocer, decidir sobre asuntos de esta naturaleza, en miras del territorio para el cual ha sido asignado, como se analizara con detenimiento en el siguiente capítulo, en razón del territorio, en todo caso esta materia se acoge a su derecho escrito que es el Código Civil, donde el juez debe de conocer y resolver asuntos que se vinculen con este tipo de orden jurídico.

⁴⁵ Agustín Gordillo, (s./f.), Capítulo XII, Los Órganos del Estado, 8.1. Competencia en razón de la materia, recuperado de: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf, p. XII-13.

Así como existen jueces que conocen las áreas civiles, la jurisdicción ha creado los jueces que conocen las acciones que nacen en la familia, la niñez y adolescencia, con la finalidad de garantizar el crecimiento armonioso, afectivo de los integrantes de la familia, con la finalidad de disminuir la cantidad delincencial socialmente hablando, por esta razón el estudio de los derechos de las personas que conforman la familia, es elemental, y asigna jueces que garanticen dichos derechos como el derecho a alimentos, cuidados y demás que requieran los menores de edad para garantizar su existencia y desarrollo social.

Los jueces penales que se sujetan a los enunciados del Código Orgánico Integral Penal, en cambio conocen y resuelven acciones derivadas de la acción y hecho penal, omisión y culpa, es decir, del daño que cause a las personas, a los bienes públicos o privados, garantizando el derecho a la vida, y a la integridad física y personal por lo tanto este tipo de jueces conocen, resuelven y aplican sanciones o penas, con la finalidad de garantizar la convivencia humana, aquellas acciones comportamentales vinculadas a la falta de desarrollo social de vivir en armonía sin causar daño, requieren de la intervención de un juez especial que se encargue de analizar cada caso con la finalidad de favorecer a la parte afectada.

La materia es garantizada en el artículo 156 del Código Orgánico de la Función Judicial, al reconocerla como una acción de limitación de ejercicio y accionar de las cotes, tribunales y juzgados.

Hasta aquí se puede determinar que la justicia ordinaria ha regulado a los administradores de justicia en virtud de la materia con la finalidad de garantizar la aplicación de la justicia de manera digna, justa, y con celeridad, sin embargo, existen otras áreas o materias como la acción laboral, forestal, minería, etc., que regulan su accionar delimitado hacia la materia para las cuales han sido designados, esta se sostiene ante la demanda y crecimiento social de la población que exige cada día más la presencia de más jueces especializados que ayuden en el estudio de casos, conociendo como la “incompetencia respecto a materias administrativas de otros órganos, o sea, ejercicio por un órgano de atribuciones que corresponden a otros órganos de la administración pública”⁴⁶, siendo conocida como incompetencia absoluta de poder conocer las causas, que es lo que delimita

⁴⁶ Agustín Gordillo, (s./f.), Capítulo XII, Los Órganos del Estado, 8.1. Competencia en razón de la materia, recuperado de: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf, p. XII-13.

la materia en razón de la competencia, además también se identifican la “incompetencia respecto a material judiciales, cuando la administración adopta decisiones que solo pueden ser tomadas por los órganos del poder judicial”⁴⁷, y finalmente enuncia la “incompetencia respecto a materias legislativas, cuando los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que solo pueden ser resueltas por el congreso o asamblea”⁴⁸, debemos considerar que son las actividades que o tareas que la legislación emite para que cada autoridad judicial pueda ejercer su actividad.

El artículo 11 del Código Orgánico de la Función Judicial manifiesta:

Principio de especialidad:- la potestad jurisdiccional se ejercerá por las juezas y jueces en forma especializada, según las diferentes áreas de la competencia. Sin embargo, en lugares de escasa población de usuarios o en atención a la carga procesal, una jueza o juez podrá ejercer varias o la totalidad de las especializaciones de conformidad con las previsiones de este Código.⁴⁹

Claramente se legaliza la especialización de materias dentro de la justicia ordinaria, y en razón de la demanda poblacional, dejando en claro que en los lugares de baja demanda de usuarios el juez adquiere la multicompetencia de funciones para conocer y resolver las causas, con la finalidad de asegurar y garantizar la justicia.

2.1.2 Justicia indígena y la competencia por la materia

Al analizar la actuación legal o jurídica de la justicia indígena se tiene otra realidad, las autoridades indígenas no tienen limitación en el conocimiento de causas relativas a las materias, ellos son capaces de manejar, conocer y resolver cualquier acción que vaya en contra de la paz social o comunitario, por lo tanto, el accionar de la justicia indígena equivaldría a lo que en la justicia ordinaria se conoce como multicompetente (en la actualidad en el Ecuador existen juzgados que tienen competencia para conocer casos: civiles, penales,

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

⁴⁹ Código Orgánico de la Función Judicial, Corporación de Estudios y Publicaciones, Título I, Principios y disposiciones fundamentales, capítulo I Ámbito, art. 11.

laborales, penales, etc) que limiten su conocimiento de causa y mucho menos la deliberación y resolución o sentencia de los mismos.

El artículo 1 de la Constitución claramente señala y reconoce en su parte pertinente “El Ecuador es un Estado (...) plurinacional...”⁵⁰, haciendo énfasis en la existencia de catorce comunidades indígenas, que inciden y varían en la ley de origen, en la tradición indígena, lo que es el derecho consuetudinario, la obligación de respetar los derechos indígenas y los mínimos jurídicos que deben observar dicha justicia, de la cuales las comunidades indígenas son capaces de conocer y resolver sobre cualquier asunto que incurra o afecte la paz social dentro de su comunidad.

El principio *pro libertatis*, es garantizado a favor de los indígenas en el artículo 10 de la Constitución de la República del Ecuador que señala “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los hechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales”⁵¹, y en ninguno de ellos regula, limita o aplica restricciones en el conocimiento de causas de la justicia indígena mucho menos delimita la organización o distribución de la jurisdicción y competencia por sección de materias, al contrario la multicompetencia de funciones no restringe su accionar jurídico, amplio y suficiente para intervenir.

El estudio de casos dentro de la justicia indígena son tratados de conformidad con el procedimiento consuetudinario para resolver los conflictos sin requerir de una especialización adicional de parte de las autoridades indígenas para accionar su intervención como sucede con la justicia ordinaria, garantizándose la libertad, que aseguran el buen vivir o “sumak kawsay”⁵², entre quienes conforman la comunidad indígena. Los principios, legados ancestrales indígenas, que se dan generación tras generación de abuelos a padres y

⁵⁰ *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Título I, Elementos Constitutivos del Estado, Quito, 2010, Art. 1.

⁵¹ *Ibíd*, Título II, Derechos Quito, Art. 10.

⁵² “Sumak Kawsay” (o Suma Qamaña, en aymara) Esta noción que ha sido traducida como “Buen Vivir”, pero cuya acepción más pertinente sería “Vida en plenitud”, ha sido retomada y recreada desde la confirmación de las vivencias ancestrales de los pueblos indígenas y de su forma de construir tanto su socialidad como su relación con la naturaleza. En la recuperación de sus formas ancestrales de convivencia, los pueblos indígenas han encontrado, de una parte, las formas políticas de resistencia al capitalismo y a la modernidad y, de otra, las alternativas a ese mismo sistema capitalista. Dávalos, Pablo, *Sumak Kawsay La vida en plenitud*, recuperado de: <http://www.puce.edu.ec/documentos/CuestionessobreelSumakKawsay.pdf>, p. 1.

de padres a hijos, garantizan una administración de justicia, eficaz, eficiente, oportuna con la finalidad de sostener la plenitud de la vida personal, social y con relación al cuidado, convivencia con el entorno natural en base a su legado, ejerciendo el control comunitario efectivo.

Las autoridades indígenas son competentes desde el punto de vista de las mismas autoridades y amparados por la costumbre, para conocer las distintas transgresiones de orden público o privadas, según afecten a la comunidad como un todo 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.

Según Julio César Trujillo, 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.⁵³

En la jurisdicción indígena, y tal como lo reconoce la Constitución ecuatoriana, 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, es decir, las autoridades indígenas tiene competencia para conocer todas las materias, para esto último es necesario referirnos a lo que señala Marcela Sánchez cuando señala que “[...] si consideramos el derecho indígena desde la perspectiva del pluralismo jurídico, a diferencia del derecho estatal, este no contempla una división por materias”.⁵⁴ Es decir sin límite de la gravedad y cuantía de los hechos dentro del ámbito de su territorio e incluso extraterritorialmente respecto de los miembros bajo ciertas circunstancias y que sean relevantes para la intervención de la comunidad, “[...] basados en la jurisdicción especial que permite conocer

⁵³ Julio César Trujillo, “Administración de justicia indígena”, Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador, consultado en: <<http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/TRUJILLO%20JULIO%20CESAR.pdf>> (Fecha de consulta: 10 de enero de 2015)

⁵⁴ Marcela Paz Sánchez Sarmiento, (), *Limites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en materia penal*, (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2015), 43

estos hechos fuera de su territorio pero con personas pertenecientes a la comuna y que haya tenido conocimiento antes que la justicia ordinaria⁵⁵.

En el Art. 171 de la Constitución de la República así como el Convenio 169 de la OIT en su artículo 9.1 no se limita el conocimiento de alguna materia a la administración de justicia 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.

El fin que persigue la justicia indígena en sí, es el restablecimiento de la armonía colectiva, sujeta a la aplicación de medidas de conciliación ejemplificadoras que permita a quien incumple la ley reconocer su error, el arrepentimiento y el compromiso de no volver a reiterar la acción.

Se deja en claro el accionar de la justicia ordinaria e indígena en el conocimiento de causas, cuando en materias o tipo de especialización se requiere con la finalidad de asegurar su intervención legítima, jurídica y efectiva, sin embargo, la justicia indígena manifiesta que en varias ocasiones la justicia ordinaria ha irrumpido en decisiones jurídicas que han sido tomadas y procesadas en virtud de sus derechos consagrados, reconocidos que legitima la intervención para el conocimiento de causas, y para muestra de ello tenemos el caso La Cocha, el mismos que en síntesis sobresalen los siguientes antecedentes:

Que la Corte Constitucional conoce mediante Acción Extraordinaria de Protección signada con el número 0731-10-EP, caso conocido como La Cocha en donde su parte pertinente señala:

(...)Que la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico protegido 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

⁵⁵ Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. Revista El Otro Derecho. (Bogotá:/CO, (30), 2004), 171-195.

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(...)⁵⁶

Analicemos detenidamente hasta aquí el pronunciamiento o resolución emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, donde se identifica que sobre el mismo asunto del caso de asesinato cuya participación directa involucra a cinco integrantes de la comunidad de La Cocha, cuyas autoridades indígenas sostienen el conocimiento de causa, y ante el hecho delictivo han tenido que aplicar su legítima intervención, tomado una decisión razonada, participativa entre la parte afectada y los implicados, basado en la ausencia de limitaciones en conocimiento de causas por materia que se deduce le asigna el derecho consuetudinario, ancestral de la justicia indígena, que no sostiene limitaciones de intervención legal, otorgando el reconocimiento interventor de la justicia indígena, para conocer, resolver sobre los asuntos internos de la comunidad.

Pero los familiares de la parte afectada o del occiso, una vez tomada la resolución o sentencia de parte de la justicia indígena, al no ver claras las medidas adoptadas en acatamiento directo por los sentenciados, considera que no se están prestando las garantías adecuadas y solicita la intervención de la justicia ordinaria, con la finalidad de que se garantice el derecho a la protección al bien jurídico conocido como el “interés vital para el desarrollo de los individuos de una sociedad determinada que adquiere reconocimiento jurídico”⁵⁷, que viene a ser los derechos fundamentales que se debe de primar para este tipo de acciones delictivas en razón de accionar una justicia expedita, acertada, garantista de los derechos de la parte afectada, y en razón de ello interviene sobre el mismo asunto la justicia ordinaria, es decir se vuelve a procesar a judicialmente a los sentenciados de la causa de asesinato, y para ello la Corte Constitucional enuncia que la justicia indígena solo actuó y resolvió sobre los efectos sociales y culturales, jamás garantizó el bien jurídico vida, por lo

⁵⁶ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del caso La Cocha, Boletín de prensa 058 del 30 de julio de 2014, recuperado de: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/boletines_2014/boletin58.pdf. 25 octubre 2015.

⁵⁷ Mariano Kierszenbaum. *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual*, Lecciones y ensayos Nro. 26, 2009. P 187.

tanto la justicia ordinaria con justa intervención analiza y resuelve mediante sentencia en el mismo asunto.

Si la Constitución garantiza el debido proceder de la justicia indígena sin limitación del conocimiento de causas, es en base a este incidente que la justicia ordinaria adopta medidas restrictivas al conocimiento de causas en base a la materia penal directamente como es el caso del asesinato, homicidio, violencia intrafamiliar, etc., porque supuestamente la justicia indígena es incapaz de sostener y garantizar el bien jurídico vida, pero esto acaso no es una intromisión a las funciones jurisdiccionales de la justicia ordinaria en la justicia indígena, restándole niveles de competencia. Se debe considerar que bajo la justicia indígena existe el sometimiento voluntario de ambas partes tanto de la afectada como de los involucrados en la acción delictiva, y como tal, reconocen la capacidad legal de intervenir y decidir sobre dicho asunto, sin embargo, la falta de garantías en el cumplimiento de la pena y de sobreproteger a los familiares de la víctima debió ser reclamada ante la justicia indígena para que haga cumplir la sentencia, lo cual no sucedió.

En la misma sentencia de La Cocha, se hace referencia a que cuando se trate de los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del Sistema de derecho Penal ordinario, “aún en los casos en los que los presuntos involucrados sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro del ámbito territorial de una comunidad indígena, pueblo o nacionalidad. La administración de justicia indígena conserva su jurisdicción para dar solución a los conflictos internos que se producen entre sus miembros dentro de su ámbito territorial y que afecten sus valores comunitarios”⁵⁸.

En este acápite evidencia y sostiene la intromisión, restricción de competencia en el conocimiento de causa asignado por la materia, hacia la justicia indígena, tanto en el campo de la jurisdicción y competencia al sostener que es facultad exclusiva y excluyente de la

⁵⁸ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del caso La Cocha, Boletín de prensa 058 del 30 de julio de 2014, recuperado de: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/boletines_2014/boletin58.pdf, p. 1-2.

justicia ordinaria conocer causas que atenten contra la vida de toda persona, y delegarlas a los jueces especializados supuestamente por sus niveles de competencia material, es notorio que la justicia ordinaria delimita funciones jurisdiccionales y de competencia de la justicia indígena, omitiendo los principios constitucionales que sostienen la no intromisión de la justicia ordinaria en casos que conoce y resuelve la justicia indígena o viceversa.

Además, aseguran que la capacidad de la justicia indígena solo se remite a los conflictos internos de menor jerarquía, es decir, analiza, critica y restringe funciones de jurisdicción y competencia, porque no están de acuerdo en cómo solucionan los conflictos las comunidades indígenas, del mismo modo en cómo se cuestionan sus acciones de sanación antes señaladas como son los baños de agua fría en el sentido de la purificación y un manajo de ortiga en calidad de castigo, considerados como denigrantes u ofensivos a la integridad personal, sin embargo, estos calificativos no son base legal para restringir funciones de jurisdicción y competencia de la justicia indígena, hay que considerar que la justicia ordinaria en algunos casos tampoco ha podido procesar de manera adecuada, y como tal no da facultad legal de intervenir a la justicia indígena aduciendo la falta de proceder y juzgamiento de las personas por acciones delictivas o de infracciones que la justicia ordinaria deja en indefensión a las partes afectadas.

b) Las autoridades de justicia penal ordinaria, en el procesamiento y resolución de casos penales que involucren a ciudadanos indígenas, aplicarán obligatoriamente lo establecido en el Convenio 169 de la OIT.⁵⁹

Se sostiene que los jueces especializados en materia penal de la justicia ordinaria, deben accionar en virtud a un convenio que fue emitido a favor de las comunidades indígenas, para que las autoridades indígenas accionen de manera oportuna el conocimiento de causa de manera inequívoca sin restricciones sobre los integrantes de su comunidad, es decir, el juez especializado, hará las veces de autoridad indígena, deberá manejar el derecho consuetudinario y ancestral y aun a sabiendas de su procedencia y acción deben remitirse al Código Orgánico Integral Penal, con lo cual, convergen ambas justicias tanto la ordinaria e indígena. Nuevamente se deja de manifiesto la subrogación de funciones en razón de la

⁵⁹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del caso La Cocha, Boletín de prensa 058 del 30 de julio de 2014, recuperado de: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/boletines_2014/boletin58.pdf, p. 1-2.

jurisdicción y competencia que tiene la justicia ordinaria, cuyas facultades se amplían e interfieren la justicia indígena, es decir, no existe una garantía constitucional plena que permita el libre accionar de la justicia indígena se irrespeta los tratados internacionales vigentes que el mismo Estado sostiene garantizar a favor de las comunidades indígenas locales.

En este caso es notoria la intromisión de competencias entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, al subrogarse funciones en nivel de competencia de materia de parte de la justicia ordinaria, perjudicando el accionar libre, que a derecho consuetudinario, ancestral le ha sido reconocido y atribuida a la justicia indígena, por lo tanto, existe un doble juzgamiento de los procesados, el accionar debió ser planteado ante la justicia indígena que conoció la causa para que preste garantías en el cumplimiento de la pena resuelta en concurrencia de las partes procesales, ante la autoridad indígena, derivado a ello la justicia ordinaria sin justificación alguna, delimita la jurisdicción y competencia jurídica de la justicia indígena, sustentándose en un análisis vano, inverosímil del accionar en la asignación de castigos sobre ciertas causas entre ambas maneras de administrar justicia, considerándose como justa e implacable la ordinaria sobre la justicia indígena, dejando de lado el fin que persigue en base al derecho ancestral genera el buen vivir entre los integrantes de las comunidades indígenas.

Así mismo se tiene el caso Saraguro donde el juzgamiento de algunos miembros de la comunidad de Saraguro se lo efectuó mediante la justicia ordinaria al asumir que sus acciones son de índole y tipo penal, como tal en base a las última resoluciones de la Corte Constitucional y reformas legales donde están plenamente facultados para conocer la causa y resolver sobre este tipo de asuntos, conforme se expone de la siguiente manera:

El 17 de agosto de 2015 se produjo un paro en el cantón Saraguro en el que se enfrentaron indígenas con la fuerza pública, de ello inició un proceso legal en el cual se detuvieron a 26 indígenas de la localidad; el ministerio del interior plantea una acusación particular ya que señalan que los hechos desprenden responsabilidades de tipo penal de acción pública, conducta penalmente relevante, y acusan a los procesados por el delito de Ataque o resistencia en calidad de autores del delito tipificado en el Art. 283 del COIP, además se pide que se les condene a un pago de 150.000,00 dólares americanos por concepto de indemnización.⁶⁰

⁶⁰ Consejo de la Judicatura Saraguro, Loja, (2016), Sentencia juicio N° 11313-2015-00435. Caso los 26 de Saraguro.

Hasta aquí existe el conocimiento de causa de parte de la justicia ordinaria, a través del Ministerio del Interior, quien acusa a los 26 indígenas detenidos a causa de una protesta realizada por la comunidad indígena de Saraguro, sosteniéndola en acción de tipo penal como es ataque y resistencia, motivada por la destrucción de equipos policiales y agresiones físicas y verbales a los agentes que controlaban los disturbios el 17 de agosto del 2015, por lo tanto, si analizamos detenidamente el conocimiento de causa por ataque y resistencia es una acción de conmoción social relativa a los conflictos internos de la comunidad, hay que considerar que las acciones se las realizaron en su lugar tradicional de asentamiento comunitario, por lo tanto este tipo de acusación se la debió ejercer ante las autoridades indígenas, sin embargo, se la antepone ante la justicia ordinaria.

Sin embargo, paralelamente el 28 de septiembre del 2015, las Autoridades de justicia indígena del Consejo Ayllus en uso de las facultades jurisdiccionales que les confiere el Art. 171 y 57 numeral 10 de la Constitución ecuatoriana, los Arts. 18 y 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los pueblos y nacionalidades indígenas y Art. 8 numerales 1, 2 y 3 del Convenio 169 de la OIT, se instalan en Asamblea comunitaria para resolver las denuncias presentadas por los 26 indígenas que fueron acusados por la justicia ordinaria, en contra de las autoridades civiles: Gobernadora de la provincia, Jefa política, comisario nacional del cantón Saraguro y contra varios policías acantonados en el cantón, así como jefes de instancias superiores, en base a las circunstancias fácticas desarrolladas el 17 de agosto de 2015 en diferentes comunidades pertenecientes a Saraguro.⁶¹

Existe una denuncia interpuesta ante las autoridades indígenas en contra de algunas autoridades de la provincia de Loja, con la finalidad de exigir algunos derechos que han sido violentados y derivados de la acción de protesta de fecha antes señalada con la finalidad, de que tome conocimiento de causa y se resuelva sobre el conflicto interno como ellos lo sostienen, es decir, identifican que el conocimiento de causa debe de ser analizado por la autoridad indígena, no por la justicia ordinaria, debido a que esta acción está vinculada con los daños a la propiedad, que no tienen nada que ver con el derecho penal limitante de la materia que se ha impuesto como el conocimiento de muerte, homicidios violencia intrafamiliar, entre otros, con lo cual se amplía el conocimiento de los jueces especializados de lo penal de la justicia ordinaria, en el conocimiento de causas penales, es decir, interfiere rotundamente en la jurisdicción de la justicia indígena, porque se limita casi en todas las

⁶¹ Consejo de la Judicatura Saraguro, Loja, (2016), Sentencia juicio N° 11313-2015-00435. Caso los 26 de Saraguro.

acciones penales tanto de tipo personal como material, en este caso de los bienes públicos, en el caso de los daños ocasionados a la indumentaria policial.

Ahora vale señalar si las infracciones de tipo penal también serán a lo futuro excluidas de la competencia y jurisdicción indígena, es decir, queda plenamente subordinada a la justicia ordinaria, de esta manera se consolidaría una rotunda intromisión de funciones legales de la justicia ordinaria en la justicia indígena, estableciendo limitaciones, restricciones que provocaría nuevamente una violación al derecho consuetudinario, ancestral de la justicia indígena, cuyo legado no contempla limitación alguna para poder conocer y resolver la causa.

La justicia indígena, legitima su nivel de intervención en razón de la materia sustanciándose en virtud de las limitaciones legales enunciadas por parte de la Corte Constitucional, acontecidas por el caso La Cocha, y en razón de tales limitaciones, acciona su conocimiento de causa por ser un asunto netamente interno, es decir, está facultado para conocer y resolver la causa.

Plenamente se hace mención de la jurisdicción y competencia que le asiste a la justicia indígena sobre este asunto planteado por los 26 indígenas, en contra de personas que no pertenecen a la comunidad indígena, pero cuya acción involucra y perjudica a comuneros y solicitan la intervención legal de la justicia indígena para dar una solución al conflicto interno que ponen en conocimiento, y como tal asientan el sostener la competencia de conocer y resolver sobre dicho asunto ordenándose la citación de la parte denunciada, así tenemos un extracto del proceso de los 26 de Saraguro que señala:

De los citados dan contestación a la misma la Jefa política del cantón Saraguro, quien manifiesta: “Cabe recalcar que si bien nuestra Constitución de la República del Ecuador reconoce la administración de justicia indígena, el mencionado proceso ya se encuentra ventilando en la justicia ordinaria dentro del proceso 0043-2015, como funcionaria pública y en representación del Estado, debo garantizar el curso del debido proceso tal como lo dispone la Justicia ordinaria.

Así mismo la policía nacional da contestación a la citación y menciona que ellos no asistirán a la asamblea de la justicia indígena puesto que ellos no han cometido delito alguno y que además ellos al ser un ente estatal parte del ejecutivo, deben ser juzgados por la justicia ordinaria, de ser el caso.

TAPUYKUNA (investigación): La Autoridad indígena organizó cinco asambleas comunitarias en las que formó comisiones para la recopilación de evidencia, receptor versiones, etc.

KILLPICHIRINA (resolución): La Autoridad indígena luego de realizar las investigaciones y las asambleas resuelve solicitar que se archive el proceso N° 00345-2015 o en su efecto se decline la competencia ante la jurisdicción indígena. Así mismo la asamblea comunitaria resuelve que las autoridades denunciadas, jefa política del cantón Saraguro y Gobernadora de la provincia de Loja así como la directora del Hospital de Saraguro sean procesados por las autoridades del pueblo Kichwa Saragur. La asamblea en el literal e) Resuelve que el señor Juez multicompetente del cantón Saraguro revoque la decisión del uso de un dispositivo de vigilancia electrónica para dos procesadas.

Esta resolución fue puesta en conocimiento del Juez del cantón Saraguro para los fines pertinentes.⁶²

La justicia indígena al sostener las respectivas contestaciones de parte de las autoridades del cantón Saraguro, la gobernadora de Loja, y demás autoridades policiales que han sido vinculadas en la causa, las asambleas internas indígenas deciden que este es un asunto netamente indígena, remitiendo dichas decisiones a la justicia ordinaria, para que solicite la sustentación de la misma y que la justicia ordinaria decline el conocimiento de causa, con el archivo del proceso para su posterior tramitación, lo cual no acontece y la justicia ordinaria continua su proceso hasta alcanzar la sentencia respectiva en contra de los 26 indígenas que han sido procesados y condenados a través de la justicia indígena.

Si se analiza detenidamente, el tráfico de drogas es una acción penal que las comunidades indígenas están exentas de dicha problemática, toda vez que no han desarrollado los comuneros empatía sobre dicha actividad ilícita y mucho menos se encuentran involucrados en su consumo, por lo tanto, la justicia ordinaria contempla su hegemonía en el conocimiento de dicha causa, sustentado en la protección del bien jurídico, humano o social en virtud de los problemas sociales que se derivan sobre el tráfico de drogas, al momento no se conoce en el caso de estudio resoluciones de autoridades indígenas respecto a este tema.

Las comunidades indígenas sostienen el desarrollo social sujeto a las buenas costumbres y prácticas sociales amigables, dejando de lado aquellas acciones que inciden en la alteración del comportamiento de los individuos, al declarársela como una acción destructiva que se la enmienda de manera directa sobre quienes están sumidos en su consumo,

⁶² Consejo de la Judicatura Saraguro, Loja, (2016), Sentencia juicio N° 11313-2015-00435. Caso los 26 de Saraguro.

en base a la aplicación de trabajos comunitarios y vigilancia permanente de los miembros de la familia para garantizar su recuperación, pero casos de tráfico de drogas de los indígenas es casi imperceptible o nula su existencia en el medio. En esta parte la justicia indígena no objeta el conocimiento de causa de manera exclusiva de la justicia ordinaria para juzgar y sancionar dichas acciones que según los indígenas no se produce o se conoce de su existencia dentro de las comunidades indígenas.

Ahora bien, en razón de las causas de instancia penal de los delitos tributarios, la comunidad indígena específicamente la justicia indígena discrepa, toda vez que si tienen el pleno derecho de conocer, tramitar sobre dichas causas debido a que existen indígenas que activan y producen de manera abierta en base a la facultad de sus derechos y como tal pueden incurrir en acciones de delitos tributarios de los cuales no pueden ser excluidos de conocerlos y tramitarlos de manera arbitraria, ahí cabe el desplazamiento de la justicia indígena, sobre las garantías plenas del legítimo derecho a desarrollar sin limitaciones, restricciones de las competencias jurídicas de la justicia indígena, dejando en claro una intromisión de facultades, debido a que no existe el bien jurídico antepuesto en los delitos de asesinato o violencia contra las personas por las cuales, la justicia ordinaria considero la incompetencia y limitación de facultades de la justicia indígena, es decir, no se respeta la jurisdicción penal indígena en la amplitud de su conocimiento.

Las acciones pecuniarias de la piratería no son susceptibles del conocimiento jurídico de la justicia indígena, a que la justicia ordinaria también la considera de su exclusividad, lo que da a entender que existen varias acciones legales de tipo penal contempladas en el Código Integral Penal consideradas como propias de su competencia excluyéndola del conocimiento de la justicia indígena de manera arbitraria, debido a que son acciones pecuniarias que pueden ser conocidas, juzgadas por la justicia, con lo cual se corrobora las limitaciones arbitrarias de la justicia ordinaria que irrumpe sobre el libre desempeño de la justicia indígena en el libre ejercicio jurídico, amplio, sin restricciones que la misma constitución reconoce.

Las limitaciones hacia la justicia indígena se establecen a partir del 30 de julio de 2014, derivada de la sentencia asumida por la Corte Constitucional, donde se limitan la competencia de las autoridades indígenas, debido a que todos los casos de conflictos internos

ya no son de exclusiva competencia debido a que en la parte pertinente de la resolución se enuncia:

La jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva y excluyente del sistema de Derecho Penal Ordinario, aun en los casos en que los presuntos involucrados y los presuntos responsables sean ciudadanos pertenecientes a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, así los hechos ocurran dentro de una comunidad, pueblo o nacionalidad indígena.⁶³

Es necesario considerar que en base al Código Orgánico Integral Penal vigente desde el 10 de agosto del 2014, publicado en el suplemento del registro oficial N° 180 del lunes 10 de febrero de 2014, señala que:

Los delitos que se encuentran en el capítulo segundo denominado Delitos contra los derechos de libertad, sección primera Delitos contra la inviolabilidad de la vida, en sus artículos 140, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148 y 149, es decir los delitos de: Asesinato, Femicidio, Sicariato, Homicidio, Homicidio culposo, Homicidio culposo por mala práctica profesional, Aborto con muerte, Aborto no consentido, Aborto consentido, no serán juzgados por las autoridades de la jurisdicción indígena, sino que, constituye una competencia exclusiva de las autoridades de la jurisdicción ordinaria, por resolución de la Corte Constitucional.⁶⁴

Sumado a ello contemplan otras acciones delictivas como el tráfico de drogas, la piratería, que son acciones que pueden ser conocidas por las comunidades indígenas de manera directa y dada la eficacia de control y saneamiento de quienes pertenecen activamente a la comunidad pueden subsanar toda clase de acción ilegal o ilegítima en la cual hayan incurrido los miembros de una comuna en relación a este tipo de delitos. Si bien, la justicia ordinaria aplica las penas de reclusión o privación de la libertad con la finalidad de asegurar y garantizar el bienestar de quienes imponen el reclamo judicial y como medio de sanción regeneradora y formativa del reo, la justicia indígena aplica métodos de integración para subsanar el impase, aliviando paulatinamente el hecho doloroso incurrido, e incluso acercando a las familias involucradas en el daño para subsanar diferencias, acción no vista como favorable desde la objetividad legal penal ordinaria que conserva resentimientos generados del hecho dañoso y sustenta su accionar en la prevención del cometimiento de nuevas acciones delictivas.

⁶³ Yumbay Yallico, Mariana, Dra. Revista Ensayos Penales N° 10 de la Corte Nacional de Justicia, Jueza de la Corte Nacional de Justicia, recuperado de: <http://www.derechoecuador.com/utility/Printer.aspx?e=37253>

⁶⁴ *Ibíd.*

La justicia indígena aplica otro método de reinserción social, de pronto mal vista por la no prevención de nuevas acciones ilegítimas producto del rencor, generado del hecho dañoso, pero si interpone acciones de convivencia entorno al buen vivir para subsanar el daño y sostener la convivencia social indígena, bajo la vigilia de los comuneros que se involucra en la protección adicional de las partes para evitar nuevos enfrentamientos o acciones dañosas futuras, las cuales desconoce la justicia ordinaria y por ende las interpreta como una omisión de la tutela efectiva garantista de la parte afecta al no proteger el bien jurídico.

A partir de entonces, se ha abierto un escenario de múltiples debates al respecto si en realidad están en capacidad de resolver los conflictos internos, si no son abogados?, Si deberían resolver todo los conflictos o solo aquellos de menor cuantía o lo que algunos han dicho, robo de gallinas, problemas conyugales y nada más?, Si efectivamente las sanciones impuestas por las autoridades indígenas son efectivas sirven o no sirven?, Si en una resolución del conflicto quien es la autoridad competente?, Si un asesinato puede ser considerado un conflicto interno o se trata de un delito? entre otras han sido las interrogantes y cuestionamientos, bajo los cuales se han venido desarrollando durante todos estos años.⁶⁵

Todo este escenario sumado a las resoluciones de la Corte Constitucional ecuatoriana hacen que en el sistema de justicia ordinaria exista un problemática en la declinación de competencias prevista en el artículo 345 del Código Orgánico de la Función Judicial, ya que las autoridades indígenas siguiendo el procedimiento prescrito en la norma legal antes referida, al reclamar la competencia para conocer y resolver casos de muerte, violación o de lesiones, ocurridos dentro de su ámbito territorial, y que tanto los afectados y víctimas son miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades, los jueces de la jurisdicción ordinaria en algunos casos se han pronunciado negando dicha declinación, mientras en otros se han aceptado las declinaciones y han sido remitidas a las autoridades de la jurisdicción indígena para su resolución.

Pero esta acción limitadora de la competencia de la justicia indígena, también se aplica en la amplitud del conocimiento en relación al territorio, el mismo que no ha sido delimitado porque existen comunidades que no han definido de manera integral la zona ancestral de ocupación, asentamiento, o de trabajo a las cuales las comunidades indígenas se desplazan, que se verá en el siguiente acápite de la tesis cuando se hable de la competencia por territorio.

⁶⁵ Mariana Yumbay Yallico, Revista Ensayos Penales N° 10 de la Corte Nacional de Justicia, Jueza de la Corte Nacional de Justicia, recuperado de: <http://www.derechoecuador.com/utility/Printer.aspx?e=37253>

La competencia por materia en la justicia ordinaria según se lo deja señalado en los párrafos precedentes, está debidamente clara y las actuaciones por parte de los operadores de justicia no han tenido conflictos al aplicarlas, pues todo está normado y debidamente señalado, se genera una problemática cuando se pone estas actuaciones frente a la administración de justicia indígena que de lo analizado no hace diferenciación en la materia sino que reconoce a todos los casos como un todo, pues si bien la Constitución y la ley reconocen que existe mecanismos de declinación de competencias, no existe en los administradores de justicia un verdadero sentido intercultural y siempre se la ve a la Justicia Indígena de arriba hacia abajo y se otorga competencias respecto únicamente a casos sencillos o que pueden ser determinados como conflictos internos, todos los demás casos generan controversia.

2.2 Competencia territorial en la problemática del derecho indígena frente al derecho ordinario

La competencia territorial es sin duda una de las competencias más importantes que existe dentro del derecho indígena, porque viéndolo de manera sencilla podría ser suficiente para que la justicia indígena conozca un caso, sin embargo de lo analizado en el caso Saraguro también genera problemáticas debido a que no se trata de un pueblo aislado o debidamente delimitado, puesto que se encuentra dentro de un cantón en el cual existe un porcentaje bastante alto de mestizos y las comunidades indígenas son dispersas y existe las autoridades indígenas que ejercen su competencia en todo el cantón e incluso en las provincias vecinas, por ello la necesidad de analizar todo lo concerniente a esta competencia desde el punto de vista ordinario y luego desde el caso específico Saraguro.

2.2.1 La justicia ordinaria y la competencia territorial

La competencia también se suscribe en base al territorio que hace referencia “el lugar físico donde se encuentran los sujetos u objeto de la controversia o donde se produjo el hecho

que motiva el juicio”⁶⁶, en nuestra legislación comprende todo el territorio nacional del Ecuador, que incluye suelo, subsuelo, plataforma continental, zócalo marino, mar territorial, aire, embajadas, legaciones existentes en el extranjero, donde la competencia jurídica nacional tiene jurisdicción y competencia.

Ahora en lo que respecta al Ecuador su territorio a más de ser demarcada en base a sus límites internacionales, se refiere a la división política interna en provincias, las cuales delimitan el accionar de las Cortes y Tribunales de justicia, del mismo modo que se determinan los lugares o zonas reconocidas como tierras comunales o de origen ancestral por asentamiento de las comunidades indígenas, las cuales son protegidas, para garantizar su patrimonio y en base a esto sustentar la jurisdicción y competencia territorial de las autoridades indígenas, lo que nos sugiere su limitación.

El artículo 189 de la Constitución de la República del Ecuador en el segundo inciso expresa: “las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad.(...)”⁶⁷, es decir se reconoce y garantiza el límite territorial del lugar donde el juez se encuentra asignado, y como tal establece sus limitaciones en el conocimiento de causa, para ello se deben de respetar los linderos geográficos con respecto al territorio del lugar donde el juez puede sostener el ejercicio de su jurisdicción.

Pero qué sucede sobre los bienes que colindan entre dos municipios o cantones territorialmente hablando, y los sucesos que ocurrieran con requerimiento de conocimiento de causa legal acontezcan en esos lugares, cuál autoridad legal es la llamado a intervenir con relación a los jueces del lugar, se sostiene como un problema que puede incitar a la incompetencia jurídica de los jueces que conocen la causa, sin embargo, se puede accionar dicho particular para atenuar una incapacidad jurídica, pero no la extinción de la causa que debe ser delegada a la autoridad que realmente está autorizado o que en su defecto las partes acuerdan en someterse a su intervención y decisión.

⁶⁶ Alejandra Ortega Meneses, La competencia en los delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, Capítulo II, Competencia, recuperado de: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/23110/Capitulo2.pdf>, p.14

⁶⁷ *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010, Art. 189.

Según el derecho consuetudinario indígena que se refiere por heredad ancestral territorial toda la circunscripción territorial nacional, sin embargo, se han reconocido sus derechos territoriales en la actualidad en sugerencia a los asentamientos y ocupación física de cada una de las comunidades indígenas, debido al principio constitucional de plurinacionalidad señalado por Fernando Yáñez “se entiende por plurinacionalidad a la capacidad de una sociedad para reconocer la existencia de culturas históricamente excluidas y marginadas, que se denominan pueblos y nacionalidades”⁶⁸, y efectivamente la plurinacionalidad implica una inclusión de todas las culturas pero además de todos los aspectos políticos, normativos, educacionales, de salud, institucionales que más allá de una inclusión de personas que representen las diferencias de cuenta de composición plural, que efectivamente podemos contrastar que están escritas en la Constitución ecuatoriana en vigencia.

Ahora bien “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.”⁶⁹ el nivel de intervención de la justicia indígena en el conocimiento de causas constituye un derecho constitucional plenamente reconocido, que intenta restablecer la dignidad como pueblo, por esto nace su legalidad, regulándose el ámbito dentro de sus territorios según el artículo 343 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, con el afán de eliminar acciones de racismo, pérdida cultural, imperante por una estructura social y económica mestiza marginal.

El ámbito territorial se demarca en relación al asentamiento ancestral y ocupación de tierras dentro del territorio ecuatoriano, la comunidad que la integra, se somete ante la potestad reconocida y atribuida a la justicia indígena, para que conozca y resuelva en base a esta facultad asignada observándose los principios constitucionales y que la ley les asigna para el pleno cumplimiento y aplicación legal de la justicia indígena.

⁶⁸ Fernando A. Yáñez, “Los retos del socialismo en el siglo XX en el Ecuador”, en *Plurinacionalidad, interculturalidad y Territorio – Hacia la construcción del Estado plurinacional e intercultural*, (Quito, Secretaría Nacional de Pueblos, Movimientos sociales y Participación Ciudadana, 2012), 9.

⁶⁹ *Código Orgánico de la Función Judicial*, (2012), Corporación de Estudios y Publicaciones, Título VIII, Relaciones de la jurisdicción indígena con la justicia ordinaria, Art. 343.

En el texto constitucional, se constata en primer lugar, 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 sólo tendrán efecto sobre hechos ocurridos dentro en su territorio, considerando que la competencia radica en el lugar 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”.⁷⁰

Al ser estos pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas parte del territorio ecuatoriano único e indivisible, se encuentran amparados por la Constitución de la República, pues 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, siendo incluidos como parte de la transformación social, política y legal.

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.

Cabe en este momento realizar además una aproximación al Convenio 169 de la OIT, y su reconocimiento por el Estado ecuatoriano, para luego de eso identificar cuál es su alcance y el reconocimiento que da a la justicia indígena. “El derecho colectivo de jurisdicción propia de los pueblos indígenas está vigente en el Ecuador también en virtud de los artículos 8,9,10,11 y 12 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, ratificado por el Ecuador y publicado en el Registro Oficial Nro. 304, del 24 de abril de 1996.”⁷¹

⁷⁰ Esther Sánchez Botero, *La Jurisdicción Especial Indígena*, (Quito: editorial (s/n), 2000), 137.

⁷¹ Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador*, (Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001), 21

Los derechos colectivos son también parte de los derechos humanos, se incluyen junto con el derecho al desarrollo, el derecho a la paz y otros derechos dentro de la denominada tercera generación de derechos humanos. Aunque en la doctrina se discute si los grupos y no sólo la persona humana pueden ser sujetos de derechos humanos, hay una fuerte tendencia tanto en las legislaciones nacionales como internacionales, así como en la doctrina.

Además, “el carácter de los pueblos indígenas como titulares de derechos consta en varios pactos internacionales y se desarrolla significativamente en el Convenio 169 de la OIT, especialmente en lo que hace relación a los derechos económicos, sociales y culturales de estos pueblos. También en la sección segunda del proyecto de declaración americana de derechos de los pueblos indígenas se hace expresa relación a los derechos humanos, así como el artículo 1 del proyecto de declaración sobre los derechos de las Poblaciones Indígenas de Naciones Unidas.”⁷²

Este reconocimiento consta en la Constitución ecuatoriana 2008 mediante la inclusión que se hace a los derechos colectivos de los pueblos indígenas entre los derechos fundamentales que la Carta garantiza.

El Convenio 169 de la OIT tiene como sujeto titular del derecho a los pueblos indígenas, reconociéndoles su derecho a un *territorio propio*, 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, 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 46 numeral 2, “En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos[...]”.⁷³

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

⁷² Agustín Grijalva Jiménez, *Justicia indígena en el Ecuador*, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001, 21.

⁷³ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2014), *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Organización Internacional de Trabajo, Lima, pág., 128

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 convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo como ya se mencionó suscrito por 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”⁷⁴, por lo tanto se entiende que no es solamente reconocido legalmente bajo la figura del resguardo, sino el habitualmente ocupado por la comunidad indígena.

Las comunidades indígenas en el Ecuador son dispersas, mantienen sus asentamientos en virtud de los desplazamientos a los cuales han sido obligados a través de la historia, mucho más por acción del colonialismo, sin embargo, las comunidades se mantienen demarcadas por sus obligaciones tradicionales que los distinguen de los demás, tal es el caso de la vestimenta tradicional, el idioma, costumbres y tradiciones ancestrales que los mantienen activos en la sociedad actual, y son características elementales que permiten en la actualidad delimitar su territorio, el mismo que se aplica para efectos de la justicia indígena, donde sus comuneros aceptan y se someten a sus decisiones legales.

Es necesario conocer el enunciado de la Declaración de las Naciones Unidas de los derechos de los pueblos indígenas en su artículo 26 señala:

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otra forma tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
3. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.⁷⁵

⁷⁴ Esther Sánchez Botero, *El peritaje antropológico: Justicia en clave cultural*, (Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2010), 180.

⁷⁵ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2014), *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Organización Internacional de Trabajo, Lima, art. 26.

El Estado ecuatoriano reconoce y garantiza el derecho a las comunidades indígenas y afroecuatorianos al garantizar la sociedad como multiétnica y pluricultural, asignando el derecho territorial, pero la duda nace sobre si los terrenos se encuentran o no titulados bajo el dominio de las comunidades indígenas o afroecuatorianas, téngase encuentra que los terrenos comuneros o comunales, si bien son garantizados y respetados por el Estado al considerarlo como inalienables, inembargables e imprescriptibles, existen comunidades que han logrado ocupar por derechos individuales o colectivos otros terrenos fuera de la comunidad para actividades laborales las mismas, que deben ser consideradas como parte íntegra del patrimonio ancestral ampliando la capacidad o competencia jurídica en relación del territorio de la justicia indígena, teniéndose en cuenta el crecimiento poblacional y el legítimo derecho de adquisición de bienes y el derecho a ser juzgados en base a su pertenencia de la comunidad bajo la tutela de la justicia indígena.

Por lo enunciado, se deduce que la justicia indígena reconoce la aplicación y amplitud de competencias, la misma que incide en los miembros de su comunidad, donde estos tengan su residencia y sean pertenecientes plenos y activos de la comunidad indígena, y en base a ello, juzgan y conocen las causas que tratan de irrumpir el orden social de la comunidad, el mismo que es resguardado para mantener la sobrevivencia familiar regida en las buenas costumbres y prácticas de convivencia, siempre que genere un bienestar pacífico y armonioso para todos sus integrantes, buscando restituir y solucionar dicho problema.

El uso o disponibilidad ancestral del suelo no se la manifiesta sobre la adquisición de nuevas posesiones de suelo o terreno de manera legítima en las inmediaciones o colindantes del suelo indígena, de las cuales pueden ser anexadas al mismo patrimonio basado en el principio del derecho a la propiedad y como tal dar paso a la amplitud jurídica de competencia territorial sobre dichos terrenos que son de ocupación indígena pertenecientes a la comunidad sujeta a este tipo de legislación, no existe una limitación o amplitud legal que contrarié a la competencia territorial indígena si se considera que por derecho ancestral todo el territorio nacional era de su pertenencia y al adquirirlo lo asimilan que es una recuperación de suelo territorio que era parte de su legado.

Se señala la aplicación de la justicia indígena en su comunidad y en la circunscripción territorial en donde estos viven o residen, siempre y cuando hayan manifestado pertenecer e integrarse activamente a la comunidad, esto por motivos de negación cultural sufrida por su integración social que mantenían desde hace muchos años. Téngase en cuenta que para pertenecer a la comunidad deben de mantener algunas exigencias ancestrales como su vestimenta, cabello, idioma y demás acciones culturales ancestrales que los caracterizan en la sociedad y los reconocen como indígenas.

Para dar contenido al concepto de “ámbito territorial” es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera”⁷⁶, pues se incluye dentro de los derechos territoriales a “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”⁷⁷.

Se puede anotar entonces que el hacer referencia al ámbito territorial no significa únicamente a tierras de propiedad del pueblo indígena, sino que se refiere al espacio geográfico que los indígenas utilizan de alguna manera. Y esto sin duda alguna es un tema bastante válido e importante pues hay comunidades que carecen de un título de propiedad, o no tienen debidamente delimitadas sus extensiones, el espacio es donde desarrollan su cultura, e incluso existen algunas acciones leales que les permite y garantiza el derecho de suelos ancestrales que se ubican en los límites territoriales nacionales así el artículo 21 de la Ley Orgánica de Tierras Rurales y Territoriales Ancestrales señala:

Limitaciones especiales. Queda prohibida la transferencia de la propiedad de tierras rurales en favor de personas naturales o jurídicas extranjeras, en una franja de veinte kilómetros paralela a las líneas de frontera, de conformidad con la Ley. Tampoco podrán adquirir a ningún título tierras rurales en las áreas de seguridad ni áreas protegidas.⁷⁸

⁷⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2014), *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Organización Internacional de Trabajo, Lima, art. 13. 2

⁷⁷ *Ibid*, art. 14. 1

⁷⁸ Ley orgánica de Tierras Rurales y Territoriales Ancestrales, Corporación de estudios y Publicaciones, Quito, Capítulo 1, De los derechos vinculados a la propiedad de la tierra rural y territorios, art. 21.

Situación que desde hace varios años no se da en gran parte del Ecuador, y específicamente en el caso Saraguro han sido los indígenas quienes han ido saliendo de sus comunidades y adquiriendo bienes indistintamente de su territorio ancestral.

En la parte de la Amazonía ecuatoriana por derecho ancestral le corresponde el territorio a los grupos amazónicos de la región, y como tal, la ley señala una limitación especial para que dichos territorios no sean expropiados o enajenados a favor de personas naturales o jurídicas extranjeras, para ello se conoce el caso del pueblo Sarayaku, es por ello que se alegaba:

Los miembros del Pueblo Sarayaku, en contra del Estado ecuatoriano directamente por permitir y apoyar la incursión de terceros en territorio de Sarayaku, así como por no proteger el uso y goce de los recursos naturales que se encuentran en el mismo y son la base de su subsistencia. Alegaron las mismas violaciones que la Comisión, en atención a los siguientes hechos y circunstancias:

- i) el Estado no solo firmó el contrato con la petrolera sin consultar y lograr el consentimiento de la comunidad, sino también permitió y apoyó (mediante la “militarización del territorio”) la incursión ilegal de la compañía CGC en el territorio, a pesar del repetido rechazo de la comunidad;
- ii) el uso y destrucción no autorizada del territorio por la incursión de la petrolera entre noviembre de 2002 y febrero de 2003, cuando se abrieron casi 200 kilómetros de bosque primario. Así, se habrían afectado los recursos del territorio, lo que resulta especialmente grave si se considera la relación de dependencia entre aquél y la supervivencia de la comunidad;
- iii) por el abandono de explosivos en el territorio, y
- iv) por la destrucción de zonas sagradas.

Agregaron que si bien todo el territorio era sagrado, se destruyeron sitios específicos de especial valor cultural y espiritual. Así, el otorgamiento y posterior implementación de la concesión petrolera se llevó a cabo sin que el Estado garantizara la participación efectiva de los miembros de la comunidad por medio de la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, según sus tradiciones y costumbres, de modo que se beneficiaran razonablemente del plan, y sin haberse realizado un estudio previo de impacto social y ambiental por una entidad independiente bajo la supervisión del Estado. También alegaron que la violación del artículo 21 es agravada por no haber cumplido con las medidas cautelares de la Comisión y provisionales ordenadas por la Corte, particularmente por no haber retirado la “pentolita”⁷⁹ del territorio.⁸⁰

⁷⁹ Pentolita es un producto explosivo de alta potencia elaborado especialmente para ser utilizado como materia prima en la fabricación de cargas explosivas tipo iniciadores (Boosters) en todas sus variedades. Pentolita se suministra a granel, en trozos de tamaños adecuados para facilitar su refundido y manipulación.

⁸⁰ Sentencia del 27 de Junio de 2012, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador, recuperado de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf, pág., 36

Hay que reconocer que existe un claro manifiesto de parte del Estado de no garantizar la competencia territorial de los pueblos indígenas plenamente reconocido por la ley, pero que omitiendo dicho reconocimiento específicamente en el bloque 4 de exploración y explotación petrolera se violenta el derecho de la propiedad ancestral de las comunidades indígenas, dejando en claro que la intervención de la justicia indígena en nivel de competencia de territorio puede verse lesionado en cualquier momento por acción arbitraria de parte de la justicia ordinaria a través de la administración estatal, asumiendo que pueden ser consideradas como acción de tipo administrativa penal que debe ser reconocidas por acción judicial ordinaria, para desvincularla de la participación directa de la justicia indígena, es decir, existe un interés de fondo para evitar los planes de explotación manera del estado ante el principio del Buen Vivir que aplican las comunidades indígenas.

Lo fundamental de todo esto, es explicar que el ámbito territorial según el Convenio 169 de la OIT se refiere al espacio sobre el cual estos pueblos y comunidades interactúan de alguna manera. En ese espacio, se aplica el derecho indígena o se ejerce la jurisdicción especial en cuanto tiene que ver con la competencia por territorio.

En el Convenio 169 de la OIT, en los artículos 13 y 15 se reconoce a los pueblos indígenas el derecho a tierras y territorio como un espacio de gestión colectiva. Se trata del lugar que ocupan o utilizan de algún modo para realizar actividades que les permitan su reproducción material y cultural.

“La administración de justicia indígena se aplica en todo el espacio territorial que se asientan los pueblos y comunidades indígenas, incluso si el ilícito es cometido por un indígena fuera de su jurisdicción debería remitirse a la justicia comunitaria indígena. Ante conflictos de jurisdicción territorial entre pueblos indígenas y quienes no pertenecen a esta comunidad debería juzgarse las infracciones en función de la interculturalidad para evitar que se anule, se neutralice o penalice la justicia indígena por parte del derecho liberal”⁸¹.

⁸¹ Carlos Pérez Guartambel, Justicia indígena, Colegios de Abogados del Azuay, Universidad de Cuenca, (Facultad de Jurisprudencia, 2006), 192.

Ahora existen desplazamientos de los miembros de las comunidades indígenas fuera de sus territorios con fines laborales, familiares, o afines, que los obligue a salir de su comunidad, sin embargo, ellos manifiestan pertenecer a la comunidad de manera íntegra y solicitar ser juzgados bajo su jurisdicción por mantener aun latente sus raíces ancestrales o culturales, más aún cuando la causa legal nace entre personas que pertenecen o no a la misma comunidad indígena, y la acción haya sido acontecida fuera de su jurisdicción territorial, para ello las autoridades ordinarias deberán prestar los medios necesarios para que se efectivice y proceda la justicia indígena.

De esta manera, la competencia indígena no solo se regiría en virtud del territorio ancestral, legal o atribuible a la comunidad, cuyo territorio se supone está conformado únicamente por personas de la misma etnia debido a las prohibiciones de enajenación establecidas en líneas anteriores, su cobertura se puede ampliar a nivel nacional sobre todo aquel indígena que incurriera en infracciones a las cuales la asamblea tenga conocimiento y pueda asimilar el rol jurídico para someterlo a su jurisdicción, sin embargo, esta cualidad restaría intervención de la justicia ordinaria, por lo que se aplica la definición de circunscripción territorial como: “término genérico que se refiere a la delimitación territorial de los barrios, recintos, anejos, comunidades o vecindades rurales y urbano-marginales, representados en la asamblea”⁸², es decir, aquellos que tengan un representante sectorial que pueda integrar la asamblea, este integrante conoce a los miembros de su comunidad, y como tal da fe del proceso de juzgamiento y puede consignar la aplicación de la sanción que rige la integración y manutención o sustento de la armonía en la comuna a la que pertenece el infractor y en virtud de su territorio.

El Estado con la finalidad de poder delimitar el accionar territorial del derecho indígena, asume que dichos territorios serán en base a aquellos que han sido plenamente reconocidos por la ley, el resto de territorios que no tengan dueño serán de exclusivo uso del Gobierno y dispondrá de los mismos, el suelo comunero o comunitario serán de los pueblos plenamente reconocidos y legalizados en base a su asentamiento, sin embargo deja de lado a

⁸² Consejo de la Judicatura, Resolución 252-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura, Quito, recuperado de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2014cj/252-2014.pdf>, pág., 5.

los grupos indígenas no contactados y es así que nace el caso Tagaeri-Taromenane que señala:

A pesar del conocimiento expreso de la existencia de grupos Huaorani que optaron por el aislamiento voluntario el Estado hace caso omiso de su existencia y continúa una política de extracción de recursos no renovables en la zona sin normativa acorde con la realidad amazónica, su diversidad cultural y biótica, menos aún con la protección de los derechos de quienes decidieron permanecer sin contacto. Hasta el día de hoy esta omisión persiste.⁸³

Es necesario resaltar que el derecho de las comunidades indígenas a permanecer en aislamiento voluntario no limita sus legítimos derechos del derecho al suelo ancestral y como tal, los suelos de la Amazonía les pertenece desde tiempos milenarios, y sin tener una organización jurídica relativa a las comunidades indígenas incluidas socialmente, se puede pretender la limitación del derecho en virtud del territorio de la justicia indígena, por lo tanto la acción estatal en desconocer su existencia atenta contra el derecho a la vida y a la existencia de las comunidades indígenas, debido a que no puede obligarlos a pertenecer a una sociedad organizada, su derecho de pertenencia natural ancestral, les asigna mediante el reconocimiento de la justicia indígena los mismos derechos que las comunidades integradas, por lo tanto sus derechos ancestrales territoriales persisten y deben ser garantizados.

Con conocimiento expreso del perfil cultural del pueblo Huaorani y su sentido vital en la defensa de su territorialidad y la venganza de sus lazos familiares caídos en enfrentamientos, el Estado ecuatoriano ha permitido la instigación al grupo Babeiri como bisagra de aproximación a los territorios cercanos a los pueblos en aislamiento voluntario. Esta acción de bisagra cumplida por el grupo Babeiri ha sido usada por compañías petroleras que operan sin marcos normativos explícitos para la protección de la diversidad cultural en la zona, actividades madereras ilegales, turismo de aventura y/o ecoturismo, periodistas, instancias de control del Estado y exploración científica sobre los recursos de la biodiversidad y recursos genéticos consolidadas.

El grupo de Babe y su accionar, incluso, con la ruptura de sus reglas de guerra y venganza en la incursión de mayo de 2003, es el resultado de procesos sistemáticos de precarización de sus centros identitarios por parte de actores externos al pueblo. La invasión de la economía extractivista sobre el sistema de vida de este grupo se ha constituido en una amenaza constante a la integridad de los clanes Huao Tiro. El Estado debe reconocer su responsabilidad en la imposición de estos sistemas de vida que han acarreado la precarización de la vida de toda la población Huaorani.⁸⁴

⁸³ Christian Biederbick y otros, (2006), Vulnerabilidad Social y Riesgo, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador-CONAIE, Quito, recuperado de: http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Vulnerabilidad/Informe_CONAIE_Situacion_Derechos_Indigenas_Ecuador.html

⁸⁴ Christian Biederbick y otros, (2006), Vulnerabilidad Social y Riesgo, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador-CONAIE, Quito, recuperado de: http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Vulnerabilidad/Informe_CONAIE_Situacion_Derechos_Indigenas_Ecuador.html

Se señala que el estado con la finalidad de poder otorgar un nivel de una supuesta legalidad y legítima intervención ha limitado la amplitud de la heredad territorial del pueblo Huaorani, al sostener un supuesto derecho asignado al grupo Babeiri, que son conformado por madereros que reciben el respaldo de las mineras petroleras para legalizar su explotación y sostener una diversidad cultural ajena al sector, propiciando resentimientos entre los grupos ancestrales y los comuneros integrados socialmente, y sujetos a estos últimos que permiten la explotación minera de la zona, limitando los derechos ancestrales propios de los grupos no contactados que deben de primar sobre aquellos que nada tienen que ver con el sector nativo de caza, recolección de frutos que la comunidad indígena autóctona desarrollaba en este sector.

Hay que reconocer que son acciones gubernamentales inapropiadas que tienden a delimitar el nivel de competencia territorial de los verdaderos grupos indígenas dejando de lado el pleno desarrollo de la justicia indígena en razón de sus competencias y amplitud de accionar legal para conocer y tramitar causas legales sin limitaciones, sin embargo hay que reconocer lo siguiente:

Las diversas acciones a favor de la vida de los Tagaeri-Taromenani trajeron como resultado el Decreto Ejecutivo 552, sin embargo su inejecutabilidad es una complicidad al genocidio de los pueblos en aislamiento voluntario. La protección de la Zona de Intangibilidad Tagaeri – Taromenani mantiene vigencia. Desde nuestra perspectiva, la declaratoria contenida en este Decreto y su inmediata ejecutabilidad constituye una emergencia nacional. El Estado es el responsable de omitir sus contenidos e incluso, de tomar medidas para evitar perversiones resultantes de su aplicabilidad como de su no aplicabilidad.⁸⁵

De esta manera se sostiene que el mismo gobierno al momento de reconocer la existencia de la justicia indígena jamás considero las limitaciones que tendrían al garantizar los derechos ancestrales en reconocimiento del derecho a la tierra que por generaciones le ha pertenecido, y en la actualidad, mediante la limitación de funciones jurídicas de la justicia

⁸⁵ Christian Biederbick y otros, (2006), Vulnerabilidad Social y Riesgo, Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador-CONAIE, Quito, recuperado de: http://www.derecho-ambiental.org/Derecho/Vulnerabilidad/Informe_CONAIE_Situacion_Derechos_Indigenas_Ecuador.html

indígena trata de corregir y mantener el control para sus intereses económicos aunque se niegue la existencia de los grupos o pueblos en aislamiento voluntario que el mismo gobierno debe de proteger y garantizar.

Sin embargo es necesario también resaltar que mientras que aquel que incurriere en acciones de infracciones fuera de la comunidad deberá someterse ante los juzgados y tribunales de la justicia ordinaria, debido a que no son cometidos en el territorio de la comunidad por lo que se restringe el accionar de la justicia indígena, de esta manera se delimita el accionar para que puedan cumplirse y desarrollarse tanto la justicia indígena como la ordinaria, en el caso de los Tagaeri-Taromenani, sus acciones en el caso de confrontar con el grupo Baberi, serán de conocimiento de la justicia ordinaria, sin tener que recurrir a la justicia indígena, vulnerando el derecho de pertenencia de los grupos en aislamiento voluntario que le compete a la justicia indígena.

La competencia sobre el territorio, sin embargo, es un mínimo, pero no un limitante, pues el alcance de la jurisdicción indígena se puede ampliar en razón de la competencia personal y material. De hecho, por razón de competencia personal, la jurisdicción indígena podría tener competencia extraterritorial.⁸⁶

Es así, que en las constituciones de Colombia y Perú, según señala Raquel Yrigoyen, “[...] el criterio fundante de la jurisdicción indígena es la competencia territorial. Esto es, que la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario son los que rigen dentro del espacio territorial del pueblo o la comunidad indígena o campesina. En estos países, la Constitución y las leyes reconocen un espacio territorial/tierras colectivas a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas.”⁸⁷

Se mantiene situados a los grupos indígenas, en circunscripciones territoriales para que puedan ejercer la administración de la justicia indígena, situación que si bien favorece al conocimiento de la jurisdicción y amplitud de competencia de los indígenas para administrar

⁸⁶ Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2014), *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Organización Internacional de Trabajo, Lima, arts. 13-15

⁸⁷ Raquel Yrigoyen, Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos, recuperado de <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>, 10 de marzo de 2016.

justicia, se consolida como una limitación en la integración social, debido a que se aplica un método marginal tanto de expansión o crecimiento comunitario a futuro, es decir la ley solo se la elabora para la acción presente sin aplicar consecuencias futuras de crecimiento poblacional, que puede forjar la expansión de su competencia a razón de la expansión territorial, por lo tanto la fijación de tierras para su competencia debe ser atribuible en el asentamiento actual ya sea de vivir o de producir cercano con el deseo expreso de pertenecer a la comunidad indígena, asumiendo sus características ancestrales que la identifiquen como tal. O que haya considerado la asamblea permitir para ser considerados parte de la comunidad indígena.

En Bolivia y Ecuador no se menciona específicamente a la competencia territorial. Sin embargo, cabe interpretar, en concordancia con los derechos territoriales reconocidos por el Convenio 169 de la OIT que, en tanto se otorgan funciones de justicia o de administración y aplicación de normas propias a las autoridades de pueblos y comunidades indígenas, la competencia de las mismas se da por lo menos dentro de los territorios que dichos pueblos o comunidades ocupan o utilizan de alguna manera “teniendo derecho a reforzar conservar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo el derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica social y cultural del Estado”.

De esta manera no se aplica la fijación o delimitación de territorios para la aplicación de la justicia indígena, sino que contempla sobre el asentamiento actual o futuro de la comunidad, téngase en cuenta que por acciones naturales, o ajenas a la comunidad pueden ser reubicados o desplazados de su territorio, y al existir limitación puede irrumpir en la aplicación de la justicia indígena por lo tanto esta impera en los habitantes de la comunidad que sean reconocidos como tal y mantengan su deseo de pertenecer a ella.

La Constitución venezolana señala de modo expreso que “las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base a sus tradiciones ancestrales”⁸⁸. Cabe distinguir entre la competencia territorial para conocer casos

⁸⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Extraordinaria, Nro. 36.860, recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf, art 260, pág., 54

y para la validez de las decisiones del derecho y la jurisdicción indígena. El derecho indígena y la jurisdicción especial tienen competencia respecto de los hechos, casos, situaciones o relaciones jurídicas que se dan dentro del ámbito territorial de los pueblos indígenas, comunidades campesinas, nativas o rondas campesinas, así ya lo ha señalado la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia ST – 496 de 1996: “[...]uno de los elementos de este fuero es [...] de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio [...]”⁸⁹.

En este caso mantienen delimitaciones territoriales con la finalidad que la justicia indígena como la ordinaria, puedan accionar la aplicación legal sin ocasionar conflictos de competencia o jurisdicción en conocer las causas.

Para un mayor entendimiento de la incidencia del territorio para la funcionalidad o aplicación jurídica de la justicia indígena es necesario conocer la definición de “ámbito territorial” es importante utilizar el Convenio 169 de la OIT que define el territorio como “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna manera”⁹⁰, e incluye dentro de los derechos territoriales inclusive “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”⁹¹. El ámbito territorial por lo tanto, no corresponde entonces a tierras de propiedad del pueblo indígena, comunidad o ronda, sino al espacio geográfico que utilizan de alguna manera.

Es necesario considerar que los indígenas por lo general suelen tener su asentamiento domiciliario en el pueblo donde comúnmente se conoce la existencia de la comunidad, pero sus relaciones laborales o productivas las mantiene fuera de esta circunscripción territorial, debiendo recorrer un largo trayecto en zonas alejadas a la comuna, y suelen suceder infracciones lejos de esta circunscripción territorial, en los cuales se dispone que la justicia

⁸⁹ La Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia ST-496 de 1996*.

⁹⁰ *Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Cuadernos de Legislación Indígena, México, Art. 13,2, pág. 10.

⁹¹ *Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Cuadernos de Legislación Indígena, México, Art. 13,2, pág. 10.

indígena mantengan la hegemonía imperante de aplicar su jurisdicción y competencia, en conocer la causa.

Esto es importante porque en los diversos países no todos los pueblos o las comunidades tienen tierras tituladas o perfectamente delimitadas; además, hay comunidades que carecen de algún reconocimiento legal de la propiedad común de la tierra, pero mantienen un asentamiento y uso de los suelos de manera rutinaria, lo cual genera la amplitud legal de la justicia indígena, quedando aun sin delimitar, cuando se trata de comunidades no contactadas o aisladas de manera voluntaria de la sociedad civil, acción que impera en otra limitación legal de la justicia indígena y ordinaria, para su accionar legal debido a los métodos irracionales que contravienen las disposiciones comunes de los derechos humanos en que incurren los grupos indígenas no contactados o aislados de manera voluntaria, cuyas poblaciones convergen en el Ecuador en la zona Amazónica sin considerar la aplicación de la justicia indígena.

Sin embargo, lo importante es que se trate del espacio sobre el cual estos pueblos y comunidades interactúan de alguna manera. En tal espacio, por ende, es donde se aplica el derecho y la justicia indígena, permitiendo el desarrollo multiétnico, pluricultural garantizando su existiendo y reprimiendo cualquier acción que in tente desintegrar o suprimir a las comunidades indígenas del país.

En las Constituciones de Colombia artículo 246 y Perú artículo 149, el criterio fundamental de competencia es el territorial. Es decir rige la jurisdicción indígena y el derecho consuetudinario dentro del espacio territorial del pueblo o comunidad indígena o campesina.

En Colombia y Perú, así como varios países andinos, la Constitución y las leyes reconocen un espacio territorial a los pueblos y/o las comunidades indígenas, campesinas o nativas. En Bolivia y Ecuador no hay una mención específica a la competencia territorial. Sin embargo, cabe interpretar que, en tanto se otorga funciones de justicia o de administración y aplicación de normas propias a las autoridades de pueblos y comunidades

indígenas, la competencia de las mismas se da, por lo menos dentro de los territorios reconocidos o tradicionalmente asumidos por dichos pueblos o comunidades.⁹²

En cuanto a la competencia territorial, material y personal, las constituciones de Colombia y Perú comparten, de manera sencilla criterios similares teniendo como base la competencia territorial. La Constitución de Bolivia no hace referencia expresa al tema. La Constitución del Ecuador habla de una competencia con relación a conflictos internos, sin precisar si es en razón de territorio, persona o materia. La Constitución de Venezuela limita la competencia territorial y personal.

El texto de la Constitución de Venezuela es el único que expresamente reduce la competencia territorial a la competencia personal al indicar en el art. 260 que: “Las autoridades legítimas de los pueblos indígenas podrán aplicar en su hábitat instancias de justicia con base en sus tradiciones ancestrales y que sólo afecten a sus integrantes, [...]”⁹³

En la Carta Magna venezolana se señala de manera expresa:

Artículo 119. El Estado reconocerá la existencia de los pueblos y comunidades indígenas, su organización social, política y económica, sus culturas, usos y costumbres, idiomas y religiones, así como su hábitat y derechos originarios sobre las tierras que ancestral y tradicionalmente ocupan y que son necesarias para desarrollar y garantizar sus formas de vida. Corresponderá al Ejecutivo Nacional, con la participación de los pueblos indígenas, demarcar y garantizar el derecho a la propiedad colectiva de sus tierras, las cuales serán inalienables, imprescriptibles, inembargables e intransferibles de acuerdo con lo establecido en esta Constitución y en la ley.

Artículo 120. El aprovechamiento de los recursos naturales en los hábitats indígenas por parte del Estado se hará sin lesionar la integridad cultural, social y económica de los mismos e, igualmente, está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas. Los beneficios de este aprovechamiento por parte de los pueblos indígenas están sujetos a esta Constitución y a la ley.⁹⁴

⁹² Raquel Yrigoyen, (2000), *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, Publicado por Revista Pena y Estado, Buenos Aires, Recuperado de: <http://alertanet.org/PENA-ESTADO.htm>, consulta realizada 10 enero 2016, 10h00.

⁹³ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Extraordinaria, Nro. 36.860, recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf, art. 119, pág., 54

⁹⁴ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Extraordinaria, Nro. 36.860, recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf, Art. 120.

En estos artículos se les reconoce el derecho a la existencia y organización propia, así como el derecho a sus tierras originarias, cultura, forma de organización, usos y costumbres. Por tanto, si terceros entran a los territorios o hábitat indígenas y realizan hechos o actos que afectan o comprometen de algún modo la existencia, costumbres, derechos o bienes colectivos de los pueblos indígenas o sus miembros, los mismos tienen válidamente el derecho de intervenir y defender sus derechos. Lo mencionado no impide para que se conciben mecanismos específicos a fin de resolver conflictos interculturales y que no se violen los derechos humanos. Adicionalmente, cabe una competencia extraterritorial para el caso de indígenas que realizan hechos fuera del ámbito territorial indígena.

De la investigación realizada en el cantón Saraguro se puede señalar que desde la perspectiva del pueblo Saraguro, no se pretende que se vea a la justicia indígena como un medio alternativo de resolución de conflictos, pues, ellos consideran que es un juzgado indígena en el que se emiten resoluciones que deben ser acatadas, [...] bajo ese contexto nosotros hemos pedido declinación de competencias [...]⁹⁵.

Así mismo de la investigación se desprende que en el cantón Saraguro, se puede resolver casos que van más allá de la territorialidad pues ya existen resoluciones en las que se ha realizado justicia indígena a casos sucedidos en la ciudad de Cuenca.

En Cuenca (ciudad) un indígena falleció cuando estaba trabajando y el mismo jefe (mestizo) se sometió voluntariamente a la justicia indígena, [...]; [...] aquí se hizo (Saraguro) toda la investigación necesaria y se sentenció el caso y luego pedimos de que el juez en Cuenca de Garantías penales se inhiba de conocer por ser un caso que ya ha sido sentenciado en la justicia indígena.⁹⁶

Específicamente en el caso de estudio cantón Saraguro se presentan algunos ejemplos que se pueden señalar para entender de mejor manera esta competencia: 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.

⁹⁵ Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

⁹⁶ Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

En el primer caso, que es 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 la autoridad indígena y la comunidad quién juzgue respetando los derechos de la persona y sobre de todo dentro del marco del debido proceso.

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 Integral 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.

Vacacela⁹⁷ menciona que tienen una competencia y jurisdicción mucho más amplia que la comuna, para ello se debe observar algunas situaciones tendientes para respetar que se cumpla lo señalado por la Constitución cuando se menciona que debe para poder ejercer la justicia indígena un requisito fundamental es que de que se trate de un conflicto interno, para ello verifican que las partes sean indígenas, que tengan un territorio propio, determinado y que tenga una autoridad propia.

Las autoridades indígenas mencionan que al tratarse de un caso en el que existan partes involucradas de diferentes lugares, son ellas las autoridades indígenas quienes avocan conocimiento, por el hecho de que tienen la jurisdicción y competencia para hacer comparecer a cualquiera de las personas que estén afiliadas a la organización.

[...]si por ejemplo una de las partes es de Sauce de la parroquia Tenta y otro sea por ejemplo de Lagunas de la parroquia Saraguro, esos casos nosotros somos los que avocamos conocimiento, ¿por qué? Porque yo tengo toda la capacidad, la jurisdicción y competencia para hacer comparecer a cualquiera de las personas de las parroquias diferentes que están aquí en el cantón Saraguro, y otro es de Zamora Chinchipe siempre los que están afiliados a nuestras organizaciones y sean indígenas. A parte de eso también se ha dado ya históricamente y se ha convertido en usos y costumbres; por ejemplo la comuna Bayin Turucachi, la comuna de Babel, la comuna de Cumbe, la comuna de San Isidro, la comuna

⁹⁷ Presidente de la Federación interprovincial de indígenas Saraguros (FIIS).

de La Papaya que son mayor parte campesinos, ellos la Constitución de la República no reconoce a los campesinos como tal, muchas veces ellos se han definido como mestizos o como campesinos, sin embargo, han dado su jurisdicción propia y se han autodefinido y han hecho como propios los usos y costumbres de los pueblos indígenas.⁹⁸

Se manifiesta la incidencia de comunas donde convergen entre indígenas y mestizos, donde los indígenas sostienen su pertenencia a la comunidad más cercana, pero los mestizos se acogen a la justicia ordinaria, por lo tanto, se mantiene dentro de la misma comuna la convergencia legal de la justicia ordinaria e indígena, pudiéndose ocasionar serios problemas en el conocimiento de causas, por la razón de no estar regulada esta cualidad existente en nuestro Ecuador, producto de la diversidad cultural y pluralidad social donde convergen ambas sociedades.

Ahora dentro de la comunidad de los Saraguros tenemos los siguientes casos de delimitación de territorial, los cuales expongo:

Acción constitucional de Habeas Corpus, presentada por la señora Julia Cabrera, tía del detenido, en contra del presidente y secretario de la justicia indígena del cantón Saraguro. La misma es aceptada a trámite por el juez multicompetente del cantón Saraguro, se señaló fecha, día y hora para la audiencia, sin embargo, no se presentó al detenido, señalando por parte del secretario de la justicia indígena, que no hay tal detención ilegal, si no que más bien al supuesto “detenido” se lo tiene en calidad de invitado en pro de averiguar un robo de ganado suscitado en una comunidad. El juez multicompetente administrando justicia declara con lugar la acción de Habeas Corpus, y ordena la inmediata libertad del detenido, se declara la vulneración de sus derechos constitucionales, y además sanciona a los denunciados con un multa de ciento cincuenta dólares en concepto de reparación integral por el día de detención.

Las autoridades indígenas no conformes con la decisión del Juez del cantón Saraguro, plantean una apelación a la sentencia, en la cual señalan los argumentos constitucionales como de derecho internacional y además muestran el acta en la que el supuesto detenido confiesa haber participado del robo del ganado, desvirtuando con eso que haya estado detenido ilegalmente y que más bien se trataba de un proceso de justicia indígena por un conflicto interno; estos argumentos fueron acogidos por el juez de la corte provincial de Loja y acepta el recurso de apelación, revocando la sentencia del juez de primera instancia, advirtiéndole que de repetirse estos hechos se pondrá en conocimiento del consejo de la judicatura.⁹⁹

La acción legal de la justicia indígena impera sobre la ordinaria, al justificar plenamente las acciones de detención de las personas que están siendo investigadas, en el

⁹⁸ Luis Minga, Presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

⁹⁹ Juicio n° 11313-2016-0038, Acta resolutive por la pérdida de 4 cabezas de ganado suscitado en la parroquia Santiago del cantón y provincia de Loja.

caso que se expone claramente se identifica el factor de respeto de la jurisdicción ordinaria hacia la administración de la justicia indígena, que al justificar plenamente su acción sobre los implicados, mantiene su detención legal con fines investigativos, más la parte familiar al desconocer el procedimiento de la justicia indígena afirma una detención ilegítima, donde la justicia indígena demuestra plenamente su derecho a las investigaciones que realiza, y como tal revoca cualquier acción legal impuesta sobre la autoridad indígena, al sostener legalmente los hechos consumados.

El presente apartado se lo puede concluir señalando que la justicia indígena mantiene hegemonía en virtud de su territorio, esto cuando el mismo está debidamente delimitado; la competencia por el territorio viene a ser una forma de conocer los conflictos que puedan afectar a una comunidad por el simple hecho de vivir en comunidad. En párrafos anteriores se plantea el caso que sucedió con los pueblos no contactados Huaorani y Taromenani, como una forma de demostración de la intromisión de la justicia estatal en territorios que por su autodeterminación viven en aislamiento, la Constitución ecuatoriana en el marco del art. 425 reconoce a los tratados internacionales y a su vez como se indicó anteriormente ha ratificado el Convenio 169 de la OIT, por lo que se debe respetar los conflictos que pasan dentro de su territorio y sobre todo la autodeterminación de los pueblos, más allá de tratar de realizar una justicia intercultural. Sin embargo en el caso Saraguro, es un tanto diferente la competencia por territorio pues el mismo no está ocupado únicamente por indígenas saraguros, sino que coexisten con otras culturas, mestizos, campesinos, etc, por lo tanto si es necesario que exista criterios de interculturalidad en las resoluciones de los dos tipos de justicia.

2.3 Competencia personal en la problemática del derecho indígena frente al derecho ordinario

Una de las competencias que tiene gran importancia en el desarrollo de la presente investigación, es la personal, puesto que de lo que se podrá apreciar en el desarrollo de este apartado puede ser determinante para que las competencias tanto a la justicia indígena como ordinaria sean entregadas de acuerdo al caso, no obstante surgen varios problemas, como el sentido de autodeterminación de las personas que quieren pertenecer a un grupo social para ser juzgados de una manera o de no querer formar parte de una justicia en la que se ven

“perjudicados. Estos problemas deben ser analizados para poder lograr una armonía en las dos justicias y sobre todo una complementariedad entre las competencias estudiadas.

2.3.1.1 La justicia indígena y ordinaria en la competencia personal

La competencia personal hace referencia a las personas, y en el caso de la existencia de la justicia indígena y ordinaria, mantiene una especial importancia debido a que esta cualidad difiere el nivel de intervención, participación y sometimiento de resoluciones, sentencias o fallos jurídicos por el sentido de pertenencia a las comunidades indígenas o a la sociedad civil general. Los ciudadanos si bien por acciones de eliminar el racismo se aplica en base a lo multiétnico donde se reconoce la existencia de varias etnias, de las cuales se destacan la amplitud por persona de la justicia indígena, es decir que las autoridades indígenas han sido incluyentes en esta competencia y tienen casos resueltos de personas no indígenas.

Como se ha mencionado a lo largo de la presente tesis, desde la entrada en vigencia 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.

Por lo tanto en el Ecuador se ha definido la intervención de la justicia indígena para las acciones cometidas *entre indígenas*, es decir, que no contemplan para quienes acceden a delinquir en territorios indígenas en el caso de los mestizos, blancos o afros, por cuanto ellos no son indígenas y como tal la justicia ordinaria mantiene hegemonía para conocer y resolver sobre sus asuntos, acción que es contraria a la jurisdicción y competencia legal de la justicia indígena, en tener conocimiento sobre las acciones cometidas en su territorio plenamente reconocido o en sus lugares de trabajo de concurrencia masiva de indígenas sin menoscabo de la identidad de pertenencia a la indígena.

“En casi todos los países las comunidades son mixtas, las tasas migratorias son altas y las relaciones interétnicas son frecuentes y complejas [...]”¹⁰⁰. En el cantón Saraguro donde se asienta el pueblo Saraguro el panorama es similar, pues coexisten en un mismo territorio indígenas, mestizos, blancos, afros¹⁰¹. El derecho al propio derecho tiene dos fundamentos, el primero, que se podría calificar como cultural, es el hecho de la participación de la persona en un sistema cultural determinado. En principio cada persona o grupo humano tiene derecho a ser juzgado dentro del sistema normativo que pertenece a su cultura, sin embargo, en el entorno ecuatoriano, específicamente en el caso que nos ocupa (cantón Saraguro) el ser juzgado por el sistema indígena esta dado de la siguiente manera: “[...] Las partes deberán ser indígenas, y tendrán un territorio propio, determinado y con una autoridad propia”¹⁰², en esos casos las personas serán sancionadas o juzgadas por la autoridad indígena, sin embargo se puede determinar que existen resoluciones de justicia indígena que incluyen a personas que no son indígenas o que no pertenecen a un territorio propio.

No existe una definición clara en este sentido para accionar la justicia indígena sin contrariar o que interfiera la justicia ordinaria, por lo tanto, es necesario referirse a lo que Luis Minga señala textualmente:

En estos casos, por ejemplo una de las partes pertenece a Sauce, de la parroquia Tenta (cantón Saraguro) y otro a Lagunas de la parroquia Saraguro, nosotros somos los que avocamos conocimiento, ¿por qué? Porque tenemos toda la capacidad, la jurisdicción y competencia para hacer comparecer a cualquiera de las personas de las parroquias diferentes que están aquí en el cantón Saraguro, y en Zamora Chinchipe siempre, que las personas estén afiliadas a nuestras organizaciones (FIIS, ECUARUNARI) y sean indígenas. A parte de eso también se ha dado ya históricamente y se ha convertido ya en usos y costumbres, usted conoce por ejemplo la comuna Bayín Turucachi, la comuna de Babel, la comuna de Cumbe, la comuna de San Isidro, la comuna de La Papaya en la que son mayor parte de sus habitantes campesinos, a ellos la Constitución de la República no los reconoce así, muchas veces ellos se han definido como mestizos o como campesinos, sin embargo, han dado su jurisdicción propia y se han autodefinido y han hecho como propios los usos y costumbres de los pueblos indígenas, por ejemplo, en Bain Turucachi, son blancos, ellos prácticamente pasan en los Raymis como nosotros los hacemos, hacen los ritos igual a nosotros los indígenas, realizan mingas comunitarias, igual que los indígenas, y por lo tanto, yo tengo muchísimos casos de las comunidades campesinas que se han autodefinido como pueblos ancestrales, entonces

¹⁰⁰ Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos* recuperado de: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>. El Otro Derecho, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

¹⁰¹ Censo poblacional 2010, recuperado de: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/resultados/>

¹⁰² Dr. Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

prácticamente ellos hacen uso de este ejercicio de derecho consuetudinario ya históricamente reconocido.¹⁰³

Es decir, tal como menciona el presidente de la FIIS, estas personas sin ser indígenas vienen a formar parte de las filiales de la organización a la que él representa, pues, se han autodefinido como pueblos y nacionalidades indígenas, y como tal la justicia indígena amplía su nivel de intervención para conocer las causas, aunque la justicia ordinaria considere que la población no indígena no puede ser procesada por ellos, no basta el sentido de pertenencia o afiliación a los grupos FIIS o Ecuarunari, si no son indígenas su acción es delimitada por la justicia ordinaria para procesarlos, situación que ocasiona un conflicto entre ambas justicias para conocer y resolver bajo estas circunstancias, debido a que se podría considerar una intromisión legal.

Así mismo se puede establecer que “otro, que se podría calificar como político, es la protección de la potestad de un colectivo para controlar sus instituciones y determinar lo que pasa dentro de su territorio, pues, es el modo que garantiza su reproducción como colectivo y los derechos de sus miembros. Este segundo fundamento permite evitar que personas ajenas a los pueblos o comunidades indígenas (no-indígenas) cometan hechos dañinos dentro de tales bajo el amparo de que no pueden ser juzgadas por dichos sistemas”¹⁰⁴. En general, los hechos dañinos realizados dentro de comunidades indígenas por agentes no indígenas suelen quedar sin reparación alguna, pues aquéllos buscan librarse de los controles indígenas y están lejos de los estatales. Además, la intervención de los aparatos estatales dentro de comunidades o pueblos indígenas ha mellado los sistemas jurídicos indígenas, afectando con ello la vida comunitaria misma.

Por ejemplo, en abigeatos tal como menciona el Dr. Luis Minga¹⁰⁵, históricamente quienes han perdido el ganado han sido los indígenas, y los infractores en su mayoría

¹⁰³ Dr. Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

¹⁰⁴ Raquel Yrigoyen Fajardo, (2004), *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos* recuperado de: (<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>). EL OTRO DERECHO, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

¹⁰⁵ Dr. Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

mestizos, son quienes han cometido el delito al robarlos, entonces quien define la jurisdicción y competencia ha sido la comunidad indígena, él recuerda que en San Lucas se perdieron más de 145 cabezas de ganado y gracias a su injerencia pudieron descubrir que fue justamente una comuna de Llaco¹⁰⁶, y allí fueron las Autoridades indígenas quienes señalaron la jurisdicción y competencia a pesar de que el señor era mestizo, por el hecho de que la persona afectada era indígena y de donde se sustrajo el ganado es territorio indígena, y así han resuelto otros casos que se han dado en Saraguro, lo mismo señala se ha realizado en la parroquia Cumbe (parroquia mestiza del cantón Saraguro), se han llevado el ganados a Nabón (cantón mestizo de la provincia del Azuay), “[...] ahí han sido personas de Nabón los que se han llevado el ganado y nosotros hemos coordinado con la Fiscalía, policía para que nos ayuden deteniendo a las personas y los hagan comparecer a las audiencias de justicia indígena [...]”¹⁰⁷, y que hasta ahora se ha tenido como de estas audiencias de justicia indígena a la comunidad de Tuncarta (comunidad indígena del cantón Saraguro), base de la organización de la FIIS.

Los textos constitucionales de los países andinos muestran una clara vocación para proteger la existencia biológica y cultural de los pueblos indígenas, así como para fortalecer dicho derecho.

El Convenio 169 de la OIT señala entre sus considerandos “las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus instituciones”¹⁰⁸, en esta línea es consistente que el derecho indígena sea fortalecido, afirmando su aplicación sobre el territorio indígena, tanto respecto de indígenas como no-indígenas, con el objeto de proteger los bienes y derechos de las comunidades indígenas. Esto permitiría fortalecer la vida comunitaria indígena y evitar la intervención o presencia de policías, jueces u otros agentes del derecho estatal, que secularmente debiliten a las comunidades y pueblos indígenas en ejercicio de sus facultades y atribuciones jurídicas reconocidas. Ésta a su vez, es la lógica de funcionamiento de cualquier sistema jurídico. “En síntesis, apeándonos al objetivo constitucional de reconocer y fortalecer la jurisdicción especial dentro de su ámbito territorial, no encontramos

¹⁰⁶ Llaco: Comunidad indígena del cantón Saraguro

¹⁰⁷ Dr. Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

¹⁰⁸ *Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Cuadernos de Legislación Indígena, México, considerandos.

argumentos para, a priori, sustraer de la misma a no-indígenas que realizan hechos susceptibles de juzgamiento dentro del ámbito territorial comunal”¹⁰⁹.

Otro tema de cuestionamiento con relación a la competencia personal tiene que ver con la voluntariedad u obligatoriedad del sistema legal para los indígenas. Es decir, si los indígenas que no desean ser sometidos a su jurisdicción o justicia indígena, su manifiesto no puede ser atendido u obligados a la misma, o simplemente pueden recurrir a la justicia ordinaria de manera voluntaria, esta acción permite a la persona la elección del tipo de justicia a someterse, sin embargo, ocasionaría un conflicto legal entre indígenas y juristas ordinarios, debido a que la decisión atribuida a la persona para rechazar el procesamiento legal, podría ser una acción dilatadora de la justicia, a la cual las personas se acogerían con la finalidad de tratar de generar un conflicto de intereses que irrumpen la pronta acción judicial en juzgar y sancionar las infracciones.

Los textos de las diferentes constituciones andinas señalan que la potestad para aplicar el derecho y la jurisdicción especial o justicia indígena corresponde a las autoridades de los pueblos y comunidades indígenas, es decir, que reside en tales pueblos y sus órganos de decisión colectiva. No es una atribución de los individuos decidir si se someten o no al derecho y la justicia indígena. Como todo sistema jurídico, también el indígena tiene campos de intervención obligatoria, cuando se afectan bienes que el sistema considera de interés público, y campos de intervención facultativa, librada a la acción de los individuos o familias, pero el sistema en su conjunto es obligatorio y se impone sobre los individuos, de otro modo se debilitaría la vigencia misma del sistema.

El Convenio 169 de la OIT señala el derecho de los pueblos indígenas de aplicar sus propios métodos para la persecución de delitos cometidos por sus miembros¹¹⁰. Ello establece, de una parte, el derecho de sus miembros ante el Estado, de ser juzgados por los métodos de sus propios pueblos y no por el derecho estatal. Pero al ser una atribución de los

¹⁰⁹ Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos* (<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>). EL OTRO DERECHO, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

¹¹⁰ *Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Cuadernos de Legislación Indígena, México, Art. 9.2.

pueblos indígenas como colectivos, no es facultativo de las personas en tanto de los individuos, y como tal, no están en condiciones de huir legalmente de su sistema cuando no les conviene reparar una falta, trabajar o cumplir una sanción. En todo caso, al ser la jurisdicción especial potestativa de los pueblos indígenas, tales pueblos sí están en la facultad de considerar bajo qué circunstancias intervienen y en cuáles no, qué casos juzgan directamente o, incluso, en cuáles piden colaboración de la fuerza pública o la jurisdicción ordinaria.

En conclusión, la justicia indígena no puede ser sometida a preferencia individual o elección libre y espontánea, por ello debe de aclararse la designación personal para juzgar a las personas, sean estas indígenas o no indígenas, sino también, para quienes han infringido la ley en sus territorios lugares comunitarios de trabajo plenamente reconocidos y que sean demarcados por el Estado para conocer, limitar el ámbito de conocimiento legal salvo aguardando los bienes y derechos de las comunidades indígenas, y generando una amplitud de acción legal eficiente y cooperativo entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Cabe en este punto señalar un ejemplo propuesto por quién en la actualidad dirige la justicia indígena en Saraguro cuando se lo hizo comparecer a la comuna de Turucachi (comunidad indígena del cantón Saraguro), a un entrenador de futbol de la ciudad de Loja porque existía una presunta estafa de este entrenador al haber solicitado a tres jóvenes indígenas pertenecientes la parroquia rural indígena perteneciente al cantón Loja un valor de 3800 dólares americanos con el pretexto de ayudarles a tramitar una visa a EEUU, pero resultó que no se cumplió con el cometido, luego de recibir la denuncia en Saraguro, la autoridad indígena inicia todas las investigaciones necesarias determinando que efectivamente se había cometido una estafa; por lo tanto, se procedió a entregarle las respectivas boletas para que comparezca, sin lograr el cometido, so pretexto de mencionar que él es mestizo y que tiene su abogado y que por lo tanto se lo debe demandar en una vía ordinaria; se realizó una nueva boleta de comparecencia y en esta oportunidad se solicitó la colaboración de la fuerza pública y se lo hizo comparecer a la Asamblea de la comunidad quienes coordinaron directamente con la Autoridad indígena para continuar con las diligencias. “[...] Ahora no puede ser que la justicia ordinaria diga este es mi caso cuando

los perjudicados son indígenas, ahí quien define jurisdicción y competencia es la autoridad indígena por más que sea mestizo, blanco o afrodescendiente [...]”¹¹¹.

En concordancia con lo señalado en el párrafo anterior la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana sostiene que no son los individuos sino la comunidad o pueblo el que tiene la potestad de jurisdicción, fallando que sus miembros no pueden escaparse de ella cuando les conviene. “[...] La jurisdicción especial incluso tiene el derecho de contar con el auxilio de la fuerza pública cuando algunas personas pretendan escaparse de la justicia indígena sin reparar daños causados dentro de la misma.”¹¹², y que se puede observar de acuerdo a la investigación realizada en el campo hoy se cumple de esa manera.

Hablar de la competencia personal respecto de indígenas fuera de su territorio es un punto bastante interesante, pues en el caso que se está analizando en esta tesis y como, la Autoridad indígena del cantón Saraguro, cuando se trata de situaciones o hechos que afectan a indígenas, aunque se realicen fuera del territorio comunal, han intervenido basados en que las personas son parte de la organización, por lo tanto, ellos pueden radicar jurisdicción y competencia, eso sí con colaboración de la justicia estatal u ordinaria.

En el Convenio 169 de la OIT existen algunos parámetros que son necesarios traerlos a análisis:

Cuando la conducta sea sancionada por ambos ordenamientos jurídicos, es decir, el estatal u ordinario e indígena; y que en una circunstancia dada sea de competencia de la jurisdicción nacional, se debe tomar en consideración la conciencia étnica del miembro del pueblo indígena y el grado del aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar el tipo de sanción que se le impondrá, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 9 y 10 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, 1989, Organización Internacional del Trabajo.¹¹³

¹¹¹ Dr. Luis Minga, presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

¹¹² Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos* (<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>). El Otro Derecho, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

¹¹³ *Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes*, Cuadernos de Legislación Indígena, México.

Como regla general, si la autoridad estatal es competente, en el momento de juzgar “a los miembros de los pueblos indígenas debe considerar su cultura y costumbres”, conforme lo establece el artículo 9 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Si se imponen sanciones, éstas deben ser preferentemente alternativas a la cárcel, por así ordenarlo el artículo 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

Las penas sancionadoras derivadas de la justicia indígena no necesariamente debe de ser la privación de la libertad, al contrario, ellos consideran la integración a la comunidad como un ente renovado, que intenta reparar el daño causado como en el caso del robo, hurto, daños materiales, y demás en los cuales esta acción sea aplicable para corregir la conducta social de las personas, dejando de lado aquellas de agresiones sexuales, violencia o muerte de las personas, en las cuales la justicia ordinaria sostiene una amplia acción interventora, debido a que no existe acción humana capaz de reparar el daño emocional, familiar de afinidad producido por la persona.

Es claro que el derecho y la jurisdicción indígena podrían intervenir, pues el marco cultural y normativo del mismo sigue rigiendo para tales personas. En estos casos dependería de la jurisdicción indígena si interviene o no y de la forma de colaboración que exista entre las dos justicias, dependiendo del nivel de conocimiento que tenga un administrador justicia respecto a la interculturalidad de la justicia, donde exista un verdadero diálogo de culturas.

Si la jurisdicción indígena estuviese dispuesta a intervenir, la jurisdicción ordinaria debería de inhibirse. “[...] En los casos de competencia de la jurisdicción ordinaria, cuando los hechos ocurren fuera del ámbito territorial indígena y afectan bienes o derechos de terceros la misma está obligada a considerar el condicionamiento cultural de los indígenas al momento del juzgamiento y la sanción. Esto podría dar lugar incluso a la exención o atenuación de la pena cuando los hechos no son considerados reprobables dentro de la cultura indígena que se trate [...]”.¹¹⁴

¹¹⁴ Raquel Yrigoyen Fajardo, *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos* (<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>). EL OTRO DERECHO, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia.

La concepción intercultural, sostiene que:

[...] las autoridades de los pueblos indígenas están en capacidad de resolver los problemas intracomunitarios, es decir, que afecten la vida de la comunidad y a la pacífica convivencia dentro de ella, comprendidos ciertos conflictos entre los miembros de la comunidad en cuanto se producen y tienen consecuencias dentro del ámbito de la comunidad, afectando directamente al armónico desarrollo de ésta, y que para la resolución de los restantes problemas en que se vean involucrados comuneros, sea por conflictos entre ellos o con otras personas que no pertenezcan a la comunidad (indígenas, afro-ecuatorianos, o blanco-mestizos), se aplicará el derecho estatal por las autoridades judiciales estatales, que deberán respetar las costumbres y usos de los pueblos indígenas[...]¹¹⁵

Es necesario, que en este momento se señale a manera de reafirmar lo manifestado en párrafos anteriores de la investigación realizada en el cantón Saraguro, en la cual se denota que las autoridades indígenas no pretenden lo que bien señala Santiago Andrade Ubidia, pues ellos por el hecho de que se afecte la armonía en la comunidad, tendrán la jurisdicción y competencia para resolver el conflicto, sin importar si la persona es indígena, afro-ecuatorianos o blanco- mestizos, y sin verificar si están de tránsito o viven ahí.

La Constitución de la República ha dispuesto en su Art. 171 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

¹¹⁵ Aportes al debate sobre justicia indígena observaciones sugerencias al anteproyecto de Ley de administración de justicia indígena en el Ecuador”.

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

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, de esta manera se garantiza el ejercicio legal pleno en sus facultades, competencia y jurisdicción, competencia legal.

Como se ha dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, se aplicará “el derecho más favorable a la parte indígena”¹¹⁶, 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.

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

¹¹⁶ *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.

mayor autonomía y la menor intervención posible.”¹¹⁷ 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, sin embargo, pueden prestar asesoría, facilitar en acciones de investigación con participación conjunta en los casos en los cuales la justicia indígena solicite o requiera de dicha cooperación.

Lo que se busca en definitiva es que no existan conflictos entre los modos de generar justicia, tampoco que se irrespete los derechos indígenas plenamente reconocidos, por la Constitución al contrario, garantizar su desarrollo, generar una actualización y acatamiento de los tratados y convenios internacionales vigentes, e incluso generar concurrencias mediante conferencias, congresos entre autoridades indígenas a nivel nacional o sudamericano con la finalidad de intercambiar experiencias y así sostener la aplicación de una justicia digna, justa, ejemplar, oportuna y eficiente a los intereses de sobrevivencia social plena de las comunidades indígenas.

El derecho a un juez natural, es un derecho que reúne 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.

De igual manera 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.

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

¹¹⁷ *Código Orgánico de la Función Judicial*, (2014). Corporación de estudios y Publicaciones, Art. 344 literal d).

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 de la sanción). Como se puede 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.

Se sustenta el empleo pleno del juzgamiento oral en todas las fases del proceso de juicio, y como tal garantiza el uso pleno del derecho a la defensa o a la refutación de las acciones que se investigan con la finalidad de que la Asamblea que tiene conocimiento de la causa o la autoridad indígena pueda considerar, deliberar abiertamente en razón o mérito de las evidencias y emitir un fallo que sea satisfactorio, integrador social de la persona para su rehabilitación, caso contrario se someterán a acciones más duras y ejemplificadoras que la comunidad considere necesario.

Como se ha dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, se aplicará “el derecho más favorable a la parte indígena”¹¹⁸, 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

¹¹⁸ *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.

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.

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."¹¹⁹ 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, sin embargo, pueden prestar asesoría, facilitar en acciones de investigación con participación conjunta en los casos en los cuales la justicia indígena solicite o requiera de dicha cooperación.

Lo que se busca en definitiva es que no existan conflictos entre los modos de generar justicia, tampoco que se irrespete los derechos indígenas plenamente reconocidos, por la Constitución al contrario, garantizar su desarrollo, generar una actualización y acatamiento de los tratados y convenios internacionales vigentes, e incluso generar concurrencias mediante conferencias, congresos entre autoridades indígenas a nivel nacional o sudamericano con la finalidad de intercambiar experiencias y así sostener la aplicación de una justicia digna, justa, ejemplar, oportuna y eficiente a los intereses de supervivencia social plena de las comunidades indígenas.

El derecho a un juez natural, es un derecho que reúne 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

¹¹⁹ *Código Orgánico de la Función Judicial*, (2014). Corporación de estudios y Publicaciones, Art. 344 literal d).

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.

De igual manera 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.

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 de la sanción). Como se puede 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.

Se sustenta el empleo pleno del juzgamiento oral en todas las fases del proceso de juicio, y como tal garantiza el uso pleno del derecho a la defensa o a la refutación de las acciones que se investigan con la finalidad de que la Asamblea que tiene conocimiento de la causa o la autoridad indígena pueda considerar, deliberar abiertamente en razón o mérito de las evidencias y emitir un fallo que sea satisfactorio, integrador social de la persona para su rehabilitación, caso contrario se someterán a acciones más duras y ejemplificadoras que la comunidad considere necesario.

En si la competencia personal en la justicia ordinaria no hace una distinción entre indígenas, mestizos, afros, sino que es un derecho de todas las personas tener acceso a la justicia, sin embargo en la justicia indígena si se hace una diferenciación sobre todo en el

Convenio 169 de la OIT señalado anteriormente cuando se dice que debe pertenecer a un grupo que se ubique en un mismo territorio pero que sobre todo compartan temas culturales, ancestrales, etc. Más resulta que en el caso de estudio del cantón Saraguro las autoridades de justicia indígena consideran que pueden resolver todos los casos de las personas que decidan voluntariamente que la justicia indígena intervenga, dejando así desde mi punto de vista una competencia muy amplia respecto a las facultades otorgadas por la Constitución y otras normas.

2.4 Perspectivas de solución de la problemática jurídica existente entre la justicia indígena y la ordinaria

Una de las posibles soluciones que se puede dilucidar luego del análisis realizado de las problemáticas respecto de las competencias tanto en la justicia indígena y ordinaria es la elaboración de una ley de armonización entre las dos justicias, lo cual no es una tarea fácil, porque se está planteando un enorme reto, cual es el de mejorar el entendimiento intercultural en el escenario de la justicia, esto implica un esfuerzo de dos vías a todo nivel para en ese sentido entender cada una de las justicias y actuar en base a esos postulados que permitan cumplir con el fin último que es tener justicia. Puesto que la armonización o “coordinación entre las justicias indígenas y la justicia ordinaria plantea un gran reto de dialogo intercultural”¹²⁰.

Pues abordar una armonización implica mucho más que la generación de leyes en el órgano legislativo, pues esto debe trascender para asumir los asuntos de convivencia, integración y administración de justicia pluricultural, entre otros temas fundamentales para el desarrollo armónico de un país.

¹²⁰ Rosembert Ariza Santamaría, *Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, en Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria ¿un matrimonio imposible?: sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, La Paz, BO: Fundación Konrad Adenauer, s.f., 31.

En la justicia ordinaria se enuncia sobre el conocimiento de la materia, que delimita la acción penal, de lo civil, laboral, etc., en la justicia indígena de acuerdo a lo observado en el trabajo de campo, las autoridades tienen amplitud de conocimiento, por lo que se presume la multicompetencia de facultades o de aplicación legal, toda vez que la justicia indígena goza de la aplicación de “normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos (...)”¹²¹, ahora estas normas y procedimientos enunciados no constan en las normas legales, pero se conmina a que apliquen el respeto de los derechos humanos con la finalidad de garantizar la integridad personal.

De acuerdo con Raquel Irigoyen Fajardo los ejes para establecer pautas de coordinación, en el desarrollo de esta investigación entendida como armonización entre el derecho indígena y el estatal deben resolver entre otros temas el establecimiento de términos y reglas para definir resolver los conflictos de competencia:

Es decir en el caso de la competencia personal por ejemplo se debería en base a la autodeterminación permitir que las personas decidan a que justicia someterse, pero cuya decisión será para todos los casos y no que se actué a conveniencia como se lo hace actualmente, es decir si siempre buscando el beneficio personal.

Además es necesario que exista la definición de los ámbitos de intervención de la justicia indígena al igual que definir los llamados límites o fronteras por ello es necesario construir en mecanismos estables de coordinación con los respectivos estados que den cuenta de los asuntos esenciales como:

Los efectos institucionales de las decisiones judiciales que tome a las autoridades indígenas es decir el acatamiento por parte de los agentes del Estado mediante por ejemplo el carácter de cosa juzgada y en consecuencia ni posibilidad para el sujeto en étnico de ser juzgado dos veces por el mismo delito como muchas veces sucede en la práctica.

¹²¹ *Constitución de la República del Ecuador*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Capítulo Tercero, Función ejecutiva, Segunda Sección, Justicia Indígena, 2010, Art. 171

La colaboración de parte de las autoridades estatales para hacer cumplir las determinaciones tomadas por estas autoridades especialmente aquellos casos complejos que superan la capacidad efectiva de las comunidades los ubiquen por fuera del ámbito territorial indígena, es decir que forme el Estado parte activa para ejecutar una decisión de justicia indígena.

El desarrollo de procesos investigativos que por sus características requieran desierto Técnico logístico y tecnológico, que significa tener aplicar la justicia de manera intercultural como el apoyo del aparataje estatal.

Que exista una asignación de presupuesto para la administración de la justicia indígena para que el acceso sea gratuito en la justicia indígena, ya que si se hace un análisis sencillo, esta lo que hace es descongestionar los despachos judiciales

Todas estas soluciones se las podrá realizar como se lo ha mantenido a lo largo de la presente investigación con el diálogo que permita llevar a cabo un proceso dinámico de coexistencia de los sistemas de justicia en el Ecuador.

Conclusiones

Desde los inicios de 1990 se han dado múltiples reformas constitucionales muy importantes en los países andinos, puntualmente en Perú, Bolivia, Colombia y Ecuador. Estos cambios están dados esencialmente en los siguientes parámetros: 1) el reconocimiento del carácter pluricultural de la Nación y el Estado, 2) el reconocimiento de los pueblos indígenas y la ampliación de sus derechos, 3) el reconocimiento del derecho indígena o consuetudinario, 4) El reconocimiento del pluralismo jurídico. Además con estas reformas los países antes señalados también han ratificado el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. Esto da cuenta de cambios bastante interesantes en la doctrina jurídica tradicional que se basaba en el monismo jurídico. Igualmente cuestiona la noción clásica del Estado-Nación, en tanto nación se entendía como un solo pueblo, una sola cultura, un solo idioma y una sola religión. Tanto la ratificación del Convenio 169 de la OIT como las reformas constitucionales mencionadas, dan las pautas para la construcción de un nuevo modelo de juridicidad, en el marco de un nuevo modelo de Estado Pluricultural.

La Constitución Ecuatoriana ha reconocido el derecho de los pueblos indígenas de autogobernarse, de establecer sus sistemas jurídicos y designar a sus autoridades, como una de las variantes del pluralismo jurídico.

A fin de reafirmar el pluralismo jurídico previsto en la Constitución de la República del Ecuador, es indispensable iniciar un proceso de formación conjunta e intercambio de experiencias, entre autoridades indígenas y funcionarios judiciales, policía, fiscales, intendentes, comisarios y todos aquellos involucrados en la aplicación del derecho consuetudinario o formal.

El pluralismo jurídico, pone en vigencia la igualdad jurídica formal y la igualdad jurídica material, mejorando el acceso a la justicia, permitiendo así que en el Ecuador exista una verdadera justicia.

El Estado, de acuerdo a la norma Constitucional ya no tiene el monopolio de la administración de justicia, por lo tanto, ha dejado de ser en la única fuerza legítima sancionadora, se rompió el esquema de la apropiación del conflicto por parte del Estado.

Las normas de conducta o reglas de comportamiento, ya no se originan únicamente en la Legislatura, sino que, también tienen otras fuentes de creación y precisamente una de ellas es la comunidad indígena través de su derecho propio.

Los problemas jurídicos existentes en torno a la competencia respecto de la justicia indígena están dados por la dificultad que existe en determinar qué conflictos determinados por la materia, territorio y persona puede y/o deben conocer las autoridades indígenas de una comunidad o un conjunto de comunidades en el Ecuador, esto se da por la ausencia de una norma específica que señale y otorgue competencias tanto a la Justicia indígena como a la justicia estatal, para que en ese sentido, esos problemas jurídicos existentes en la actualidad se transformen en soluciones y podamos efectivamente estar al frente de una justicia intercultural que permita vivir en armonía, por ello la necesidad de promulgar una ley que permita la armonización entre la función de la justicia indígena con las del sistema judicial nacional, estableciendo entre ellas una relación horizontal (de cooperación y no de control) para proteger la seguridad jurídica, la presencia de unos mínimos éticos y jurídicos básicos que garanticen la protección de los derechos humanos.

La justicia ordinaria por medio de la Corte Constitucional ha intentado tener conocimiento pleno de las acciones penales a nivel nacional, irrespetando la jurisdicción de la justicia indígena, al señalar que su capacidad de juzgar no asegura o garantiza el bien jurídico, por lo tanto, las causas de acciones de muerte, homicidio, tráfico de estupefacientes o drogas, a más de violencia intrafamiliar o derechos de las mujeres, las consideran de fuero de corte a favor de la justicia ordinaria, lo cual es un claro atropello a la justicia indígena en el nivel de conocimiento de causa, debido a que ello por derecho ancestral no la tienen restringida o limitada.

En lo referente a la jurisdicción de materia se vulnera la competencia jurisdiccional de la justicia indígena, según la especialización en el ámbito penal, al cuestionar sus decisiones, incurriendo en el doble juzgamiento, como sucedió en el caso la Cocha, por lo

cual, se debería manifestar una capacitación a las autoridades indígenas para que acojan en parte las acciones legales de contenido textual (Código orgánico Integral Penal), para endurecer sus penas, más no proceder a un juzgamiento adicional.

En lo que respecta a la jurisdicción territorial, la comunidad de Saraguro no tiene definida su territorialidad, más aun cuando conviven con ecuatorianos mestizos dentro de su propia comunidad, que según derecho ancestral les pertenece el cantón Saraguro, pero que al estar viviendo la pluralidad y multiétnicidad, se restringe el conocimiento de causa, cuando los mestizos no desean ser subrogados a juzgamiento de las autoridades indígenas.

El derecho es un aspecto del control social que forma parte del sistema intercultural que se vive en el Ecuador, sin embargo en este país existe aún en la época en la cual vivimos una concepción bastante rígida de la ley que tiene en si arraigada todo ese “formalismo” en el que [...] “el imperio de la ley consistía en reglas elegantes y concordantes; en una doctrina formal, levantada sobre una maquinaria de arrestos, juicios, amanuenses, policía, cortes, multas, detenciones y cárceles. Por lo mismo, se asumía que aquellos grupos humanos que no tenían escritura, códigos legales formales, policía, cortes e instituciones penales, ni tenían derecho, ni eran civilizados”.¹²²

Para los indígenas del cantón Saraguro, lugar donde se desarrolló la presente investigación, la justicia estatal no puede resolver los conflictos que se dan en las comunidades indígenas porque simplemente son instituciones creadas para tratar temas desde el punto de vista occidental.

Por lo tanto, se debe reconocer las normas y prácticas que los indígenas han desarrollado en la administración de justicia y tratar de armonizarlas con las normas del derecho ecuatoriano, es decir “[...] armonizar disposiciones no es sobreponerlas. Si se trata de armonizar las disposiciones de la Constitución y las leyes ecuatorianas con las normas y prácticas que ya existen en la sociedad indígena ecuatoriana, el asunto no es poner una sobre

¹²² Ximena Ortiz Crespo, (2002). Justicia indígena. Aportes para un debate, Judith Salgado compiladora, Ediciones Abya Yala, Quito, 7.

otra, ni una delante de otra, sino articularlas de manera tal que no se produzcan conflictos o que no se perjudique a la justicia”¹²³.

La administración de justicia indígena, no está debidamente delimitada para saber efectivamente cómo y quién debe juzgar a indígenas que han migrado a la ciudad, quién tiene jurisdicción y competencia, eso es lo que se debe definir claramente en una ley. Es necesario y urgente que se determine de manera específica los tipos de casos pueden conocer las autoridades indígenas para que no se genere una suerte de conveniencia el conocer o no un caso.

Hablar de los jueces de paz, que bien se podría plantear que sean las autoridades indígenas pero con debidas competencias otorgadas directamente desde una ley, puesto que “[...]la competencia no puede ser ilimitada”.¹²⁴

Es necesario, además considerar que las decisiones de las autoridades de justicia indígena si pueden ser revisadas por la Corte Constitucional, pues es necesario analizar si se han cumplido con procedimientos constitucionales y con esto se le estarían dando mayor legitimidad a todas las resoluciones y decisiones de las autoridades indígenas.

El derecho indígena, o la administración de la justicia indígena en el Ecuador y específicamente en el caso de Saraguro, se está basando en resoluciones que se las realiza por escrito, esto permitirá además poder realizar un análisis de igualdad en las decisiones, proporcionalidad en las mismas, es decir, que ya no es necesario continuar con el discurso de que son costumbres ancestrales y por ello, no pueden ser traducidas a escrito, sino que considero que es fundamental que para que esos conocimientos de los mayores pasen a las nuevas generaciones deberían estar traducidas a una ley.

¹²³ Enrique Ayala Mora, *El derecho ecuatoriano y el aporte indígena, en Justicia indígena*. Aporte para un debate, Judith Salgado compiladora, Ediciones Abya Yala, Quito 2002.pag. 111

¹²⁴ Enrique Ayala Mora, *El derecho ecuatoriano y el aporte indígena, en Justicia indígena*. Aporte para un debate, Judith Salgado compiladora, Ediciones Abya Yala, Quito 2002.pag. 117

Por lo tanto, debe determinarse exactamente el ámbito de la jurisdicción y la competencia de las autoridades de los pueblos de las nacionalidades indígenas, en lo material, territorial y personal.

Esto se lo puede lograr solamente mediante la creación de una ley de armonización entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, más no una ley de reglamentación, pues se debe establecer una relación horizontal de apoyo y no una vertical de control.

Las diferentes Cartas Magnas latinoamericanas señalan que debe haber una ley de coordinación entre la jurisdicción especial o indígena y el sistema jurídico nacional (Colombia), poder judicial (Perú) o sistema de justicia nacional (Venezuela). Ecuador y Bolivia utilizan el término de compatibilización.

En primera instancia, es fundamental señalar que es necesario crear o promulgar una ley de armonización entre la justicia indígena y la justicia ordinaria o estatal.

La palabra “armonización” establece una relación horizontal y no de control, revisión o alguna forma de subordinación, pues la cultura hegemónica puede aprender algo de la culturas subordinadas y viceversa, pues “[...] el individualismo y la competitividad fomentada por la cultura hegemónica, que ha generado tantos índices de suicidio y dependencia a fármacos en los países del norte, pueden aprender tanto de la vida comunitaria y solidaria de muchas comunidades indígenas”.¹²⁵

Lo que se busca es establecer un sistema que posibilite la relación armónica y pacífica entre las jurisdicciones indígena y ordinaria o estatal en condiciones democráticas y no de subordinación. Entre las necesidades de coordinación se encuentran el establecimiento de reglas que permitan resolver conflictos de competencia material, territorial y personal, mecanismos de cooperación entre las dos justicias existentes en el Ecuador en la que cada una complemente a la otra.

Dentro de una lógica democrática de diálogo intercultural, la ley también debería establecer los procedimientos para resolver presuntos conflictos entre derechos humanos y

¹²⁵ Ramiro Ávila Santamaría, (2016), *La Interculturalidad y el derecho ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? en El neoconstitucionalismo andino* (Quito: UASB, 2016), 167.

jurisdicción indígena. Pero esta función de coordinación no otorga por anticipado una potestad a las autoridades de la jurisdicción ordinaria de controlar o supervigilar a las autoridades de la jurisdicción indígena.

La ley que se vienen mencionando también debería regular mecanismos adecuados de coordinación directa entre la jurisdicción indígena y diversas instituciones públicas más allá de los juzgados multicompetentes que existen en los cantones, se puede señalar entonces a la Fiscalía¹²⁶, Policía nacional, GAD's cantonales y parroquiales, entre otras, para que de este modo la justicia indígena tenga en medida de las facultades de la ley, eficacia, fundamental para cumplir con la tan anhelada justicia.

La ley debería hacer una adecuación normativa entre la Constitución, el Convenio 169 de la OIT y el resto de la normativa nacional, como también desarrollar aspectos que la Constitución ecuatoriana no señala claramente. Lo que de ninguna manera puede hacer la ley es recortar o restringir derechos, pero sí puede ampliarlos o desarrollarlos.

Más allá de la ley que se habló en líneas anteriores es necesario que exista una compatibilización entre el derecho nacional y el derecho indígena pues luego de una larga lucha histórica, los pueblos indígenas han reivindicado desde la Constitución de 1998 y en la vigente del 2008, la autonomía al interior del Estado Ecuatoriano a través del “derecho al propio derecho”¹²⁷.

Sin embargo se han presentado dificultades al momento de armonizar el ordenamiento jurídico indígena y el ordenamiento jurídico nacional, radicando el conflicto en la controversia que se suscita entre la aplicación del derecho indígena y el respeto y observancia de los derechos fundamentales.

¹²⁶ La Fiscalía de Asuntos indígenas en el cantón Saraguro no ha logrado desarrollar esa calidad de intercultural pues únicamente se le ha dado el nombre inclusivo hacia los pueblos indígenas, además que se ha puesto a un indígena como su fiscal cantonal, sin embargo ha tenido actuaciones totalmente apegadas a la justicia ordinaria cumpliendo de manera formal lo que señala el COIP, es decir tal como están concebidas estas fiscalías de asuntos indígenas no están fomentando una aplicación de justicia intercultural que respete lo señalado en la Constitución, y convenios internacionales.

¹²⁷ Reconocimiento de su propio ordenamiento jurídico

Por ello, es que de manera definitiva se debata en el Ecuador varias posibilidades que sirvan para articular la justicia indígena y la justicia estatal u ordinaria y que deben estar dentro de la Ley de coordinación entre justicia indígena y estatal u ordinaria:

Declinación de Competencia que se sustenta en un autolimitación del Estado intervenir en determinados casos que correspondan a la justicia indígena.

Sujeción de las autoridades indígenas a la Constitución, pues sus resoluciones están sujetas al control de constitucionalidad a través de la acción extraordinaria de protección para la justicia indígena.

Autonomía total de la justicia indígena y coexistencia paralela de la justicia ordinaria, basada en la no regulación legal de la aplicación pero si en una definición jurisprudencial en los casos concretos.

La administración de justicia indígena en el Ecuador, en muchas ocasiones ha sido entendida de manera equívoca y se la ha asimilado a linchamientos, salvajismos, tratos crueles o inhumanos, que atentan a los derechos universales.

Pero, la verdad es que para los pueblos indígenas, la justicia indígena es la forma propia de resolver y solucionar conflictos, a través de sus costumbres y tradiciones, aplicada por autoridades, conciliadoras o ejemplificadoras, pero cuyo fin ulterior es restablecer la armonía colectiva.

Bibliografía

Alvarado Vellosos, (2005) Adolfo, Jurisdicción y competencia, consultado el 24 de septiembre de 2016, recuperado de: http://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/NF%20-%20AD/Ad/Jurisdiccion_y_Competencia__AAV.pdf.

Ariza Santamaría Rosembert. *Armonización entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria*. Sistematización de las experiencias internacionales: México, Guatemala, Colombia, Perú, Ecuador y Bolivia, en Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria ¿un matrimonio imposible?: sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente, La Paz, BO: Fundación Konrad Adenauer, s.f.

Ávila Santamaría, Ramiro. *La Interculturalidad y el derecho ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? en El neoconstitucionalismo andino* (Quito: UASB, 2016).

Ávila Santamaría, Ramiro. “La utopía en el constitucionalismo Andino”. Tesis doctoral, Universidad del País Vasco, España, 2016.

Ayala Mora, Enrique. *El derecho ecuatoriano y el aporte indígena, en Justicia indígena*. Aporte para un debate, Judith Salgado compiladora, Ediciones Abya Yala, Quito 2002.

Cabrera Román Balois y otros, Pluralismo jurídico, recuperado de http://www.dicyt.umss.edu.bo/documentos/PUICS/5_sociopolitico.pdf (2 enero de 2017).

Censo poblacional 2010, recuperado de: <http://www.ecuadorencifras.gob.ec/resultados/>

Devis Echandia, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II 3era edición, Bogotá, 1977.

De Sousa Santos Boaventura. “Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad”, en *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en el Ecuador*. (Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala, 2012).

De Sousa Santos, Boaventura. “La difícil construcción de la plurinacionalidad”. En *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y Sumak Kawsay*. Quito: SENPLADES. 2010.

De Sousa Boaventura. *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA 2009. 64.

Díaz Eduardo & Alcidez Antunes (2016), *La justicia indígena y el pluralismo jurídico en el Ecuador*, Derecho y Cambio social, Recuperado de:
http://www.derechocambiosocial.com/revista044/LA_JUSTICIA_INDIGENA_Y_EL_PLURALISMO_JUR%20C3%8DDICO.pdf. (Fecha de la consulta: 02 de enero de 2017).

Elisa Cruz Rueda, “Principios Generales del Derecho Indígena”; en *Hacia sistemas jurídicos plurales*, Konrad Adenaur Stiftung, Bogotá.

Fajardo, Raquel. Yrigoya. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*. Revista El Otro Derecho. Bogotá/CO, 2004.

Fiallo, Liliam. *Pluralismo Jurídico en Ecuador, el caso de la nacionalidad Tsachila*, Quito, UDLA, 2014.

Flores, Daniela. *La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario*, Equipo Jurídico INREDH.

Fernández, Mercedes, (2016), Introducción al proceso penal, Grado en Criminología, Universidad de Alicante, recuperado de:
https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/22464/1/TEMA_12._LA_COMPETENCIA.pdf

- Funk, Lorenz, (2015), *Legitimidad jurisdiccional de la justicia indígena. Importancia y trato de Justicia Indígena*, Programas de Pasantías INREDH, recuperado de: http://www.inredh.org/archivos/pdf/informe_justicia_indigena_lorenz.pdf, consultado el 05 de septiembre de 2016.
- González, Cesar. “Conflictos de competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional- Fuero indígena”. En Devis Echandía, Hernando edit. *Compendio de Derecho Procesal, Teoría General del Proceso*. Editorial ABC. Tomo 1, decimocuarta edición, 1996.
- González, Cesar. “Conflictos de competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional- Fuero indígena”. En Edgardo Villamil Portilla, edit. *Teoría Constitucional del Proceso. Ediciones Doctrina y Ley Ltda.*, Bogotá – Colombia, 1999.
- González, Cesar. “Conflictos de competencia. Jurisdicción Especial Indígena vs. Sistema Judicial Nacional- Fuero indígena”. En Héctor Quiroga Cubillos, edit. *El concepto de jurisdicción en la Constitución de 1991. Sus imprecisiones”, en la Constitución por Construir: balance de una década de cambio constitucional. Facultad de Jurisprudencia*. Asociación Colombiana de Derecho Constitucional y Ciencia Política. Centro Editorial. Universidad del Rosario. Capítulo 8, 1991.
- González, Cesar. “*Conflictos de competencia. Jurisdicción especial indígena vs. Sistema judicial Nacional- Fuero Indígena*”. Ediciones Cronopios. Bogotá, 2007.
- Gordillo, Agustín. (s./f.), Capítulo XII, Los Órganos del Estado, 8.1. Competencia en razón de la materia, recuperado de: http://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf.
- Gutiérrez Germán. *Complementación entre justicia ordinaria y justicia consuetudinaria: sistematización en el marco de la Asamblea Constituyente, en Fundación Konrad Adenauer; Justicia ordinaria y justicia consuetudinaria ¿un matrimonio imposible?: sistematización de propuestas de complementación en Sudamérica, Bolivia y en el marco de la Asamblea Constituyente*, La Paz, BO: Fundación Konrad Adenauer, s.f.

- Grijalva Agustín. *Justicia indígena en el Ecuador*, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, 2001.
- Grijalva, Agustín. “*El estado plurinacional e intercultural en la constitución ecuatoriana del 2008*”. En Ecuador Debate. Quito: Centro Andino de Acción Popular, 2008.
- Kierszenbaum, Mariano. *El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual*, Lecciones y ensayos Nro. 26, 2009.
- Llasag, Raúl. “Derechos colectivos y administración de justicia indígena”. En Judith Salgado comp. *Justicia indígena, Aportes para un debate*, Quito: Ediciones Abya Yala, 2002.
- Llasag Fernández, Raúl. “*Discriminación a los pueblos indígenas: un enfoque jurídico*”. *Diviarsidad: ¿sinónimo de discriminación?*, Serie de Investigaciones 4, Quito, INREDH. 2001.
- Machuca Palacios, Juan. *Prescripción de Acciones*, Capítulo I, Los derechos subjetivos, Universidad de Cuenca, 2016.
- Montero Aroca, Juan, Jurisdicción y competencia. (2014), La jurisdicción como presupuesto del proceso, recuperado de: https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema%2003_todo%2025-3-2014.pdf.
- Ortiz Crespo, Ximena. “Justicia indígena”. En Judith Salgado comp. *Jusitica Indígena, Aportes para un debate*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2002.
- Ortega, Claudia. *La Función Jurisdiccional del Estado, La jurisdicción*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2011.

Ortega Meneses, Alejandra, La competencia en los delitos contra la salud en su modalidad de narcomenudeo, Capítulo II, Competencia, recuperado de: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/23110/Capitulo2.pdf>.

Ortiz Crespo Ximena, *Justicia indígena. Aportes para un debate*, Judith Salgado compiladora, Ediciones Abya Yala, Quito 2002.

Pérez Guartambel, Carlos. *La Justicia Indígena Amenazada de Muerte en el Ecuador*, Quito, 2014.

Pérez Guartambel, Carlos. *Justicia indígena*, Colegios de Abogados del Azuay, Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, Quito, 2006.

Sánchez, Marcela. *Límites de la actividad jurisdiccional indígena en relación con el debido proceso en materia penal*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador, 2015.

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

Sánchez Botero, Esther. *La Jurisdicción Especial Indígena*, Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), 2000.

Stavenhagen. *Derecho consuetudinario indígena y organización social*, Revista Serie Jurídica, Colecciones IDIES, 1988.

Tibán Guala, Lourdes. *Derechos Colectivos de los pueblos indígenas del Ecuador. Aplicabilidad, Alcances y Limitaciones*, Quito, 2001.

Trujillo, Julio Cesar. “*Administración de justicia indígena*”, Universidad Andina Simón Bolívar del Ecuador, consultado en: <http://www.uasb.edu.ec/padh/centro/pdf2/TRUJILLO%20JULIO%20CESAR.pdf> > (Fecha de consulta: 10 de enero de 2015).

Yrigoyen Fajardo, Raquel. *Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos* recuperado de: <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/128elotrdr030-06.pdf>. EL OTRO DERECHO, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá D.C., Colombia

Wray Espinosa, Alberto, (2012), *Justicia Indígena: Sus límites constitucionales*, recuperado de: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documentos/IurisDictio_6/Justicia_indigena.pdf.

Yrigoyen, Raquel, (2000), *Reconocimiento Constitucional del Derecho Indígena y la Jurisdicción Especial en los Países Andinos (Colombia, Perú, Bolivia, Ecuador)*, Publicado por Revista Pena y Estado, Buenos Aires, Recuperado de: <http://alertanet.org/PENA-ESTADO.htm>, consulta realizada 10 enero 2016

ENTREVISTAS

Dr. Luis Minga, Presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz, Saraguro, Loja, 01 de octubre de 2015.

LEYES, SENTENCIAS

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia del caso La Cocha, Boletín de prensa 058 del 30 de julio de 2014, recuperado de: https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/stories/pdfs/boletines_2014/boletin58.pdf.

Consejo de la Judicatura, Resolución 252-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura, Quito, recuperado de: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/resoluciones/2014cj/252-2014.pdf>.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Extraordinaria, Nro. 36.860, recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial Extraordinaria, Nro. 36.860, recuperado de: http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Venezuela.pdf.

Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, Cuadernos de Legislación Indígena, México.

Constitución de la República del Ecuador, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2010.

Código Civil, (2010), Corporación de Estudio y Publicaciones, Quito.

Código Orgánico de la Función Judicial (2010), Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito.

Consejo de la Judicatura Saraguro, Loja, (2016), Sentencia juicio N° 11313-2015-00435. Caso los 26 de Saraguro.

Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia ST-496 de 1996*.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, (2014), *Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales*, Organización Internacional de Trabajo, Lima

Naciones Unidas, (2007), *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

Juicio n° 11313-2016-0038, Acta resolutive por la pérdida de 4 cabezas de ganado suscitado en la parroquia Santiago del cantón y provincia de Loja.

FIIS: Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros

Anexos

1. Entrevistas

Nro.	Identificación	Fecha	Lugar
1	Dr. Luis Minga, Presidente de la Federación Interprovincial de Indígenas Saraguros (FIIS), entrevistado por Enrique David Luzuriaga Muñoz,	01 de octubre de 2015.	Cantón Saraguro, provincia de Loja