

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Constitucional

**El control constitucional a las decisiones de la justicia
indígena por la Corte Constitucional**

Autor: Ángel Cartuche Cartuche

Tutor: Christian Masapanta Gallegos

Quito, 2017



Cláusula de cesión de derechos de publicación

Yo, **Ángel Cartuche Cartuche**, autor de la tesis intitulada “El Control Constitucional a las Decisiones de la Justicia Indígena por la Corte Constitucional”, mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster 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, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 16 de junio de 2017

Firma.....

Resumen

El control de constitucionalidad a las decisiones de la justicia indígena es una facultad específica de la Corte Constitucional, y radica en verificar si las decisiones de las autoridades indígenas están acordes a los derechos constitucionales, es decir; verifica que las autoridades de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas al dictar sus resoluciones estén enmarcados en sus costumbres y tradiciones sin que las mismas sean contrarios a la constitución, a los convenios y tratados internacionales de derechos humanos. Así pues, se indaga los alcances y límites de esta supervisión, tomando en consideración el reconocimiento nacional e internacional de los derechos y de la jurisdicción especial de la justicia indígena.

La presente investigación denominado **El control constitucional a las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional**, estudia la forma en que el máximo organismo de interpretación y control constitucional, analiza las diferencias de la visión indígena y la visión hegemónica de la justicia constitucional monista, en la sustanciación de la acción extraordinaria de protección del caso la Cocha. Ahora bien, el análisis de la Sentencia del Caso 0731-10-Ep, mejor conocido como caso La Cocha, es propio para profundizar en cómo la Corte Constitucional ejerce su control sobre las decisiones de las autoridades indígenas, con el auxilio de los peritajes antropológicos y si, en definitiva, tal supervisión respeta y cumple con los parámetros de la diversidad cultural que debe regir a la hora de valorar los dictámenes de la jurisdicción especial indígena.

La base Constitucional que fundamenta este estudio se encuentra consagrada en el artículo 171 de la Constitución en ella se establece que el Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena serán respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Tales dictámenes necesariamente, según el artículo, deben sujetarse al control de constitucionalidad.

Palabras claves: Control constitucional; Justicia indígena; Corte Constitucional, Jurisdicción indígena; Peritaje antropológico.

Dedicatoria

A mis seres espirituales por concederme la energía y cumplir con los sueños profesionales, y a todas las personas que me han dado la fuerza necesaria para resistir este trayecto y llegar a alcanzar el objetivo propuesto.

Agradecimiento

Agradezco a todas las personas que me colaboraron en la realización del presente trabajo; y, de manera especial al Dr. Christian Masapanta, profesional del Derecho quien con su experiencia académica y profesional aportó para la culminación de la presente investigación.

Índice de Contenidos

Índice de contenidos.....	6
Introducción.....	7
Capítulo Primero.....	9
El Pluralismo Jurídico en un Estado Intercultural y Plurinacional.....	9
1.1. Pluralismo Jurídico.....	9
1.2. El derecho indígena y el pluralismo jurídico en el ámbito internacional.....	12
1.3. La vigencia del pluralismo jurídico en el Ecuador, bases jurídicas.....	16
1.4. El Estado intercultural y plurinacional.....	20
1.5. El Sumak Kawsay en el Estado constitucional de derechos y su implicación en la justicia indígena.....	25
Capítulo Segundo.....	28
Justicia indígena: jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas en la administración de la justicia.....	28
2.1. La jurisdicción y competencia consuetudinaria.....	28
2.2. Principios de la administración de la justicia indígena.....	32
2.3. Decisiones jurisdiccionales de la Justicia Indígena en el Ecuador.....	35
2.4. Jurisprudencia consuetudinaria, análisis al acta del caso la Cocha.....	40
Capítulo Tercero.....	46
La sustanciación de control constitucional a las decisiones de la justicia indígena y el peritaje antropológico.....	46
3.1. El Principio de interpretación intercultural, diversidad lingüística y el choque de culturas, en la sustanciación de los procesos constitucionales.....	46
3.2. Garantías constitucionales en las decisiones de la Justicia Indígena.....	49
3.3. El caso la Cocha: Parámetros de control constitucional.....	55
3.4.- El peritaje Antropológico: visión general.....	59
3.4.1.- Análisis a los peritajes antropológicos realizados en el caso la Cocha.....	62
3.4.2.- La decisión de control constitucional y el papel del peritaje antropológico.....	70
3.4.3.- La decisión de control constitucional y los límites que establece la Corte Constitucional a la justicia indígena en base al peritaje antropológico.....	75
Conclusiones.....	81
Bibliografía	

Introducción

La Constitución del 2008 estableció el carácter del Estado ecuatoriano como intercultural y plurinacional, lo cual significó un cambio trascendental en el reconocimiento de los derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Parte de este reconocimiento consiste en la facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia y solucionar los conflictos internos que surgen en sus territorios. Ahora bien, el objetivo principal de la presente investigación consiste en analizar la potestad de control constitucional sobre las decisiones de la justicia indígena que tiene la Corte Constitucional del Ecuador, tomando como base el caso La Cocha 2 como sustento del estudio y los peritajes antropológicos.

Frente al contexto antes señalado, en el presente trabajo de investigación se analizará el alcance del control constitucional ejercido por la Corte Constitucional a la hora de evaluar las decisiones dictadas por las autoridades indígenas y si dicho control cumple con los parámetros del reconocimiento de la diversidad cultural existente en este país. En este sentido, el análisis del caso que se desarrolla, se encuentra en la Sentencia del Caso 0731-10-EP, conocida como el caso La Cocha2, donde la Corte Constitucional, auxiliándose de dos peritajes antropológicos, ejerció el control constitucional sobre el alcance de la potestad jurisdiccional de las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Para ello, el presente trabajo lo he dividido en tres capítulos. En el primero se desarrolla el concepto del pluralismo jurídico, y se contrasta con la teoría de los defensores del positivismo, partiendo de ello estudiamos el origen del pluralismo jurídico en el Ecuador y en el derecho internacional y llegamos a la comprensión del carácter del Estado Intercultural y Plurinacional.

En el segundo capítulo se analiza la jurisdicción y competencia, de las autoridades indígenas para conocer y resolver sus conflictos internos dentro del contexto de la potestad constitucional. Luego se establecerán los principios en los que se sustenta esta facultad de las autoridades indígenas para administrar justicia y se verifica sus procedimientos como regla elemental del debido proceso, y

concluimos con el análisis de la jurisprudencia consuetudinaria, constante en el acta del caso La Cocha.

Finalmente, el capítulo tercero se enfoca en el estudio de la potestad de control constitucional frente a las decisiones de las autoridades indígenas que realiza la Corte Constitucional. Se disertará entonces si el máximo órgano de control constitucional de este país realiza una aplicación adecuada del principio de interpretación intercultural, contrastándolo con el llamado choque de culturas. Será así que en ocasión del caso La Cocha 2 se evaluará la labor que juega el peritaje antropológico a la hora de llevar a cabo la interpretación intercultural de los dictámenes de las autoridades indígenas, además de establecer su valor frente a las decisiones de control de la Corte Constitucional.

Capítulo Primero

El Pluralismo Jurídico en un Estado Intercultural y Plurinacional

1.1. Pluralismo jurídico

Con la vigencia de la nueva Constitución, el Ecuador se proclamó como un Estado constitucional de derechos y justicia social, intercultural y plurinacional. Este hecho no sólo implicó el reconocimiento de la diversidad y heterogeneidad de su población, sino de su pluralidad en los ámbitos jurídicos, sociales y culturales, reconociendo así la justicia indígena. A Partir de ahí la norma suprema, los tratados y convenios Internacionales, establecen que las poblaciones indígenas tienen facultad para “*crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, sin vulnerar derechos constitucionales de las mujeres, niñas, niños y adolescentes*”¹

El reconocimiento al pluralismo jurídico constituye un evento trascendental para los pueblos indígenas y tiene su origen en la Constitución del 98, y su ratificación en la actual carta magna, que pone de relieve la diversidad jurídica en el estado constitucional de derechos. Este hecho ha llevado al apareamiento de ciertos postulados cuestionadores del pluralismo jurídico por quienes no reconocen su existencia, al respecto los positivistas sostienen que el Derecho proviene únicamente del Estado y constituye una ley única, autónoma y autocrática.

*Esta es la visión de la teoría del monismo jurídico, que desarrolla Hans Kelsen en la teoría pura del derecho, y sostiene que “los otros derechos nacionales, [ajenos al derecho estatal], y el derecho internacional no deberían ser [...] conjuntos de normas válidas, sino simples hechos desprovistos de significación jurídica”*².

En cambio muy contrariamente a este enunciado, existe el postulado de Boaventura de Souza, quien dice “el pluralismos jurídico es una teoría en la cual se parte de la idea que pueden coexistir dos órdenes jurídicos dentro de un espacio y tiempo determinado. Supone una definición alternativa del derecho que se opone a

¹ Art. 57 numeral 10 de la Constitución de la Republica

² Hans Kelsen. *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1960. p. 207.

un monopolio en la producción estatal de las normas jurídicas”³. Tomando en consideración estas dos visiones estableceré las siguientes definiciones acerca del pluralismo jurídico, al respecto lo manifestado por Souza empata con lo que sostiene la teoría de la institución que dice:

“El Estado no es el único centro productor de normas jurídicas, sino que igualmente los grupos sociales diferentes al Estado tienen la legitimidad para producirlas, siempre y cuando se establezcan sus objetivos propios, se determinen los mecanismos para obtener los tales objetivos, se distribuyan funciones específicas de los individuos que integran el grupo para que cada uno aporte mediante los medios previstos, para el alcanzar el fin y coexistan diferentes culturas.”⁴

En atención a los postulados expuestos, queda claro que para Kelsen, el ordenamiento jurídico es un sistema de normas jerarquizado y, defiende la hegemonía del derecho positivo emanado del Estado, señalando que no es válida ninguna norma que no sea originada en este espacio. En cambio los críticos del monismo jurídico cuestionan la preeminencia del derecho oficial señalando que el Estado no es el único que produce normas jurídicas, sino que también existen otros grupos sociales que, en base a sus costumbres y tradiciones ancestrales, producen preceptos legales para administrar y resolver sus conflictos.

Luis María Acevedo, en referencia al pluralismo jurídico menciona que “es la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio o, lo que es lo mismo el fenómeno de la existencia de normas que reclaman obediencia en un mismo territorio y que pertenecen a sistemas normativos distintos”⁵

Lourdes Tibán sostiene, que el pluralismo jurídico, es la existencia simultánea dentro del mismo espacio de un Estado de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, raciales, ocupacionales,

³ Boaventura, de Souza, <http://sobreelmundojuridico.blogspot.com/2011/11/el-pluralismo-juridico-de-boaventura-de.html>

⁴ BOBBIO, Norberto, Teoría General Del Derecho, Bogotá, Colombia: Temis, 2ª Ed., 5ª Reimp., 2005, paginas 10 - 13.

⁵ Correas, 1994/Citado por Acevedo, 2002. Pág.: 63.

histórica, económica, ideológica, geográfica y política, o por la diversa ubicación en la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales.⁶

Según la doctrina, el pluralismo jurídico consiste en el reconocimiento de los diversos sistemas normativos que coexisten dentro de un mismo Estado, con sus variantes de la forma, tiempo y espacio. Es un medio integrador entre los miembros de una comunidad, pueblo o nacionalidad, y la coexistencia de varios sistemas jurídicos, cada uno de ellos con sus propias instituciones, normas, principios y valores de carácter ancestral y consuetudinario cuya función está encaminada a resolver los conflictos que amenazan la convivencia y la paz social comunitaria.

En cambio para la visión clásica, el pluralismo jurídico se ocupa de estudiar la coexistencia de distintos derechos en un mismo espacio fundamentalmente en el espacio colonial y postcoloniales. De esta forma, tanto en la teoría como en la práctica se evidencia que desde tiempos históricos los pueblos y las comunidades indígenas regulaban su existencia y sus instituciones comunitarias. Por ello y de acuerdo a los conceptos citados, se demuestra que los sistemas sociales generan su propia regulación a través de las reglas, costumbres y tradiciones.

En síntesis, comprender el pluralismo jurídico es comprender la diversidad de normas que existen dentro de un mismo Estado, es así que en este nuevo modelo de estado intercultural y plurinacional, no sólo se trata del reconocimiento de la diversidad y la heterogeneidad de su población, sino de su pluralidad en los ámbitos jurídicos, sociales y culturales, reconociendo a la justicia indígena como un sistema jurídico de Derecho Consuetudinario amparado por la Constitución y los Instrumentos Internacionales.

El crítico jurídico Gunther Teubner, por su parte, cuestiona la adopción del “punto de vista tradicional” sobre el pluralismo jurídico, señalando que éste es incapaz de definir adecuadamente el derecho⁷. Sostiene que esta incapacidad se

⁶ TIBAN, Lourdes. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador Aplicabilidad Alcances y Limitaciones. P.79

⁷ G. TEUBNER, “Pour une épistémologie constructiviste du droit”, Annales ESC, 1992, pp. 1149-1169, en 1150.

debe a la ausencia de una distinción adecuada entre derecho y otros tipos de normatividades, así como atribuir al derecho una única función, cuando pueden identificarse varias. De este modo, Gunther Teubner define al pluralismo jurídico “como una multiplicidad de diversos procesos comunicativos que observan la acción social a través del código binario de lo legal, lo ilegal”⁸

La crítica de este autor es netamente discriminatoria, excluyente porque prevalece solamente lo estatal, y declara que los pueblos que conviven con sus normas y derechos propios, aunque estén establecidos en la constitución, no tendrían una definición doctrinaria. Con esta visión, el pluralismo jurídico se reduce únicamente a diversos procesos comunicativos de las minorías para crear sus propias normas y aplicarlas en base a sus costumbres y tradiciones concebidas como derecho y justicia indígena.

1.2. El derecho indígena y el pluralismo jurídico en el ámbito internacional

El reconocimiento constitucional a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sus derechos colectivos, y el ejercicio de la autoridad dentro de su territorio, han sido también reconocidos en los tratados y convenios internacionales, como el Convenio 169 de la OIT ratificado por el Estado Ecuatoriano el 15 de mayo de 1998. Este instrumento legal internacional reconoce varios derechos colectivos, de las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades, en relación a sus territorios, recursos naturales, el uso y conservación de sus lenguas propias, como también la creación de sus instituciones propias.

El convenio 169 de la OIT, es el instrumento legal internacional, que reconoce como titular de los derechos al sujeto colectivo culturalmente diferenciado, y dentro de ella establece un régimen de reconocimiento de la justicia indígena. El presente convenio internacional contempla la aplicabilidad del Derecho Indígena al poner de relieve al pluralismo jurídico en los sistemas judiciales no solamente ecuatoriano sino latinoamericano. De esta manera la ratificación del instrumento jurídico internacional no sólo se reduce a reconocer las prácticas ancestrales; sino

⁸ *Ibíd*em

que, implica un reconocimiento a la coexistencia entre el sistema jurídico indígena y el estatal.

El Art. 8 del Convenio 169 de la OIT, cuerpo legal invocado establece lo siguiente.

1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.
2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.
3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.⁹

En consideración al artículo expuesto dispone que la legislación nacional deberá tomar en cuenta las costumbres, tradiciones y derecho consuetudinario, con el cual modifica ampliamente el concepto del monismo jurídico volviéndola diverso, Carlos Pérez al respecto:

[...] sugiere en lo posible compatibilizar los derechos propios de los pueblos indígenas con la Legislación nacional, no obstante, se debe respetar los mecanismos que utilizan las comunidades para la corrección de los ilícitos que cometen sus miembros o comuneros con el fin de garantizar la cohesión social de los pueblos.¹⁰

El Art. 9 del mismo Convenio 169 de la OIT 9, establece que en la medida que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos

⁹ Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos y nacionalidades indígenas y tribales. 1989.

¹⁰ Pérez Guartambel, Carlos. Libro de Justicia Indígena en el Ecuador

internacionales reconocidos, deberán respetar los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia. Finalmente el artículo 10. Numeral 1. Dispone que cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales. 2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento. La ley deberá prohibir y sancionar la imposición a miembros de los pueblos interesados de servicios personales obligatorios de cualquier índole, remunerados o no, excepto en los casos previstos por la ley para todos los ciudadanos.¹¹

Con la exposición de los artículos mencionados queda demostrado que el reconocimiento de la justicia indígena en el ámbito internacional, sugiere la construcción de una norma para la compatibilización entre la norma positiva oficial y las normas que surgen de la práctica de costumbres y tradiciones indígenas. Pero no solamente se refiere a la consideración de las costumbres y la construcción de las normas compatibles, sino que además, invita a los operadores de justicia a cambiar los esquemas de las sentencias y pensar en una interpretación intercultural encaminado a superar las prácticas discriminatorias y hacer posible la participación de los pueblos en la adopción de decisiones que afectan a sus vidas.

Para el caso de los sistemas jurídicos penales, la norma internacional imparte instrucción a los tribunales penales de justicia, para que consideren, a más de los elementos culturales o lingüísticos, los económicos y sociales, al momento de imponer una sanción penal a un miembro de la comunidad indígena; para que de esta manera no sea, directamente, el encarcelamiento sino una sanción acorde a sus costumbres. O, de manera similar, los tribunales apliquen, obligatoriamente, las costumbres y tradiciones reconocidas en el derecho internacional.

La norma adjetiva penal interna del Ecuador, en la segunda disposición general transitoria menciona lo siguiente “En referencia a las infracciones cometidas

¹¹Convenio 169 de la OIT, sobre pueblos y nacionalidades indígenas y tribales. 1989

en las comunidades indígenas se deberá proceder conforme a lo dispuesto en la Constitución de la República, en los Tratados e Instrumentos Internacionales ratificados por el Estado, en el Código Orgánico de la Función Judicial y en la leyes respectivas”.¹²

De todas formas, el citado texto legal internacional, sigue resultando un instrumento de asimilación cultural, por cuanto continúa subordinando a los sistemas de justicia indígena, bajo el monopolio del derecho estatal. De esta manera el derecho propio y los sistemas jurídicos indígenas se consideran como categorías sin sustento legal, potencialmente contrarias al derecho oficial.

Otra de las herramientas jurídicas internacionales que reconoce el derecho indígena es la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, este instrumento jurídico recoge dos grandes principios, la autodeterminación de los pueblos, y el autogobierno:

1. *La autodeterminación de los pueblos* constituye un principio fundamental del Derecho Internacional Público, y radica en el derecho que tiene el pueblo a decidir sus propias formas de gobierno, su desarrollo social, cultural y económico, sin que exista injerencia externa.
2. *El autogobierno*, consiste en mantener y reforzar sus instituciones, entre ellas, las jurídicas, dentro de las normas internacionales de derechos humanos.¹³ Esta exposición se fortalece con la definición del autor Díaz Polanco quien señala que el autogobierno es: “Un régimen especial que configura un gobierno propio (autogobierno) para ciertas comunidades integrantes, las cuales escogen a sus autoridades que son parte de la colectividad, ejercen competencias legalmente atribuidas y tienen facultades mínimas para legislar acerca de su vida interna y para la administración de sus asuntos”¹⁴

En este sentido, el ordenamiento jurídico internacional reconoce la libre

¹²COIP, Segunda Disposición General, Suplemento del Registro Oficial No 180, 10 de febrero de 2014

¹³Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, del 13 de septiembre de 2007

¹⁴ Díaz Polanco, Héctor, Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios, Ed. Siglo XXI-UNAM, México, 1991, p. 151

autodeterminación de las comunidades, pueblos y nacionalidades, avalando así sus instituciones y sus formas de convivencia social y la autoridad comunitaria. Esta última goza de la potestad administrativa y jurídica para que en uso de sus costumbres y tradiciones pueda conocer y administrar justicia, ubicándose en igualdad de condiciones y categorías con el derecho oficial de un estado. Sin embargo la presente declaración, no tiene la fuerza vinculante de un tratado, pero al ser adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas debe ser considerada de buena fe por los Estados Miembros de la ONU.

1.3. La vigencia del pluralismo jurídico en el Ecuador, bases jurídicas

El reconocimiento del pluralismo jurídico como derecho inquebrantable de los pueblos, no se puede considerar como una bondad de parte del Estado a favor de las comunidades, pueblos y nacionalidades, al contrario es el resultado de una gran lucha social que por años ha sido reivindicada y forjada por las organizaciones indígenas. Para ello es necesario considerar que en el Ecuador coexisten catorce nacionalidades y dieciocho pueblos, cada uno con sus distintas costumbres y tradiciones, lo cual no se evidenciaba dentro de las normas jurídicas del Estado. Aquella situación perduró por años, hasta que en la Constitución de 1998, se incorpora el Art. 84 reconociendo expresamente los derechos colectivos a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y pueblos afros.

Los derechos que se reconoció en aquella época como colectivos estaban orientados a mantener la posesión de sus territorios ancestrales, desarrollar y mantener su identidad y tradiciones en lo espiritual, cultural, lingüístico, social, político y económico, su derecho a ser consultados sobre los proyectos de prospección y explotación de recursos no renovables que se hallen en sus territorios, a conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad entre otros.

Dentro del mismo marco constitucional en el art. 191 incisos 3ro señala que: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de

conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes”.¹⁵

Este reconocimiento constitucional, pone en vigencia un derecho que ha permanecido vivo bajo la sombra de la mezquindad del derecho oficial, y se afirma el pluralismo jurídico en el Estado Ecuatoriano. Diez años más tarde el nuevo proceso constituyente, cambia el carácter del estado pluricultural multiétnico a un estado intercultural y plurinacional, de ahí que, la Constitución del 2008 amplía los derechos colectivos, y profundiza el reconocimiento del pluralismo jurídico al incorporar en la segunda sección del capítulo cuarto la Justicia Indígena, desarrollando su contenido en el Art. 171 que expone “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial [...]”.¹⁶

Es necesario considerar que la parte concerniente, del artículo 171 de la Constitución Ecuatoriana, es la garantía de participación y decisión de las mujeres, por el cual el mandato supremo reconoce el principio dual, en el proceso de la administración de la justicia indígena, y el incumplimiento del mismo se consideraría violación a este principio y al debido proceso.

En la misma secuencia del análisis lo innovador del articulado 57 de la misma Carta Magna se expone el reconocimiento de una serie de derechos colectivos a las comunas, comunidades pueblos y nacionalidades indígenas. De ahí, lo más relevante se encuentra en el numeral 10 que reconoce el derecho a: “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes”.¹⁷ Esta disposición constitucional otorga una enorme responsabilidad a las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas a convertirse en entes creadores del derecho consuetudinario, cuentan con la facultad legislativa comunal para crear sus propias

¹⁵Constitución Política de la República del Ecuador. 1998

¹⁶Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.Última modificación: 13-jul-2011

¹⁷Ibídem

normas y aplicarlas conforme a sus costumbres y tradiciones, dichas normas consuetudinarias están alejadas del ámbito legislativo ordinario, y la facultad del ejecútese del que goza el poder ejecutivo.

El Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 344, establece los Principios de la Justicia Intercultural, donde claramente pone de relieve que todos los funcionarios judiciales deben observar los principios de diversidad, igualdad, el *Non bis in ídem*, el pro jurisdicción indígena y sobre todo la interpretación intercultural.¹⁸ Principios esenciales para que la justicia sea intercultural, respetando las costumbres y prácticas ancestrales de las personas y pueblos indígenas, garantizando las normas y procedimientos de la justicia indígena, sus competencias y decisiones judiciales, sin la interferencia de la justicia ordinaria a excepción de control constitucional.

El principio de la diversidad hace mención a la obligación que tienen los servidores judiciales de velar en sus decisiones con el óptimo reconocimiento y la realización plena de la diversidad cultural. De ahí surge la necesidad de que los operadores de la justicia tengan la capacitación suficiente respecto a las prácticas, creencias y costumbres ancestrales, para que sus decisiones sean acordes a los mandatos constitucionales.

El principio de igualdad debe tener las mismas condiciones para ambas partes, dentro de un proceso. La finalidad debe ser evitar un perjuicio a cualquiera de las partes. En caso de dudas existirá la intervención procesal de traductores o peritos antropológicos que sean especializados en derecho indígena, de ser el caso. Lo que garantizará el derecho al debido proceso, como requisito fundamental para ejercer el derecho a la defensa de manera eficaz, reflejando la interculturalidad del sistema de administración de justicia.

El principio *non bis in ídem*, configura la garantía procesal y el respeto de los derechos humanos, como principio rector de un sistema jurídico pluralista, por lo que; es necesario que se proporcione las medidas necesarias para garantizar la

¹⁸Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 344. Registro Oficial Suplemento 544 del 09 de marzo del 2009.

seguridad jurídica y evitar el riesgo de que los procesados sean sometidos a un doble juzgamiento debido a la pluralidad de jurisdicciones. En este caso, la misma normativa menciona que todo lo actuado por las autoridades de la justicia indígena, no se podrá juzgar ni revisar por la justicia ordinaria, ni por autoridades administrativas, recalcando el grado de efectividad que la legislación nacional le otorga al derecho indígena, y que todas las decisiones tomadas bajo este sistema jurídico, no pueden ser reconsideradas por el derecho estatal.

Con el propósito de evitar que la jurisdicción indígena pueda adoptar medidas contrarias a los derechos humanos, la norma suprema ha establecido el control constitucional para dichas decisiones, al señalar que “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control constitucional. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”¹⁹

Dicho control se encuentra establecido en el art. 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, determinando los principios bajo las cuales deberían resolverse las acciones extraordinarias de protección, en contra de cualquier decisión de la jurisdicción indígena, estipulando que la Corte Constitucional garantizará la comprensión intercultural “a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural”²⁰ garantizando además el derecho de las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas a “gozar de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales”²¹ Es decir, existe el respeto de la independencia jurisdiccional concedida a las comunidades y pueblos indígenas a través de nuestra normativa constitucional, estableciéndose la interculturalidad y garantizándose el pluralismo cultural.

¹⁹Constitución de la República del Ecuador. Art.171. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Última modificación: 13-jul-2011

²⁰Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Art.66. Registro oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009

²¹Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 344. Registro Oficial Suplemento 544 del 09 de marzo del 2009

En lo relacionado con el pro - jurisdicción indígena, en la aplicación de los servidores judiciales implicaría que “en caso de duda, entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, se preferirá esta última, de tal manera que se asegure su mayor autonomía y la menor intervención posible”²², demostrándose que la legislación le atribuye al derecho indígena un amplio grado de aplicación y ejecución. En caso de duda en las resoluciones sobre los conflictos de competencia, se aplicará de manera preferencial el derecho indígena.

La interpretación intercultural es relevante para lograr un verdadero sistema pluralista. Ésta debe partir de la necesidad de que las leyes sean interpretadas de forma pluricultural, reconociendo diferentes funciones, contextos y fines sociales de las diferentes normativas jurídicas. Razón por la cual todas las autoridades judiciales sin excepción deberán tomar en consideración todos los elementos culturales, así como las normas consuetudinarias de los pueblos ancestrales, antes de tomar una decisión dentro de un litigio. En consecuencia el pluralismo jurídico en el Ecuador, conforme se desprende de las normas mencionadas, va posicionándose y cambiando el esquema jurídico dentro del país.

1.4. El Estado Intercultural y Plurinacional

Según la doctrina clásica, Estado es la sociedad política y jurídicamente organizada, capaz de imponer la autoridad de la ley en el interior y afirmar su personalidad y responsabilidad frente a las similares del exterior. Según Adolfo Posada, el Estado, “es una organización social constituida en un territorio propio, con fuerza para mantenerse en él e imponer dentro de él un poder supremo de ordenación y de imperio; poder ejercido por aquel elemento social que en cada momento asume la mayor fuerza política”²³. Para Duguit: el Estado es la “agrupación humana fijada sobre un territorio determinado, donde los más fuertes imponen su voluntad a los más débiles.

Para la teoría clásica, la concepción del estado, no es más que una sociedad

²²Ibídem

²³OSSORIO, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas y políticas, Buenos, Aires, Argentina, Heleaste, 24va, 1997

organizada con poder para mantenerse en él e imponer su poder supremo, siendo esta una acepción monista del estado, donde los más fuertes imponen su voluntad sobre los débiles. En cambio el Estado intercultural respeta las diversidades de los pueblos y nacionalidades indígenas y demás sectores sociales y a su vez demanda la unidad de las mismas en el campo económico, social, cultural y político. Por lo tanto, la interculturalidad va más allá del respeto, tolerancia y el reconocimiento de la diversidad señala y alienta un proyecto social – político, demandado desde la década de los ochenta por la CONAIE y que se reconoce en la constitución del 2008.

Al respecto, Catherine Walsh (2007) sostiene que la interculturalidad no puede reducirse a un simple concepto de interrelación, ~~sino~~ que interculturalidad señala y significa procesos de construcción de conocimientos “otros”, de una práctica política “otra”, de un poder social “otro”, y de una sociedad “otra”; formas distintas de pensar y actuar con relación a y en contra de la modernidad/ colonialidad, un paradigma que es pensado a través de la praxis política. Este uso de “otro” no implica un conocimiento, una práctica, un poder o un paradigma más, sino un pensamiento, una práctica, un poder y un paradigma de y desde la diferencia, desviándose de las normas dominantes y a la vez desafiándolas radicalmente. (Walsh, 2007: 175 - 176)

Para Xavier Albó, la interculturalidad, más que una simple tolerancia, consiste en convivir con quien es distinto con un mínimo de respeto, en buscar relacionarse de manera positiva y creativa, generando un enriquecimiento mutuo entre todos los actores, sin perder la identidad cultural de quienes interactúan.²⁴

Por ello la interculturalidad parte de la idea de que los seres humanos comparten muchos elementos y que cada cultura tiene los suyos propios, lo cual permite el diálogo intercultural. En este diálogo intervienen concepciones, visiones, intereses económicos, sociales y políticos que deben ser negociados. De hecho, este diálogo debe ser equitativo, transparente y fluido. La construcción de una sociedad intercultural no solo demanda el reconocimiento de la diversidad, su respeto e

²⁴Poats, Susan, Una reflexión sobre la interculturalidad desde la Antropología. En: FLACSO Sede Ecuador, Letras Verdes Revista del Programa de Estudios Socio ambientales, No. 7, septiembre/2010. Págs. 7-11.

igualdad, sino plantea la necesidad de desterrar el racismo de manera activa, promover negociaciones permanentes entre los diversos para construir nuevas síntesis, lograr una comprensión plural de la realidad, canalizar los conflictos y construir un futuro equitativo e incluyente.

La Plurinacionalidad en cambio es parte del proyecto político de la organización indígena, como un modelo de organización político, económico y sociocultural; es un sistema de gobierno que busca justicia, libertad y un desarrollo equitativo del conjunto de la sociedad y de todas sus regiones, buscando la descolonización y discriminación de nuestros Pueblos y Nacionalidades. La construcción del Estado Plurinacional e Intercultural, que surge de la propuesta del movimiento indígena y es un proceso que representa uno de los mayores desafíos que el Estado debe enfrentar en la actualidad.

Alberto Acosta, señala que “la Plurinacionalidad e interculturalidad nos remiten a una noción de estado conformado por naciones unidas por una identidad cultural, con un pasado histórico y sobre todo con una voluntad de integración a una patria que ha marginalizado a los pueblos indígenas y a los afroecuatorianos”²⁵

En ese contexto, el autor indica que un Estado está conformado por un conjunto de naciones que tienen una voluntad de integración a una patria y que surge de la resistencia social de aquellas minorías que buscan hacer prevalecer sus derechos invisibilizados. En este caso, “cada nacionalidad ostentaría la autonomía, que corresponde al concepto de autodeterminación de los pueblos, divulgado en el derecho internacional. Sin embargo, en la praxis, se limitó a los estados sin que exista razón para concebir como pueblos a grupos humanos minoritarios. Esto debido a que los estados son una creación ficticia, mientras que los pueblos son conjuntos de personas de carne y hueso.”²⁶

Para entender la pluralidad de naciones coexistentes en un Estado, Will Kymlicka ha determinado que la acepción “nación”, estudiada desde una

²⁵ Acosta Alberto, Plurinacionalidad, democracias en la diversidad, Quito, Ecuador: Abya, Yala, 2009

²⁶ ÁVILA, Ramiro, El Neoconstitucionalismo Transformador, Quito, Ecuador: AbyaYala, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, p. 199.

perspectiva sociológica, está relacionada estrechamente con el concepto de “pueblo” o de “cultura”, ya que las dos definiciones son frecuentemente intercambiables. De tal forma, si un país tiene más de una nación, eso no quiere decir que sea una nación - Estado, sino que constituye un Estado multinacional, en el cual las culturas más pequeñas configuran las “minorías nacionales”²⁷.

Para Ramiro Ávila: La construcción de la plurinacionalidad es mucho más compleja que mirar un cuadro o apreciar la naturaleza: requiere apertura y liberación de prejuicios, paciencia (tiempo), esfuerzo (aprender otra lengua), conocimiento, curiosidad, conciencia de incompletitud. En alguna ocasión en un foro público una lideresa indígena me hacía el justo reclamo de que yo no hacía esfuerzo alguno por comprender su cultura si es que no hablo kichwa.²⁸

Frente al contexto anterior De Sousa Santos Boaventura reflexiona sobre la necesidad de la refundación del Estado moderno, entendiendo la plurinacionalidad como una categoría que implica y sintetiza la propuesta de un Estado alternativo al Estado liberal de derecho. Ahora bien, la construcción del Estado plurinacional requiere, según el mismo autor, cinco condiciones: 1. reconocimiento recíproco, 2. continuidad y justicia histórica, 3. sociedades descentralizadas, 4. consentimiento y, 5. convivencia democrática.²⁹

En los Estados latinoamericanos con población indígena, el reconocimiento de su condición de plurinacionalidad, sus formas de organización política, social y jurídica, ha permitido, de forma muy pausada, la convivencia de varios ordenamientos jurídicos. De un lado el Derecho positivo codificado por el Estado y,

²⁷KYMLICKA, Will: *Ciudadanía Multicultural, Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*. Traducción al castellano de Carmen CastellsAuleda. Editorial Paidós. Barcelona, Buenos Aires, México, 1996, p. 26. En este sentido dice DE KLERK: “...todas las comunidades culturales y religiosas deberían ser bienvenidas e incluidas en las instituciones y en la definición de una sociedad más amplia”. DE KLERK, Frederik: “Construyendo Sociedades Multiculturales”. En: *Los Derechos Humanos en el Siglo XXI. Cincuenta Ideas para su Práctica*. Ediciones Unesco. Icaria editorial. Barcelona, 1998, p. 74.

²⁸ÁVILA, Ramiro, *El Neo constitucionalismo Transformador*, Quito, Ecuador: AbyaYala, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, p. 199.

²⁹DE SOUSA SANTOS, Boaventura, *Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad*, en: *Plurinacionalidad, democracia en la diversidad*, Quito, Ecuador: AbyaYala, 2009, pp. 37 y 43.

del otro, el Derecho consuetudinario no codificado de sus étnias indígenas. Esta realidad ha originado un pluralismo legal dentro de estos países.³⁰

Al estudiar el pluralismo jurídico de un Estado, necesariamente se debe acotar que éste implica la coexistencia de varios sistemas normativos, se encuentren o no legalmente reconocidos dentro de dicho Estado. Sin embargo, no se puede negar que el reconocimiento legal será el preámbulo para una articulación democrática de estos ordenamientos jurídicos. Así pues, se debe destacar el criterio de quienes consideran que “el reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural, y al pluralismo jurídico, en los países latinoamericanos con población indígena, se transgrede la ideología etno-céntrica que exige un único sistema jurídico nacional y divulga un discurso que afirma la ausencia de valor de los Derechos comparativamente diferentes”.³¹

Se deduce entonces que un Estado pluri-legislativo o complejo es:[...] aquél en el que dentro de sus fronteras cohabitan y se interrelacionan una diversidad de sistemas jurídicos simultáneamente vigentes que, como se ha establecido, es una condición propia de los Estados latinoamericanos con población indígena, en cuyas Constituciones se ha alcanzado el reconocimiento de sus Derechos consuetudinarios y sus foros especiales.³²

Por otra parte, como bien se ha señalado, la concepción de Estado plurinacional conlleva la idea de interculturalidad, la cual hace referencia a las múltiples manifestaciones de cultura que coexisten en un mismo país, entendiendo al término como la suma de manifestaciones y prácticas personales y sociales que singularizan a un conglomerado humano determinado. En el caso de Ecuador, es un hecho la convivencia por lo general pacífica, de culturas diferentes preservadas con

³⁰ FIGUERA, Sorily, *Jurisdicción Especial Indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano*, Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte y Editorial Ibáñez, 2015, p. 27.

³¹ Se pronuncian en este sentido: YRIGOYEN FAJARDO, Raquel: *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*, Guatemala: Fundación Myrna Mack. Guatemala, 1999, p. 21.; y SÁNCHEZ BÓTERO, Esther y JARAMILLO SIERRA, Isabel: *La Jurisdicción Especial Indígena*, Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2000, p. 63.

³² FIGUERA, Sorily, *Jurisdicción Especial Indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano*, Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte y Editorial Ibáñez, 2015, p. 29.

tesón a través del tiempo.³³

Este reconocimiento no es un acto de bondad o justicia con las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas, sino también con los mestizos. De este modo cualquier acción discriminatoria o racista será rechazada al mando de esta nueva constitución. El llamado del estado intercultural no es cambiar de una cultura hegemónica a otra ni tampoco de ser simplemente multiculturales. No se trata de que las culturas hoy subordinadas sean hegemónicas. Más de una vez he escuchado que eso es lo que se pretende cuando la Constitución ha reconocido como un valor importante el Sumak kawsay.³⁴

1.5. El Sumak Kawsay en el Estado constitucional de derechos y su implicación en la justicia indígena

El buen vivir en la comunidad de un pueblo o nacionalidad no es más que la expresión de gobernabilidad, con participación y democracia colectiva, se respeta a la naturaleza, y a todos aquellos seres que habitan dentro de ella. En este sentido el SumakKawsay es considerado como la vida armónica, la vida en paz, la vida maravillosa, la armonía desde lo micro a lo macro del runa consigo mismo, con la familia, con la comunidad o sociedad y con el entorno natural, espiritual, humano y ancestral, es uno de los conceptos construidos por los pueblos indígenas.

Este concepto tiene como referencia una vida plena, un vivir bien y, para que sea posible la vida con la naturaleza y la sociedad, se debe regir bajo el principio de armonía y el equilibrio en toda forma de existencia, lo que implica al ámbito social, cultural, económica, ambiental y político con un todo, involucrado e interdependiente, donde cada elemento depende de otro, es decir que la vida no puede pervivir sin la naturaleza. Razón por la cual la terminología Sumakkawsay subyace el concepto de la Pacha Mama referente al universo, es decir la madre donde

³³POATS, Susan, Una reflexión sobre la interculturalidad desde la Antropología. En: FLACSO Sede Ecuador, Letras Verdes Revista del Programa de Estudios Socioambientales, No. 7, septiembre/2010. Págs. 7-11.

³⁴ÁVILA, Ramiro, El Neoconstitucionalismo Transformador, Quito, Ecuador: AbyaYala, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011, p. 214.

se da y origina la vida, dando como resultado que el buen vivir de la sociedad, implique considerar a la naturaleza como sujeto de derecho.³⁵

En opinión de Larrea, el Sumak Kawsay consiste en mejorar la calidad de vida de la población, el desarrollo de las capacidades y potencialidades, la creación de un sistema económico que promueva la igualdad por medio de la redistribución territorial y social de los beneficios del desarrollo.³⁶

De lo expuesto se puede apreciar que el buen vivir existe desde tiempos inmemorables en cada uno de las manifestaciones culturales de cada pueblo como expresión a la práctica de la democracia colectiva, es decir; desde la organización debe existir esa energía de unidad que se practica en cada uno de ellos esencialmente la armonía entre la naturaleza con el hombre y convocan a desarrollar capacidades para construir un nuevo modelo de estado común para toda la nación a través de los movimientos indígenas, que han creado conciencia para un verdadero cambio efectivo y real, planteándose un nuevo paradigma de desarrollo. Es decir, el buen vivir, la buena vida, hay que vivirla con plenitud y alegría en la sociedad, en armonía con el conjunto de hábitos y costumbres de cada comunidad o pueblo.

Claro que el buen vivir de uno u otra forma ha sido criticado por su amplitud y por ser extraño a las demás culturas de la población; sin embargo, en la actual norma constitucional prevé elementos donde perfila una definición así como la relación con algunos valores como son los derechos universales, así reza en el inciso tercero del art. 275 de la Constitución “El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza”.³⁷ En este sentido, para que se materialice el buen vivir se requiere la manifestación sincrónica de dos elementos: por un lado, el goce efectivo de los derechos por parte del conjunto de

³⁵Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas CAOI. Buen Vivir. Bien Vivir. Filosofía. Política. Estrategias y Experiencia Regionales Andinas. Lima – Perú. 2010. Pág. 34

³⁶LARREA Ana María. La Disputa de sentidos por el buen vivir como proceso contra hegemónico. Socialismo y SumakKawsay. Nuevos retos de América Latina. Pág. 22.

³⁷Constitución de la República del Ecuador. Art.275. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008. Última modificación: 13-jul-2011

personas, y por otro lado, el ejercicio de responsabilidades de dichas personas dentro de la serie de parámetros y valores que establece el artículo citado. Debe forzosamente inferirse que la falta de alguno de los dos elementos hace irrealizable el buen vivir.

En fin el buen vivir es parte de la justicia indígena en razón de que nos lleva a una convivencia pacífica en armonía con mi yo interior y con mi yo exterior juntos a todos los seres de la naturaleza. La falta de aquello altera el orden social y rompe ese principio de la colectividad unida, solidaria y recíproca en todos sus actos, más allá del cumplimiento de una simple norma de convivencia. Siendo así que su implicación en la justicia indígena está destinada a que todo infractor recupere ese sentido de la buena vida personal y colectiva y, se reintegre a la sociedad con el espíritu vigorosamente sano para no ser aislado ni excluido.

Capítulo Segundo

Justicia Indígena: Jurisdicción y Competencia de las Autoridades Indígenas en la Administración de la Justicia

2.1. La jurisdicción y competencia consuetudinaria

La Constitución de la República reconoce que las costumbres y tradiciones ancestrales son la fuente del derecho indígena, por el cual; concede a sus autoridades la facultad de juzgar y solucionar conflictos internos aplicando procedimientos propios de cada comunidad pueblo o nacionalidad.

Julio Cesar Trujillo al respecto menciona que la jurisdicción y competencia consuetudinaria, es diferente en el ámbito de la aplicación de la justicia indígena, por cuanto las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, en base a su realidad cultural y su cosmovisión crean sus propias instituciones y normas que regulan su vida social comunitaria. De igual forma, la actual Constitución del Ecuador establece en su artículo 171 que la administración de justicia indígena se ejercerá dentro de su ámbito territorial para la solución de conflictos internos respetando, los preceptos constitucionales y los derechos humanos establecidos en los convenios y tratados internacional suscritos y ratificados por el Estado ecuatoriano.

La norma constitucional nos abre el camino para definir la categoría de la autoridad comunitaria y la concepción del conflicto interno que la jurisdicción indígena reconoce y resuelve en base a las costumbres y tradiciones de ahí que.

[...] en primer lugar, la autoridad que frente al conflicto es un tercero interesado en restablecer la armonía en la colectividad, perturbada por el conflicto y no en satisfacer sus intereses propios de la autoridad, ni los de una de las partes solamente; en segundo lugar, la víctima de los actos u omisiones que han infringido las reglas de la convivencia armonioso o pacífica, y,

tercero, el responsable de los actos u omisiones dañosos.³⁸

De la doctrina citada, y partiendo de los derechos reconocidos en la constitución puedo afirmar que las autoridades indígenas son personas designadas colectivamente para prestar servicios a la comunidad, cuyo perfil se sustenta en el conocimiento social, cultural y político, acumulado desde que nació a la vida comunitaria hasta su plenitud como persona; goza de la confianza colectiva para ejercer funciones jurisdiccionales y gobernar bajo su propia cosmovisión su territorio.

Ahora bien, la comuna o comunidad constituye la base social territorial donde habita un pueblo de una determinada nacionalidad y está bajo la administración de la autoridad comunitaria con competencia jurisdiccional para solucionar sus conflictos. Estas autoridades pueden ser el presidente de la comunidad, o al existir conflictos mayores actúa la autoridad pluripersonal como el cabildo, o el Consejo del Gobierno Comunitario quienes colectivamente imparten justicia, en otros casos se elige una comisión jurídica para resolver ciertos conflictos, manifestándose la diversidad en cada comunidad y adecuándose a las necesidades y orientaciones. Sin embargo, al tratarse de faltas graves y complejas en el caso de homicidio la Asamblea General es el organismo encargado de proveer justicia a través de un proceso de juzgamiento con informes de un organismo directivo o cabildo. Se puede decir que “La comuna es entonces el centro de la reproducción cultural, histórica, donde se genera y desarrolla una ideología, en el cual se despliegan prácticas, convivencias, aprendizajes, socialización de costumbres y que sirve como centro articulador de la cosmovisión indígena”.³⁹

La competencia en cambio se la entiende como el parámetro físico del campo de aplicación de la potestad de administrar justicia, la cual aún no se lo ha determinado claramente por parte de la Constitución o el Derecho Positivo; puesto que, en lo que respecta a las circunscripciones territoriales, estas no están aún delimitadas ni establecidas; sin embargo en lo concerniente al aspecto meramente costumbrista sí hay competencia, pues ello deviene del campo de aplicación que

³⁸Trujillo, Julio César. Plurinacionalidad y Constitución, en Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito. Ed. Fundación Rosa Luxemburg/Abya Yala. 2012. Pág. 310.

³⁹ Macas, Luis, *La comuna como eje*, < <http://icci.nativeweb.org/boletin/17/macass.html>>.

tienen las autoridades al interior de sus comunidades, pero que están limitadas fuera de sus fronteras territoriales.

Es decir, la jurisdicción de las autoridades indígenas en la administración de justicia recae estrictamente sobre conflictos internos de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas que amenacen con destruir la armonía, las formas de vida o sus valores que la identifiquen como un pueblo indígena. La competencia debe ser en razón de las personas y ocasionalmente en razón del territorio, por lo que es necesario distinguir los conflictos entre los miembros de una misma comunidad, entre los miembros de una comunidad con otra, así también hay que recalcar la diferencia de los no indígenas que viven dentro o fuera de la comunidad. En los casos que la autoridad indígena considere necesario remitir la causa a la autoridad estatal, es necesario, en la solución de conflictos, se consideren algunos criterios de interculturalidad en la apreciación de los hechos y del derecho con el objetivo de salvaguardar los valores y la forma de vida de los que depende la supervivencia de los pueblos indígenas.

La jurista Mariana Yumbay sostiene que en la normativa de la función judicial existen elementos esenciales, para poder coordinar y cooperar entre la justicia ordinaria y la justicia indígena. Se establece además que los jueces al momento de conocer la existencia de un proceso, sometido a las autoridades de la justicia indígena, declinaran su competencia siempre y cuando exista petición de la misma, en tal sentido se abre el término de tres días para que se demuestre sumariamente la pertinencia de la invocación y bajo juramento de la autoridad indígena, se acepte los argumentos de la autoridad comunitaria sobre el cual los jueces ordinarios ordenaran el archivo de la causa y se remitirá el proceso a la jurisdicción indígena.

De acuerdo a lo expuesto, la declinación de competencias es parte de la coordinación entre dos jurisdicciones, razón por la cual los reclamos de competencia siempre se han dado en casos de materia penal tal como lo establece el art. 345 de Código de la Función Judicial para resolver asuntos de conformidad con el art. 171 de la Constitución.⁴⁰

⁴⁰Ibidem.

Por otro lado, y constitucionalmente los pueblos indígenas tienen la potestad de mantener sus propias instituciones jurídicas amparadas en su derecho consuetudinario, cuyo objetivo principal es mantener el orden interno de la comunidad, ejerciendo autoridad y administrando justicia a través de sus autoridades propias y así resolver los conflictos sancionando a los infractores, en base a sus costumbres y tradiciones, dentro de su territorio con la participación de las mujeres.

El tratadista Juan Andrade señala que desde el punto de vista de la jurisdicción indígena y de la competencia territorial de cada comunidad o pueblo indígena, a pesar de no estar mencionada en la normativa constitucional, con relación al otorgamiento de funciones en la administración de pueblos indígenas, la competencia se da, por lo menos dentro del territorio reconocido y tradicionalmente asumidos por dichos pueblos indígenas”⁴¹

En este caso podemos señalar que la competencia de la jurisdicción indígena es posible cuando el conocimiento y juzgamiento de delitos son ventilados dentro del territorio o comunidad indígena, resolviendo sólo los conflictos internos y aplicando las respectivas sanciones a las personas implicadas, y sobre todo como es peculiar en la justicia indígena el resarcimiento del orden social de la comunidad.

Por el cual, los conflictos internos que hace mención la disposición constitucional, deben ser entendidos como actos que atentan contra los usos y costumbres de un pueblo, los mismos que llegarán a conocimiento de la autoridad indígena y serán sometidos a un proceso especial de juzgamiento, gozando, de validez jurídica, todas las resoluciones adoptadas por la autoridad. Sin embargo, en materia penal surgen varios interrogantes, por ejemplo: ¿continuarán siendo los jueces estatales los que resuelvan los casos penales suscitados dentro de las comunidades indígenas? o ¿será la autoridad indígena quien tenga competencia en esta materia? o quizás, ¿los jueces penales y las autoridades indígenas podrán trabajar conjuntamente en la resolución del conflicto? Estas incógnitas solamente

⁴¹ ANDRADE, Juan. (2008). "La Competencia de las Autoridades Indígenas Tradicionales en el Juzgamiento de Delitos Penales". Quito - Ecuador: Iuris Dictio. Pág.35

podrán ser despejadas a través de la expedición de una Ley de coordinación que sea elaborada en base al dialogo intercultural.

Pero al momento la competencia en razón de la división por materias dentro del derecho indígena no existe, por el cual; las autoridades indígenas conforme la constitución vigente poseen facultades jurisdiccionales para solucionar cualquier tipo de conflictos sea en materia civil, administrativo, laboral y penal, entre otras, lo cual para muchas autoridades que tienen aun la visión occidental consideran que no es recomendable que la justicia indígena tenga competencia para el juzgamiento de los delitos tipificados en la normativa penal, visión que se orienta claramente a la exclusión, para que la justicia ordinaria siga manteniendo su hegemonía por sobre el derecho indígena.

2.2. Principios de la administración de la justicia indígena

La justicia es el supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, es la que garantiza la convivencia pacífica de los seres humanos en cualquier sociedad, con la implementación de un sistema de justicia con características, objetivos y procedimientos, que ha logrado de una u otra forma sancionar, prever, desistir acciones que puedan afectar la integridad de las personas, sin aquello no podrá existir el respeto a los derechos humanos.

En la justicia indígena en cambio se centra en establecer la armonía comunitaria, cuando es afectada por el cometimiento de un delito, con la finalidad de que no afecte a la persona como sujeto individual, y restablecer el orden del pueblo como sujeto colectivo. Existe y se ha difundido la idea equivocada que la justicia indígena tiene sanciones salvajes al momento de juzgar y aplicar la justicia esto es una tarea de los medios de comunicación sensacionalistas, pero la realidad es otra, las medidas tomadas en las sanciones indígenas son de ejemplo y conciliadoras, la justicia indígena no distingue los delitos penales de las otras infracciones más leves, pero el tratamiento que se les otorga a las víctimas e infractores están sujetos a normas y procedimientos de juzgamiento preestablecidos. El jurista Cesar Gamboa al referirse a la justicia indígena menciona:

Que en lo que respecta a las normas, el sistema jurídico estatal tiene órganos especializados para la creación de normas, iniciativa que nace de la responsabilidad de quienes acceden a estas instancias y los miembros que deben de cumplir con ciertas formalidades para ser válida. En cambio en la administración de justicia indígena, nace de las necesidades de la colectividad y que son normas de coacción, sistemas de sanciones, que han mantenido el objetivo de reintegrarle a la colectividad al individuo trasgresor de las normas comunitarias, son normas cuya flexibilidad está relacionada con su naturaleza oral. El lugar donde se juzga y se resuelve los conflictos son utilizados de acuerdo al tipo y la gravedad del delito, el mismo que debe ser neutral para las partes y que le sirva a la autoridad indígena ejercer su función de justicia sin ningún compromiso, tal es así que se puede utilizar la casa de una de las partes, casas comunales, estadios y la plaza de la comunidad.⁴²

La justicia indígena no requiere de formalismos, estas normas nacen para cubrir las necesidades y precautelar los derechos de la colectividad, con la finalidad de la reinserción del infractor a la comunidad y evitar el cometimiento del mismo delito, además es necesario especificar que no existe un lugar determinado donde se pueda tramitar los conflictos existentes, estos son escogidos y se adoptan de acuerdo a la gravedad del delito cometido.

Por ello los principios de solidaridad, reciprocidad y colectividad, son los sustentos fundamentales en la elaboración de la normativa, el ordenamiento social y el surgimiento del derecho indígena, concomitante a estos principios se encuentran implícitas especialmente en los Pueblos Kichwas del Ecuador, la trilogía normativa de la conducta de los pueblos indígenas que ha posibilitado el control social y el ejercicio de la administración de justicia, como son: el ama killa (no ser ocioso), ama llulla (no mentir), ama shua (no robar). Estos principios se complementan con la trilogía filosófica shuk shunkulla, con un solo corazón, shuk makilla con una sola mano, y shuk yuyaila con un solo pensamiento, que resolverán los conflictos dentro del territorio indígena devolviendo la paz al Jatun Ayllu.

⁴² GAMBOA, C. (2008). "Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y la Comunidad Andina". Quito - Ecuador: Abya - Universidad Simón Bolívar, pág.90

La solidaridad se concibe como la voluntad de considerar en forma seria la perspectiva de otros y actuar para fortificarla.⁴³ Luego, la reciprocidad es una de las particularidades fundamentales de lo que se entiende por justicia. La reciprocidad comprende la igualdad de condiciones, la acción y el efecto que deben ser equitativos entre sí. Entonces, la justicia es reciprocidad ya que busca resguardar la igualdad en el reparto de los bienes y las cargas a los individuos dependiendo de sus méritos.⁴⁴ Finalmente, la colectividad, según el Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador de 2001, es un término empleado para denominar genéricamente al grupo indígena sobre el cual la autoridad reconocida por éste ejercita potestades de justicia dentro del denominado: centro, comunidad, pueblo, nacionalidad o cualquiera otra denominación con la que los indígenas identifiquen al grupo.⁴⁵

Ahora bien, Juan Andrade sostiene sobre las competencias de las autoridades indígenas en los juzgamientos de los delitos penales y sus facultades, están entre estas conocer sobre los asuntos de acuerdo con su competencia que les correspondan, es decir la facultad para citar a las partes, recaudar las pruebas pertinentes y las notificaciones respectivas; la facultad para resolver asuntos sometidos a su consideración; y, la facultad para utilizar la fuerza pública, para ser efectivas sus resoluciones judiciales.⁴⁶

En definitiva la justicia indígena en el Ecuador así como en toda la región constitucionalmente reconocen tres principios fundamentales y relevantes para su aplicación, la normatividad constitucional que faculta el ejercicio de la autoridad,

⁴³BERNAL CAMARGO, Diana Rocío, La solidaridad y las declaraciones internacionales de derechos humanos y bioética: el caso del derecho a la salud de los pueblos indígenas colombianos, recuperado de <<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-569X2013000100002>>, en fecha 5 de julio de 2016.

⁴⁴ CALDERÓN DÍAS, Jhony, Conflicto de la Justicia Indígena con la Justicia Ordinaria, Mecanismos de Solución en la Legislación Ecuatoriana, Tesis Previa a la Obtención del Título de Abogada, Quito: Universidad Central del Ecuador, 2014, pp. 7 - 8.

⁴⁵ Proyecto de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador, 2001, recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/UserFiles/369/File/PDF/CentrodeReferencia/Temas%20de%20An%Elisis/Admistraci%F3n%20de%20Justicia%20Ind%EDgena/propuestadeproyecto.pdf>>>, en fecha 5 de julio de 2016.

⁴⁶ ANDRADE, J. (2008). "La Competencia de las Autoridades Indígenas Tradicionales en el Juzgamiento de Delitos Penales". Quito – Ecuador. Pág.68

procedimientos propios enfocados en las costumbres y tradiciones consuetudinarias, y la jurisdicción y competencia para producir, crear y modificar normas y ejercer autoridad en sus territorio, aquello tiene como finalidad regular la vida social, y organizar el orden público interno de cada comunidad.

Por ello, la justicia indígena concibe en su ideología y aplicación la no exclusión de nadie y es contrario a la creación de cárceles para llenarlas de indígenas infractores como sucede en la aplicación de la justicia ordinaria, sino al contrario, de que la persona infractora aprenda a comportarse, de acuerdo con los parámetros aceptados dentro de la comunidad. En la actualidad hay un derecho constitucionalmente reconocido para su aplicación lo que no existe es respeto al ejercicio de ese derecho de los pueblos indígenas por parte de la justicia ordinaria, quienes tratan de deslegitimar este ejercicio a fin de seguir manteniendo la hegemonía de la justicia occidental como única norma que debe ser acatada por todos los diversos.

2.3. Decisiones jurisdiccionales de la Justicia Indígena en el Ecuador

La administración de la justicia indígena se diferencia ampliamente de la justicia ordinaria, sus decisiones o resoluciones parten de una colectividad que administra justicia y que es distinto a lo que resuelve un juez, las autoridades indígenas no son producto de un concurso méritos y oposición sino son resultados de su dignidad y autoridad moral, que lo llevan a ser designados en el cargo directivo bajo un proceso democrático de elección colectiva.

La administración de justicia indígena dentro de los pueblos y nacionalidades indígenas es un derecho llamado consuetudinario o derecho indígena. El mismo que ha logrado y posibilitado, el normal desarrollo y el control social efectivo de las comunidades cuyas características de oralidad, y autonomía propias han permitido la solución de los diversos conflictos sucedidos dentro de sus territorios.

En la actualidad, con los diferentes cambios y reformas constitucionales al reconocer ciertos derechos indígenas, como el idioma, la educación bilingüe, los derechos colectivos, las circunscripciones territoriales indígenas y la administración

de justicia, se puede hablar de la existencia de un cambio del carácter del estado uninacional al Estado plurinacional, según los criterios establecidos en la Constitución de 2008.

Bajo esta perspectiva, la institucionalidad de la justicia indígena y sus decisiones tienen características especiales por ser una justicia imparcial, gratuita, con una celeridad procesal oportuna y decisiones colectivas en el que se respeta los derechos humanos. Por ello, los juzgamientos y las sanciones son menos graves que las sanciones de la administración de la justicia ordinaria, es incluyente más no excluyente por el cual no busca la cárcel sino la rehabilitación social incluyendo a la comunidad. Bajo esta perspectiva la administración de la justicia indígena se realiza por niveles, el nivel familiar es el espacio donde se resuelven casos de disputas familiares, conyugales, agresiones entre parientes, y conflictos de menores, los miembros de la comunidad tienen la costumbre de solucionarlo dentro del círculo íntimo y familiar, siendo los padres, los hermanos mayores, padrinos de matrimonio y bautizo las autoridades correspondientes para tratar estos casos.⁴⁷

En el segundo nivel o espacio se encuentran los cabildos conformados por el Presidente, Vicepresidente, Secretario, Tesorero y los Síndicos, quienes desempeñan las funciones de autoridades encargadas de administrar la comunidad e impartir justicia dentro de cada jurisdicción con autonomía propia, en esta instancia se conocen los problemas de mayor trascendencia como el alcoholismo, drogas, pandillas, robos, lesiones físicas abusos de confianza. En esta instancia los miembros de la comunidad participan activamente, a través de un consejo ampliado con sugerencias, y razonamientos, de carácter moral y ético(..).⁴⁸ Referente a la exposición, cabe precisar que existen casos que no son llevados al seno de la asamblea general o consejo ampliado, si no que la autoridad comunitaria ejerciendo su facultad y dependiendo de los casos sometidos a su conocimientos y su implicación social comunitaria resuelve casos mediante un procedimiento amigable por decir un conflicto de linderos, destrucción de cercas entre otros.

⁴⁷Cárdenas Ochoa, César Augusto, *La justicia indígena según la Constitución del Ecuador del año 2.008 y su repercusión en el juzgamiento de conductas indebidas en la Comunidad de Gallorrumi, del Cantón Cañar*, Tesina Previa a la Obtención del Grado en Diplomado Superior en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales, Cuenca: Universidad de Cuenca, 2010, pp. 35 -36.

⁴⁸ *Ibíd.*, p. 36.

En el tercer nivel o espacio se refiere al tratamiento de los problemas muy graves y constituyen la autoridades de las organizaciones de segundo grado, ya que si revisamos el sistema legal son distintas dependiendo del lugar, y al no existir jueces establecidos por las leyes, no están determinados específicamente, ni encargados de la administración de justicia, peor repartidos en razón de la materia, sino que estas autoridades están abarcando todos los aspectos de la vida cotidiana que implica el ejercicio de la administración de justicia.⁴⁹ Es en esta instancia donde se conocen casos más graves como delitos de homicidios, violaciones, hurtos.

Lourdes Tibán, menciona al respecto que las autoridades competentes en aplicación y ejecución de los derechos indígenas, están investidas de tal responsabilidad por la comunidad de acuerdo con la organización social y política, cuyas autoridades son el cabildo, el consejo de gobierno representado por el presidente, vicepresidente, secretario, el síndico, y la asamblea general como la máxima autoridad de la comunidad, la que resuelve los conflictos más graves y toma las decisiones trascendentales, la competencia de estas autoridades es personal y aplica a todos los miembros de la comunidad como autores o víctimas, y territorial cuando los actos son perpetrados en un ámbito geográfico propio de la comunidad.⁵⁰

Es decir, la administración de justicia indígena se realiza con todos sus líderes, quienes gozan del respeto y la confianza de la comunidad, facultados para resolver los conflictos con la ayuda de los ancianos, yachacs, comadres compadres en asamblea general, sean estos asuntos penal, civil, familia, administrativo etc. Sus procedimientos dependen de cada comunidad, pero también hay casos excepcionales que solamente la autoridad comunitaria resuelve los conflictos que no tienen mayor implicación social comunitaria.

Julio Cesar Trujillo menciona que los conflictos indígenas tienen un aparecido al estatal, existen entre estas dos partes que defienden intereses y argumentos contrapuestos cuya resolución debe acatarse, estos corresponden los que amenazan a la vida o a la propiedad, y los socialmente prohibidos por la comunidad que son

⁴⁹ *Ibíd.*, p.36.

⁵⁰ TIBÁN Lourdes & LLAQUICHE Raúl. *Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador*. Latacunga. Fundación Hanns Seidel. 2008. Pág.40.

resueltos desde casa con ayuda de padres, padrinos, como los chismes, peleas conyugales, entre otros.⁵¹

Es importante mencionar, aunque en la noción occidental del debido proceso no exista el derecho consuetudinario, todas las comunidades indígenas poseen un procedimiento propio que cubre las exigencias del derecho a la defensa, donde permite que las partes intervinientes expliquen las razones de sus actuaciones sin términos limitados, así como el principio de legalidad donde se logra que la norma sea conocida por toda la comunidad. Sus resoluciones se orientan a restablecer la armonía comunitaria y evitar que el autor vuelva a transgredir, cuyo contenido está expresada en las ceremonias y rituales de sanación con el cual se purifica al individuo rehabilitándolo y reintegrándolo al orden social comunitario, en algunos casos se hace uso del fuste no como un castigo corporal o físico como algunos lo consideran, sino al contrario como una figura simbólica que representa al poder purificador.

Estas resoluciones dictadas por las autoridades indígenas surten el mismo efecto de cosa juzgada y es acatada por las partes involucradas, su carácter vinculante impide que una vez emitidas sean nuevamente reconocidas por otras autoridades indígenas o estatales, para no violentar el principio de prohibición de doble juzgamiento, non bis in ídem. En este caso solamente la Corte Constitucional como máximo organismo de control constitucional está facultada para revisar el estricto apego de la resolución ancestral a las normas constitucionales y derechos humanos.

De esta forma queda evidenciado el carácter de cosa juzgada que tiene las decisiones que dictan las autoridades indígenas en la administración de justicia. al respecto y como derecho comparado consuetudinario tomare como ejemplo, los que dispone el artículo 132 y 134.1 de la Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas Venezolanas, con la condición del respeto a la Constitución, los tratados y la ley. Igualmente como fue ratificado por el Juzgado Noveno de Primera Instancia

⁵¹TRUJILLO, Julio Cesar. Justicia Indígena y pluralismo jurídico en Derechos, costumbres y jurisdicción indígena en América Latina contemporánea. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2008. Pág. 268

en función de Control de Maracaibo, en su auto sobre un caso penal, de fecha 25 de abril de 2007⁵² y la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, también se ratifica en su auto de fecha 17 de enero de 2008⁵³.

Dando continuidad a un ejercicio de derecho comparado, se puede aludir al artículo 192 de la Constitución de Bolivia de 2009 que consagra como las decisiones de la jurisdicción indígena originaria campesina son firmes. En consecuencia, sus decisiones deben ser ejecutadas por las autoridades tradicionales directamente sin que sean revisadas por otra jurisdicción. Asimismo, el artículo 10 del Proyecto de Ley Número 35, por medio de la cual se desarrolla el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia, se decantó por regular los efectos de las decisiones judiciales, sin emplear el término cosa juzgada, con la intención de proteger adecuadamente a un individuo, al evitar que sea juzgado dos veces por un mismo hecho.⁵⁴

En ese mismo sentido, el artículo 12 de la Ley de Deslinde Jurisdiccional de Bolivia, determina que:

- I. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son de cumplimiento obligatorio y serán acatadas por todas las personas y autoridades.
- II. Las decisiones de las autoridades de la jurisdicción indígena originaria campesina son irrevisables por la jurisdicción ordinaria, la agroambiental y las otras legalmente reconocidas.⁵⁵

Ahora bien, realizar este estudio doctrinal y legislativo sobre la condición de cosa juzgada de las decisiones dictadas por autoridades indígenas tiene vital importancia para abordar el escenario del reconocimiento de estas sentencias, bien sea a nivel del sistema judicial nacional o en el ámbito del juez extranjero. Se

⁵² Juzgado Noveno de Primera Instancia en función control Maracaibo de la República Bolivariana de Venezuela. Jueza MGS.: Erika Milena Carroz Perea, Acta de Audiencia Preliminar, de fecha 25/04/2007.

⁵³ Corte de Apelación del Circuito Judicial Penal del Estado Delta Amacuro, Tucupita. Magistrado ponente: Diosnardo Antonio Frontado Vargas, Asunto Principal: YP01-D-2007-000068, Asunto: YP01-R-2007-000068, de fecha 17/01/2008, expuesto por: Figuera, Sorily, Jurisdicción Especial Indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano, Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte y Editorial Ibáñez, 2015, p. 157.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 157.

⁵⁵ Ley N° 073, de fecha 29 de diciembre de 2010, Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia.

observa como en Latinoamérica existe una marcada tendencia a reconocer el carácter definitivo que tienen los fallos dictados por las autoridades indígenas que tienen el carácter de cosa juzgada.

2.4. Jurisprudencia consuetudinaria, análisis al acta del caso la Cocha

Hablar de jurisprudencia consuetudinaria es remitirnos al encuentro con las resoluciones dictadas por las comunidades indígenas, antes de entrar en el análisis concreto del acta de resolución en el caso La Cocha², es necesario que se presente otras resoluciones que dan muestra de que en el País se administra justicia indígena y cuyo ejercicio está bajo el mandato constitucional y el convenio 169 de la OIT.

Para ello empezare citando el caso referente al asesinato del comunero “Maly Latacunga, que fue tratado y juzgado en la comunidad y reconocida por primera vez por la justicia ordinaria como una acción válida donde el Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi en el año 2002 en cumplimiento con las disposiciones constitucionales, dictó la nulidad de todo lo actuado por el fiscal quien conocía la causa, y había iniciado un proceso penal en contra de las autoridades indígenas, que resolvieron el caso previamente indicado. Con el cual deja demostrado que en la comunidad no es la primera vez que resuelven asuntos de asesinato y los sanciona a los involucrados con la justicia indígena. Este hecho constituye jurisprudencia para las comunidades y es válido constitucionalmente”⁵⁶.

Esta jurisprudencia tiene su origen en el accionar de las autoridades indígenas quienes resolvieron el caso ejerciendo su autoridad propia de acuerdo con la Constitución, pero como efectos del mismo fueron enjuiciados penalmente por la justicia ordinaria lo cual indica que el haber ejercido un mandato constitucional se convirtió en un hecho persecutorio por parte de la fiscalía, pero que al llegar al juzgado segundo de lo penal prevaleció la decisión jurisdiccional indígena tomando un rumbo distinto habiéndose prevalecido el principio Non bis idem, por el cual se declara la nulidad de todo lo actuado por el fiscal hasta ese momento.

⁵⁶ Juzgado Segundo de lo Penal de Cotopaxi, Causa Penal No.43-2002.

Este caso levanto el grito de los opositores y contrarios a los derechos indígenas, quienes buscaron todos los medios para deslegitimar lo actuado por las autoridades indígenas pese a estar amparados constitucionalmente. En tal virtud, las autoridades de la justicia occidental no aceptaron ni aceptan que otros grupos administren justicia, por el cual en base al antecedente expuesto buscaron poner límites al ejercicio de la justicia indígena, que en la actualidad lo consiguieron mediante la figura del control constitucional.

ANÁLISIS DEL ACTA DEL CASO LA COCHA

Antecedentes

El acta que resuelve el caso la Cocha se inicia con el Willachi o Willachina, aviso comunicación o denuncia que realizan los afectados en forma oral sin ningún tipo de formalismos ante las autoridades indígenas de la comunidad la Cocha, sobre el delito o hecho acaecido, intervienen en el Willachi los hermanos de la víctima y familiares denunciando a las autoridades indígenas sobre el asesinato de Marco Antonio Olivo Pallo, y solicitan la intervención de los mismos para que se esclarezca lo sucedido.

Conocido el caso, las autoridades indígenas se reunieron entre ellos, el presidente de La Cocha señor Ricardo Chaluiza, el presidente de UNOCIC señor José Cuchiparte y Pablo y Serafín Umajinga dirigentes de la Comuna Guantopolo para tomar jurisdicción del caso y coordinar acciones y establecer los hechos del asesinato, aquello consta en el acta N° 40 del año 2010. Los dirigentes de La Cocha, con el fin de precautelar el interés de los involucrados y evitar conflictos familiares, hacen la enunciación de los derechos constitucionales, establecidos en el Art, 57 referente a los derechos colectivos, el art. 171 de la Constitución de la República, que garantiza el ejercicio de la autoridad de la justicia indígena y el art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial. Luego de ello amparados en las normas enunciadas asumen la jurisdicción y competencia, sobre este caso y acuerdan conocer y resolver en la justicia indígena.

Acordado la misma se procede con el Tapuna o Tapuykuna, (proceso de

investigación), para el mismo las autoridades de la comunidad conformaron la comisión de averiguaciones quienes se encargaron de recabar los elementos de convicción y establecer la responsabilidad de los imputados denunciados. La comisión se plateo como primer objetivo encontrar el paradero de los supuestos asesinos, logrando la detención del sospechoso señor Iván Candelejo quien es presentado ante las autoridades indígenas de la comuna La Cocha, para ser sometido a las averiguaciones, el mismo que manifestó a las autoridades no haber asesinado al joven sino otra persona que respondía a los nombres de Manuel Orlando Quishpe, y prueba de lo mencionado tenía en su poder una grabación de video en un celular. Con esa declaración se conformó la Comisión de Búsqueda para continuar con las investigaciones, hasta encontrar y detener a los presuntos responsables directos del asesinato. Sin embargo, los comuneros de Guantopolo habrían detenido a los sospechosos y entregaron al presidente de la Junta Parroquial de Zumbahua, siendo dos los involucrados directos los señores Flavio Hernán Candelejo Quishpe y Manuel Orlando Quishpe los cuales son trasladados, a la comuna La Cocha y entregado a sus autoridades, junto a ellos también fueron entregados los señores Kleber Fernando Chaluiza Umajinga y Wilson Ramiro Chaluiza Umajinga, por los mismos habitantes de la comunidad Guantopolo.

Con la detención de los denunciados y con las pruebas existentes en su contra, las autoridades de la comuna La Cocha convocaron a la Asamblea General comunitaria así como al Fiscal Indígena de Cotopaxi, para el proceso de juzgamiento y dar la solución al caso. Las autoridades dialogaron directamente con los acusados para que puedan dar sus versiones libre y voluntariamente sobre los hechos investigados, de ahí que en el Acta N° 24-2010 consta la declaración de Orlando Quishpe donde mencionó que todos participamos. Klever, le dio puñetazos en el pecho; en cambio Iván Candelejo menciona que fue Orlando Quishpe quien amarró con la correa del difunto en el cuello y luego quedó inconsciente, y llevando al lado de la iglesia dejan amarrando en el hierro de verjas del parque con la intención de que no se caiga al piso.

Al existir una similitud en la declaración de los demás involucrados en los relatos del asesinato y con las averiguaciones realizadas que fueron obtenidas y presentadas por la comisión respectiva. Las Autoridades de la comunidad La Cocha teniendo la claridad del mismo, dejaron a los acusados bajo custodia de la comisión

de seguridad de la comuna La Cocha y Guantopolo, encargados de cuidar y proteger la integridad de los detenidos hasta el día de la Asamblea General en virtud de no existir cárceles. Para el mismo, se cumple con todas las garantías del debido proceso, por lo que no se les exigió declarar en contra de sí mismos cumpliéndose con los preceptos constitucionales.

La tercera etapa el Ñawinchina o Chimpapurana (recepción de versiones y pruebas) las partes involucradas exponen sus versiones sobre los hechos para que las autoridades puedan deliberar y emitir sus criterios. Al respecto el líder comunitario Ricardo Chaluiza dio la apertura de la Asamblea General presentando de manera sucinta los hechos del asesinato y todo lo averiguado, como prueba a ello se presenta el video del celular que fue grabado por uno de los involucrados, se recibieron las versiones de los cinco involucrados en el asesinato de Marco Olivo concediéndoles el derecho a la defensa de los involucrados, concluida la Asamblea y con un criterio unánime de la Asamblea y de los líderes comunitarios determinaron que los jóvenes eran los culpables del asesinato por lo que deberían ser sancionados. Para ello la Asamblea General procedió a escuchar públicamente a los acusados en igualdad de condiciones permitiéndoles exponer sus argumentos, y presentar las pruebas de descargo así como a la réplica de las partes sobre sus argumentos.

La cuarta etapa o Kishpichirina, (deliberación) es la fase en la que deliberan las autoridades y la Asamblea General, sobre la sanción a imponerse a los acusados dejando constancia del mismo en las actas de la comunidad, este proceso toma en consideración los informes presentados por las comisiones, y actúan bajo estricto apego a las costumbres y tradiciones ancestrales de sus abuelos y líderes indígenas.

En la quinta etapa o Paktachina (aplicación de la sanción) constituye la aplicación de las sanciones establecidas por la Asamblea General. En este caso se lo realiza en dos momentos, a los cuatro primeros señores Iván Candelejo, Wilson Ramiro Chaluiza y Kleber Fernando Chaluiza por partícipes del asesinato se los sancionó con una indemnización a la madre del Joven por la cantidad de cinco mil dólares americanos, mil dólares por cada implicado, la expulsión de los jóvenes de la comuna por dos años prohibiéndoseles el ingreso a la comuna hasta que se cumpla el tiempo establecido; la rehabilitación de los jóvenes; cargar un quintal de tierra y dar una vuelta por la plaza central de la comunidad desnudos; recibir de cada dirigente

de la comunidad un látigo y el baño de agua y ortiga por treinta minutos, en un acto de ritual de curación; y, pedir perdón públicamente.

Al actor principal del asesinato, se la aplicó como sanción a recibir un fuste por cada uno de los dirigentes de la Asamblea; caminar y dar una vuelta en la plaza central cargando un quintal de tierra; recibir un baño de agua con ortiga por cuarenta minutos; realizar trabajos comunitarios por el lapso de cinco años; y la indemnización a la madre del difunto por la cantidad de mil setecientos cincuenta dólares americanos.

Expuesto los antecedentes del acta del caso la Cocha, es necesario establecer las consideraciones y fundamentos de la autoridad indígena de la comuna la Cocha a fin de verificar si sus actos fueron enmarcados dentro del mandato legal y constitucional. Al respecto, los dirigentes de la comuna La Cocha, al inicio de su actuación exponen la facultades constitucionales establecidas en el art. 57 referente a los derechos colectivos, y el Art. 171 de la Constitución de la República, que garantiza el ejercicio de la autoridad para la administración de la justicia indígena, concluyendo con la enunciación del Art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial. Que establece “No se podrá alegar derecho propio o consuetudinario para justificar o dejar de sancionar la violación los derechos de las mujeres’

Ahora bien, que contienen estas normas de relevancia que han considerado los dirigentes indígenas, primero; se consagra la legitimidad del ejercicio de la autoridad indígena, segundo se establece el ejercicio de la facultad jurisdiccional, con base en sus tradiciones ancestrales y derecho propio, finalmente el contenido del Art. 343, establece la imposibilidad de alegar derecho propio o consuetudinario para dejar de sancionar la violación de derechos de las mujeres. En consecuencia, en el estado constitucional de derechos y justicia social, se encuentran consolidados, la función jurisdiccional y competencia de orden constitucional y legal de la autoridad indígena cuyo propósito principal es garantizar el orden la paz y la convivencia leal dentro de la comunidad, por el cual, las autoridades de la comuna la Cocha simplemente se encargaron de la vigencia y cumplimiento de los derechos constitucionales y humanos.

En estas circunstancias el acta contiene elementos esenciales que dan fe de que las autoridades indígenas siguieron un proceso adecuado que en derecho occidental se conoce como las reglas del debido proceso. En cambio, para la cosmovisión indígena este tiene otra connotación, por ello las sanciones que se aplica en las comunidades indígenas van acompañadas de consejos, de arrepentimientos, e invocación de perdón en público por parte de los acusados que no volverán a cometer infracción alguno en contra de una persona. Las sanciones con agua y ortiga, el fuste entre otras, tienen la finalidad de un acto de carácter espiritual y no como prácticas de bárbaros, su principal objetivo es la sanación de la persona infractora y la reparación de los daños causados, para que pueda retornar a su comunidad.

Por ello, el caso que analizamos tuvo origen en la provincia de Cotopaxi, en la comunidad La Cocha, parroquia de Zumbahua, donde el 09 de mayo del 2010 fue asesinado el señor Marco Olivo por cinco jóvenes indígenas quienes fueron sancionados por la autoridad indígena de la comunidad por el delito de asesinato, lo más curioso y relevante se puede apreciar que en la Asamblea general del 16 de mayo de 2010, intervienen a más de las autoridades indígenas, la presidenta del movimiento indígena de Cotopaxi Dioselinda Iza, el fiscal de Asuntos Indígenas Vicente Tibán y el Jefe Político de la parroquia. Es decir existe una cooperación mutua entre las dos justicias en el tratamiento de este caso.

Con todo ello las sanciones dictadas por la Asamblea estuvieron debidamente llevadas bajo el marco de la legalidad, con cooperación de las autoridades de la justicia ordinaria, por el cual el documento comunitario evidencia todo un proceso y se constituye en un libro de vida e historia para la comunidad, ahora porque era necesario analizar esto para poder demostrar más adelante que habiendo juzgado conforme a derecho la corte constitucional violó un principio constitucional trascendental del non bis idem, doble juzgamiento.

Capítulo Tercero

La Sustanciación de Control Constitucional a las Decisiones de la Justicia Indígena y el Peritaje Antropológico

3.1. El Principio de interpretación intercultural, diversidad lingüística y el choque de culturas, en la sustanciación de los procesos constitucionales

La interpretación intercultural consiste en identificar los elementos culturales que tienen relación directa con las costumbres y tradiciones ancestrales de cada pueblo, para de esta manera llevar a la comprensión de las diferentes cosmovisiones de las comunidades indígenas, y evitar que la justicia indígena sea concebida desde los argumentos y enfoques de la justicia ordinaria, y se someta a ella. Para ello existe la inter-legalidad que permite comprender la relación entre los distintos sistemas jurídicos de un estado. Frente a ello tenemos como reto en hacer que los operadores de la justicia ordinaria comprendan la diversidad, y respeten las diversas cosmovisiones de los pueblos para la realización efectiva de la justicia indígena.

Para Rocío Villanueva, la interpretación intercultural requiere que la justicia ordinaria realice un análisis de los delitos desde los contextos culturales en los que se cometen, propiciando que se consideren las diferencias culturales y la armonización en torno a ellas, dando reconocimiento a las diversas formas contemporáneas de constituir y vivir en comunidad y colectividad.⁵⁷

El artículo 171 de la Constitución, precisamente se refiere a esta categoría de interpretación, así como el artículo 66 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional y los artículos 14 y 344 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En el estudio de la interculturalidad como elemento determinante en la sentencia de la Corte Constitucional es necesario citar la definición que señala la

⁵⁷ Villanueva, Rocío, La interpretación intercultural en el Estado Constitucional, 2015, file:///C:/Users/Soli_Pc24/Downloads/SSRN-id2637603.pdf.

Dra.Nina Pacari sobre interpretación intercultural “[...] el cual no es otra cosa que la obligatoriedad de poner en marcha una nueva lectura, una nueva forma de interpretar las situaciones y las realidades nacionales, con un enfoque sustentado en la diversidad cultural, más aun tratándose de pueblos indígenas”⁵⁸. Esta definición forma parte de los principios con perspectiva intercultural junto con la continuidad histórica, la diversidad cultural y la interculturalidad.

Asimismo, los jueces de la Corte en su numeral primero de la sentencia del caso La Cocha dos determinan que no se han vulnerado derechos constitucionales por parte de la justicia indígena como del ministerio público y justicia penal ordinaria. En realidad esta apreciación es incompleta, su interpretación constitucional no refleja lo establecido en el art. 66 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, los criterios jurídicos de los jueces carecen de una interpretación intercultural. Por el cual, no se comprende ni se acepta la coexistencia de los diversos sistemas jurídicos, lo que hace prever que los jueces de la corte realizaron una interpretación mono-cultural y no intercultural como lo determina su propia estructura, si se hubiese resuelto este conflicto como una forma válida para los pueblos indígenas, su ámbito de eficacia debió ser reconocida y aceptada por quienes viven o son parte de la comunidad.

La argumentación jurídica de la Corte debió orientar a la comprensión de la cultura de los pueblos y nacionalidades indígenas y no hacer una comparación infundada con la justicia penal ordinaria; acción con el cual no tutela los principios fundamentales de la interculturalidad, en este sentido; nos encontramos frente a un poder judicial con estructura dominante que analiza un caso surgido en el seno de las minorías excluidas que ejercieron un derecho constitucional bajo sus propias normas y que es controlado por la hegemonía del poder judicial monista y reducida a la mínima expresión.

Considero que los jueces constitucionales parten de una ideología monista excluyente, por lo que no consideran el principio de la interculturalidad cuando

⁵⁸Sentencia N° 008-09-SAN-CC, Caso N° 0027-09-AN, Corte Constitucional de Ecuador, de fecha 09 de diciembre de 2009, Sentencia N° 004-14-SCN-CC, Caso N° 0072-14-CN, Corte Constitucional de Ecuador, de fecha 06 de agosto de 2014.

señalan que la justicia indígena no protege el bien jurídico protegido, tal como lo plantea el derecho penal ordinario. Asimismo, cuando señala que no existió un doble juzgamiento, desecha el primer juzgamiento realizado en la justicia indígena, es decir, que el principio non bis in ídem como prohibición para que una persona sea juzgada dos veces por la misma causa es desconocida. Sin embargo, con solo haber iniciado un nuevo proceso, la justicia ordinaria implica que sí existió un doble juzgamiento, por lo que las partes fueron re-victimizadas con un nuevo procedimiento, lo que dejó sin efecto las resoluciones de la justicia indígena.

Simplificando, las decisiones de la jurisdicción indígena, bajo un control constitucional carente de interpretación intercultural, no tendrán libertad para aplicar su derecho consuetudinario ni su cosmovisión por cuanto el máximo órgano de control constitucional, desde su visión homogénea, no comprende que la interculturalidad es la base de un estado plurinacional. Tampoco comprenden que cuando en la comunidad se juzga a una persona se juzga también a toda la comunidad, y el bien jurídico que se protege, como en estos casos no solamente es lo social, como hace la justicia ordinaria, sino que se considera de relevancia la vida del Ayllu, la familia. Lo que se busca desde la visión indígena es que la vida de la comunidad y del ayllu sea protegida, en este sentido; toda sanción se ejecuta de acuerdo al grado de la infracción cometida, siendo la más grave la expulsión de la comunidad, la privación de los derechos comunitarios, látigos, ortiga y baños en agua fría, petición de perdón entre otros. En consecuencia, lo trascendente en estos procesos es lo comunitario y lo colectivo, desde la familia hasta las decisiones judiciales que no son tomadas por un juez sino por la Asamblea General Comunitaria.

Además las resoluciones dictadas por la justicia indígena son únicas y de ejecución inmediata, no son susceptibles de revisión por la justicia ordinaria, solamente la Corte Constitucional tiene la facultad de control, lo cual es correcto. Sin embargo, se debería realizar tomando en consideración las características culturales de cada pueblo y nacionalidad, considerando la interpretación intercultural. Además; no se puede estar al margen de este organismo de control por cuanto, deben observarse si las decisiones de la justicia indígena están dictadas respetando los derechos constitucionales y los derechos humanos.

3.2. Garantías constitucionales en las decisiones de la Justicia Indígena

Las garantías constitucionales son los mecanismos de protección de los derechos de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, para la efectiva protección de los derechos constitucionales. Al respecto considero que en el estado constitucional de derechos la aplicación de las garantías constitucionales consagradas en la constitución no se cumple a satisfacción de sus ciudadanos, es decir aún siguen siendo letra muerta pese a que toda autoridad administrativa o judicial están obligadas a cumplir y aplicar los mandatos constitucionales, en este caso el Art. 11 numeral 3, referente a las garantías constitucionales expone lo siguiente: “Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley. Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”⁵⁹

La norma constitucional citada dispone la aplicación directa de los derechos constitucionales por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Sin embargo, también están en potestad de administrar justicia las autoridades comunitarias. Ambos tipos de autoridades cumplen roles similares, haciendo cumplir los derechos constitucionales, con la salvedad, de que las autoridades comunitarias no reciben sueldo alguno por su labor. Bajo este criterio, al administrar justicia indígena las autoridades comunitarias, también, cumplen y garantizan derechos constitucionales.

Revisando los detalles de la administración de justicia en el presente caso he encontrado lo siguiente. Que toda decisión que toma la autoridad comunitaria está

⁵⁹ Constitución de la República 2008

sujeto a un procedimiento, aunque esto varía de acuerdo a la comunidad, pueblo o nacionalidad.

Revisada el acta del caso La Cocha, para empezar y fundamentar el ejercicio de la autoridad se exponen los argumentos jurídicos y constitucionales. Justificada la misma, pone énfasis en su jurisdicción y competencia para conocer y resolver el caso sometido a su conocimiento, con ello se garantiza la seguridad jurídica consagrada en el Art. 82 de la norma constitucional.

De ahí que, en todo proceso consuetudinario se prevé que la observancia de las normas, usos y costumbres, hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena y constituyen el entendimiento intercultural de la garantía constitucional al debido proceso, aquello se expresa de la siguiente forma: WillanaWillachina, Tapuna Tapuykuna, Ñawinchina o Chimpapurana, pactachina y quishpichirina y paktachina, que son procedimientos encaminados a tomar decisiones en la justicia indígena respetando las garantías constitucionales, pero aquellas decisiones no están fuera del control constitucional, por ello cualquier miembro de una comunidad indígena a quien se le haya impuesto una sanción vulnerando derechos constitucionales y que son contrarios a las normas internas de la comunidad puede impugnar esta decisiones mediante una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional.

En la misma línea del análisis es oportuno referirnos a los mínimos jurídicos formulados como garantías constitucionales citadas por La Ab. Margarita Zoila Aranda en su tesis de abogacía quien señala que “los mínimos jurídicos son algunas garantías que son iguales para todos los seres humanos, que las autoridades indígenas no las pueden omitir al administrar justicia indígena, y señala que son las siguientes”:

1. Derecho a la vida: la vida es un derecho inviolable de todo ser humano. En este caso el derecho consuetudinario no establece la pena de muerte, por el cual aquella sanción está lejos de considerarla por la autoridad indígena
2. Derecho al debido proceso: como en todo proceso, las partes tienen el derecho a defenderse, desde el punto de vista del derecho positivo este

garantía se ejecuta mediante defensores públicos o abogados particulares, en cambio en las comunidades, aquello se ejecuta mediante familiares, abuelos tíos, compadres o personas mayores que ayudan a explicar el problema a las autoridades.

3. Derecho a la no tortura, esclavitud ni tratos crueles: ninguna persona podrá ser sujeto a maltratos crueles, ni sometido a esclavitud, lo cual es un derecho de todas las personas por ende en las comunidades en donde se administra justicia en base a sus costumbres no contempla estos tratos crueles e inhumanos, por el cual es vigilada por la comunidad, y también está sujeto a control constitucional.
4. Derecho a la no agresión física ni psicológica: en esta parte se hace un análisis fuera de contexto a la administración de justicia indígena, se cree que el hecho de bañar, ortigar, el látigo, las limpias, los aconsejamientos, son actos violatorios a los derechos humanos, porque se cree que degrada la dignidad emocional y psicológica de la persona, y no se comprende la cosmovisión cultural y social de las comunidades, pueblos y nacionalidades de que aquí a la persona se le está sanando su malestar, su espíritu y su cuerpo..

En consecuencia, estas prácticas son costumbres tradicionales de la comunidad y constituyen una sanción social y que además permite la reivindicación del ser humano como tal logrando la estabilidad emocional, personal y la armonía comunitaria, sin embargo, aquellas decisiones están sujetas a control constitucional que se lo ejecuta mediante la Acción Extraordinaria de protección conforme lo establece el art. 94 de la Constitución y el Art. 58 de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Se necesario recalcar que la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 65, establece que la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena, y dispone que:

La persona que estuviere inconforme con la decisión de la autoridad indígena en ejercicio de funciones jurisdiccionales, por violar los derechos constitucionalmente garantizados o discriminar a la mujer por el hecho de ser

mujer, podrá acudir a la Corte Constitucional y presentar la impugnación de esta decisión, en el término de veinte días de que la haya conocido.

Se observarán los principios que, sobre esta materia, se encuentran determinados en la Constitución, instrumentos internacionales de derechos humanos de los pueblos y nacionalidades indígenas, demás instrumentos de derechos humanos, Código Orgánico de la Función Judicial y la ley.⁶⁰

Los principios y el procedimiento para llevar a cabo la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena se encuentran en el artículo 66 de la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el cual dispone que la Corte Constitucional debe respetar los siguientes principios y reglas como la:

1. Interculturalidad. - Se prevé que el procedimiento garantizará la comprensión intercultural de los hechos y una interpretación intercultural de las normas aplicables, a fin de evitar una interpretación etnocéntrica y monocultural. De allí que, para el entendimiento intercultural, la Corte deberá recabar toda la información necesaria sobre el conflicto resuelto por las autoridades indígenas.
2. Pluralismo jurídico. - Luego, determina que el Estado ecuatoriano reconoce, protege y garantiza la coexistencia y desarrollo de los sistemas normativos, usos y costumbres de las nacionalidades, pueblos indígenas y comunidades de conformidad con el carácter del estado plurinacional intercultural.
3. Autonomía. - En tercer lugar, determina que las autoridades de las nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas, gozarán de un máximo de autonomía y un mínimo de restricciones en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro de su ámbito territorial, de conformidad con su derecho indígena propio.

Aclarando la norma, el reconocimiento de un máximo de autonomía, tiene los límites establecidos por la Constitución vigente, los instrumentos internacionales de derechos de los pueblos indígenas y esta ley.

⁶⁰ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de fecha 22 de octubre de 2009, Asamblea Nacional de Ecuador.

4. Debido proceso. - Seguidamente se prevé que la observancia de las normas, usos y costumbres, y procedimientos que hacen parte del derecho propio de la nacionalidad, pueblo o comunidad indígena constituyen el entendimiento intercultural del principio constitucional del debido proceso.
5. Oralidad. - Se determina además, como en todo momento del procedimiento, cuando intervengan las personas, grupos o autoridades indígenas, se respetará la oralidad y se contará con traductores de ser necesario. La acción podrá ser presentada en castellano o en el idioma de la nacionalidad o pueblo al que pertenezca la persona.

Así pues, cuando sea reducido a escrito, deberá constar en la lengua propia de la persona o grupos de personas y será traducida al castellano.

6. Legitimación activa. - En cuanto a este aspecto se consagra como cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. De tal manera, cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad, deberá demostrar la calidad en la que comparece.
7. Acción. - Este es un aspecto muy importante y se prevé que la persona o grupo planteará su acción verbalmente o por escrito y manifestará las razones por las que se acude al tribunal y las violaciones a los derechos que supuestamente se han producido. Esta solicitud será reducida a escrito por el personal de la Corte dentro del término de veinte días.
8. Calificación. - De forma inmediata, según lo determina la norma, que la sala de admisiones deberá comunicar si se acepta a trámite y las razones que justifican su decisión. Se sentará un acta sobre la calificación.
9. Notificación. - Seguidamente, de ser aceptado el trámite, la jueza o juez ponente de la Corte designado mediante sorteo, señalará día y hora para la audiencia y hará llamar a la autoridad o autoridades indígenas que tomaron la decisión o podrá acudir a la comunidad, de estimarse necesario.
10. Audiencia. - Entonces, la autoridad o autoridades serán escuchadas al igual que las personas que presentaron la acción por el Pleno de la Corte. La audiencia deberá ser grabada. De considerarse necesario, se escuchará a la persona o personas que fueron contraparte en el proceso del cual se revisa la sentencia.
11. Opinión técnica. - Para esta investigación resulta fundamental resaltar, como el

numeral 11 estipula que la jueza o juez ponente podrá solicitar la opinión técnica de una persona experta en temas relacionados con justicia indígena y recibir opiniones de organizaciones especializadas en estos temas, siendo, a criterio del autor, el peritaje antropológico la evaluación más adecuada.

12. Proyecto de sentencia. - Con posterioridad, la jueza o juez ponente presentará el proyecto de sentencia del Pleno para su conocimiento y resolución. La sentencia puede ser modulada para armonizar los derechos constitucionalmente garantizados y los derechos propios de la comunidad, pueblo o nacionalidad.
13. Notificación de la sentencia. - Para concluir, la sentencia sobre constitucionalidad de las decisiones indígenas deberá ser transmitida de forma oral y motivadamente en la comunidad, ante la presencia de al menos los accionantes y la autoridad indígena, a través del ponente o su delegado. La sentencia deberá ser reducida a escrito, en castellano y en la lengua propia de la persona o grupo de personas.
14. Violación de derechos de las mujeres. - Es de recalcar que las juezas o jueces deberán impedir que en sentencias de justicia indígena se alegue la costumbre, la interculturalidad o el pluralismo jurídico para violar los derechos humanos o de participación de las mujeres.

Sobre la acción extraordinaria de protección, llama la atención un trabajo realizado ⁶¹ cuatro años previos al caso La Cocha, y en éste se fundamenta con tres argumentos bastante racionales el por qué es poco probable aplicar esta garantía constitucional en la jurisdicción indígena. Uno de estos argumentos es la diferente escala de valoración y comprensión de derechos fundamentales entre la justicia ordinaria y la justicia indígena, lo cual hace totalmente indispensable que los jueces que vayan a resolver esta garantía constitucional sean personas que conozcan las costumbres, normas y procedimientos de esa nacionalidad o pueblo indígena que tomó la decisión impugnada, para estar acorde con los principios de interculturalidad, pluralismo jurídico y autonomía que establece la misma Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, caso contrario se estaría vulnerando los derechos colectivos reconocidos en la Constitución para los pueblos indígenas. ⁶²

⁶¹ Suárez, E. *Origen de las decisiones sobre las que cabe proponer acción extraordinaria de protección en el Ecuador*. Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

⁶² Suárez, E. *Origen de las decisiones sobre las que cabe proponer acción extraordinaria de protección en el Ecuador*. Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Ecuador.

En este sentido todo control que realice la Corte Constitucional debe sujetarse a los principios establecidos en el marco jurídico vigente, aquello invita a que los operadores de la justicia constitucional conozcan, la cosmovisión, las costumbres y tradiciones de cada pueblo o nacionalidad que integran el estado ecuatoriano.

3.3. El caso la Cocha: Parámetros de control constitucional

Los parámetros de control constitucional respecto a las decisiones de la justicia indígena, establecidos materialmente son dos, la constitucional y los derechos humanos. Por ello, las resoluciones que dictan las autoridades indígenas en base a su potestad jurisdiccional y los actos que se originan en los ámbitos públicos y judiciales deben ajustarse estrictamente a los mandatos constitucionales y a las normas internacionales. Para estos casos, la Norma Suprema Constitucional Ecuatoriana ha otorgado la tarea fundamental de vigilar la supremacía de la constitución a la Corte Constitucional, y aquella facultad se lo realiza a través de la Acción Extraordinaria de Protección.

La legislación ecuatoriana consagrada en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha establecido el trámite de control constitucional a las decisiones de la justicia indígena, según esta norma; el control constitucional debe realizarse mediante la Acción Extraordinaria de Protección contra decisiones de la justicia indígena. La garantía jurisdiccional expuesta, ratifica el carácter vinculante que tienen las decisiones de la justicia indígena, de someterse al control constitucional mediante la acción extraordinaria de protección por ser la esencia del control, no solo de la justicia indígena sino también de la justicia ordinaria estatal.

Según el procedimiento que establece la LOGJCC, las personas afectadas con las decisiones de la justicia indígena y, que consideren que vulneren sus derechos constitucionales, pueden impugnar dichas decisiones mediante acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional. Aquello no significa que la jurisdicción indígena cuenta con una nueva instancia judicial para obtener una decisión a favor

del recurrente; al contrario, se puede entender como una especie de coordinación y cooperación entre la justicia estatal y la indígena para que las decisiones de esta última estén dictadas dentro del marco constitucional y se efectivice una verdadera protección de los derechos constitucionales.

En el presente caso que se analiza, el control constitucional sobre el caso la Cocha 2 se lo realiza mediante la acción extraordinaria de protección en contra de las decisiones de la justicia indígena, en el cual; el legitimado activo propuso como pretensión concreta que se determinara el alcance de la justicia indígena en el caso de la muerte y se establezca: a) si las autoridades indígenas al ejercer funciones jurisdiccionales podían o no solucionar el asesinato y muerte de Marco Antonio Olivo Pallo, b) si la resolución de las autoridades indígenas de la comunidad la Cocha se apega o no la mandato constitucional del art 171 de la Constitución y 343 del Código Orgánico de la Función Judicial, c) si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos fundamentales, d) si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena y en apego al debido proceso cometieron el delito de secuestro y plagio, e) los miembros de las comunidades indígenas deben o no someterse a la jurisdicción indígena o es voluntad de las partes f) una vez que el caso estaba en conocimiento de la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, debía o no ser interferida por las autoridades de la justicia ordinaria. Que se disponga cuáles son las formas de coordinación y cooperación que deben tener entre las autoridades de los dos sistemas jurídicos, g) si es procedente o no que los jóvenes indígenas involucrados en la muerte del señor Marco Antonio Olivo Pallo, que ya fueron juzgados por la justicia indígena, estén encarcelados y con procesos de doble juzgamiento bajo órdenes de la justicia ordinaria, h) en caso de observar excesos en la aplicación de la jurisdicción indígena cuales son los mínimos jurídicos que las autoridades indígenas deben observar, i) Sírvase resolver si las autoridades de la Corte Nacional de Justicia pueden interpretar y limitar el derecho a la jurisdicción indígena y el derecho al debido proceso estatuido en la Constitución.

Al respecto en la descripción del acta realizada, se puede determinar con exactitud un procedimiento seguido en base a las costumbres y tradiciones de la comunidad la Cocha, lo cual demuestra que se cumplieron con las reglas básicas del debido proceso. Sin embargo, el Fiscal General de la Nación, consideró que las

autoridades indígenas no eran competentes para resolver estos casos, y ordenó el inicio de dos investigaciones, una para determinar la existencia del delito de asesinato y conocer a los asesinos, y la otra; establecer las responsabilidades de las autoridades indígenas por un presunto delito de plagio y tortura, con estos antecedentes el Juez Primero de Garantías Penales de Cotopaxi al encontrar méritos por delito contra la vida dicta la instrucción fiscal y ordena la prisión preventiva en contra de los cinco implicados del asesinato.

En consecuencia, el parámetro del control que realiza el máximo órgano de control constitucional, no se orientó a controlar la vigencia plena de los derechos constitucionales que habrían sido inobservadas en la decisión de la justicia indígena del pueblo Panzaleo, sino que se orientó a realizar un control jurisdiccional, tomando en consideración la vida como el bien jurídico protegido por la constitución y los tratados internacionales. En tal sentido, y contrariamente termina señalando que no debe existir interferencia de la justicia ordinaria en la justicia indígena ni tampoco disminuir el derecho de la autonomía jurisdiccional indígena.

Lo señalado considero inoportuno en razón de que la justicia ordinaria ya interfirió en las decisiones de la justicia indígena del pueblo de Panzaleo al disponer el inicio de las investigaciones orientadas a determinar responsabilidades tanto del cometimiento del delito de asesinato como la responsabilidad del supuesto delito de plagio, figuras jurídicas del ámbito penal ordinario. Por lo tanto, la interferencia de la justicia ordinaria, en el ámbito de la justicia indígena; rompe drásticamente el orden constitucional establecido en el Art. 171 de la norma suprema, y las acciones realizadas por las autoridades de la justicia ordinaria carecen de legitimidad jurídica al violar el principio constitucional non bis ídem.

Por otro lado la preocupación de la Corte Constitucional referente a la forma del impulso de la causa tanto en la justicia indígena como en la justicia ordinaria, termina exponiendo que la justicia indígena solamente actúa e impulsa la causa bajo petición, en cambio la justicia ordinaria actúa sin necesidad de petición de la parte afectada, aquel criterio solamente se refiere a este caso concreto y generaliza para todos las comunidades y pueblos, cuando en realidad en otros pueblos y nacionalidades y sus autoridades si actúan de oficio.

Con este criterio la Corte Constitucional señala que “en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario. De tal manera y en virtud del Art. 66 numeral 1 de la Constitución de la República, el conocimiento de todos los casos de muerte siempre le corresponderán al Estado y en consecuencia, le compete a la justicia penal ordinaria indagar y realizar las investigaciones correspondientes, ya sea de oficio o a petición de parte”⁶³. Lo expuesto en Líneas anteriores sobre el impulso de la causa no es más que un simple justificativo para deslegitimar la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas en los tratamientos de estos casos que suceden dentro de sus territorios. Criterio con el cual la Corte Constitucional hace un control jurisdiccional a la justicia indígena y otorga mayor hegemonía a la justicia penal ordinaria. Entonces a partir de esta sentencia la justicia indígena quedo prácticamente limitada en su jurisdicción y competencia para conocer conflictos penales así sucedieran dentro de su ámbito territorial.

Algo importante como complemento al mismo, es la interpretación intercultural entendida como el principio *in dubio pro justicia indígena*, es decir que en caso de duda se estará a favor de la justicia indígena, por lo tanto, era justo que se reconozca su valor en un proceso intercultural para que no se vulnere este derecho minoritario, si en el control constitucional de decisiones jurisdiccionales indígenas al existir la duda se deberá inclinar la balanza a favor de la justicia indígena. Por ello, en el caso la Cocha 2 existió ya un juzgamiento a los infractores de acuerdo a las tradiciones y derecho propio de la comunidad y al existir una duda entre la jurisdicción ordinaria y la indígena, ¿por qué la Corte Constitucional no aplico el principio de *in dubio pro justicia indígena* a favor de la justicia indígena?, ¿cuál fue la finalidad para que la Corte no incline la balanza a favor de la justicia indígena y no proteja los derechos consuetudinarios del pueblo indígena? Contrariamente el organismo de control termina haciendo un control jurisdiccional y dando más poder al derecho penal ordinario.

⁶³ Sentencia No 113-14-SEP-CC. Caso No 0731-10-EP, Pg 28

Visto el contraste anterior, cabe analizar el papel fundamental que jugó el peritaje antropológico en la decisión de La Cocha, eje central de este estudio.

3.4.- El peritaje Antropológico: visión general

Este es el punto central del presente trabajo investigativo, para ello tomare algunos conceptos a fin de ir definiendo y analizado los diversos criterios doctrinarios del papel que juegan los peritos antropológicos, en los procesos judiciales. Al respecto la antropóloga jurídica colombiana Esther Sánchez considera que el peritaje antropológico es la aplicación de la antropología jurídica, es la rama de la ciencia social encargada de estudiar la interpretación de la cultura humana, todo lo que el hombre aprende como miembro de una sociedad, sus conocimientos, convivencias y las expectativas que comparten los integrantes de un grupo y que transmiten a sus hijos. Que las culturas se visibilizan en sociedades particulares, esto es en los modos de vida que los distinguen de otros grupos de modo real. Los miembros de cada cultura comparten no sólo los hábitos, valores, palabras y gestos característicos para comunicarse, sino que ordenan y clasifican de modo peculiar esos elementos.⁶⁴

Sostiene la antropóloga que el objetivo específico del estudio del peritaje antropológico es indagar el orden jurídico en una sociedad, con variable de la cultura, buscando señales específicas de cómo se regula la vida de la gente y las explicaciones que revelen porque este orden es como es, porque funciona, qué aspectos presentan conflictos internamente, cuál es su lógica y qué instituciones sostienen los principios reguladores. Este peritaje ofrece interpretaciones y presenta elementos de la diversidad cultural, busca comprender lo que se evidencia de la cultura de una sociedad, señala las motivaciones que conducen a ciertos comportamientos, lo que permite interpretar ciertos hechos bajo un marco específico.⁶⁵

⁶⁴Sánchez Botero Esther. Peritaje antropológico jurídico. Presentado a la Honorable Corte Constitucional del Ecuador. Solicitud del Doctor Patricio Pazmiño. Quito enero 24 de 2011.

⁶⁵ *Ibíd.*

Es la que aborda relaciones sociales, lógicas para una persona no lógicas para otras, posiciones éticas y de poder, todas esenciales para configurar criterios más comprensibles sobre la diversidad, considera además la tratadista que cuando se busca encontrar qué es el derecho en una sociedad y cómo se expresa este derecho en un campo determinado, se tiene que investigar también porque la gente hace lo que hace, ya que lo jurídico suele ser un croquis mental que señala comportamientos que se deben seguir, que mueven a las personas para el deber ser y para el cumplimiento de los deberes y de los derechos.⁶⁶

Por otro lado, otros autores⁶⁷ apoyándose en Juan Carlos Ruiz, destacan la importancia del peritaje antropológico al señalar que éste permite la aplicación del principio de interculturalidad el cual debe ser universal, así como la concreción de otros derechos y valores constitucionales como la identidad cultural, la igualdad y la tutela judicial efectiva. Incluso en el caso 0731-10-EP, en la fundamentación del voto salvado del Dr. Fabián Marcelo Jaramillo Villa, establece que el peritaje antropológico permite una mayor comprensión objetiva sobre un tema complejo; que es un insumo técnico jurisdiccional que ayuda a la resolución de una causa⁶⁸.

Por el cual, puede considerarse que el peritaje antropológico contiene elementos de derecho comparado que permiten el conocimiento intercultural del caso. Gracias a este peritaje, el juez puede llegar a conocer los procedimientos jurídicos alternativos, facilitando su comprensión y pronunciamiento en la causa correspondiente.

El peritaje antropológico, tiene varias funciones como “medio” (entre un objeto desconocido y quien pretende entenderlo), como una “prueba” que supone mecanismos, técnicas o métodos concretos aplicados a un hecho o suceso específico, por un especialista en alguna ciencia, arte u oficio, mediante los cuales se busca demostrar una hipótesis propuesta y se traduce en “prueba plena” cuando, en la

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ GUEVARA A., VERONA A., VERGARA R. El peritaje antropológico. Entre la reflexión y la práctica. Lima, Perú. Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho, 2015, p.15

⁶⁸ Sentencia N° 113-14-SEP-CC, Caso N° 0731-10-EP, Corte Constitucional de Ecuador, de fecha 30 de julio de 2014

sentencia, el juez así lo considera.⁶⁹

Esta exposición permite comprender e impulsar que el discurso del reconocimiento de la interculturalidad y la plurinacionalidad en el estado ecuatoriano se traduzca en una práctica, en el ámbito de la administración de justicia lo cual no solo debe ser de “tolerancia” sino de relaciones interculturales y sentencias que dicta el juez manifestada en el respeto y la equidad entre comunidades, pueblos y nacionalidades con el estado que gobierna. En este caso los peritajes nos permiten presentar pruebas periciales que resultan útiles para los procesos judiciales ordinarios pero los mismos deben recoger visiones de la comunidad para que sobre ello pueda decidir un juez occidental o asimilar a la comprensión de la diversidad y dictar una sentencia objetiva.

En este escenario de la comprensión de los peritajes antropológicos es necesario conocer sus formas y contenidos que resultan de primordial interés en los procesos judiciales los cuales según Cecile Lachenal “considera que las periciales que resultan de interés y utilidad en los procesos judiciales que involucran a pueblos indígenas son de dos tipos el peritaje cultural y el peritaje antropológico. De los cuales, el peritaje cultural es una herramienta de gran utilidad para el defensor cuando se trata de estudiar la conducta de su defendido que pertenece a una comunidad. La mismo puede ser explicada en base al entorno cultural al cual pertenece facilitando valorar los hechos facticos desde la perspectiva de su cultura y cosmovisión, En cambio por el otro ámbito el peritaje antropológico se constituye en la prueba idónea para que los sistemas normativos indígenas sean tomados en cuenta cuando se lleve a cabo un procedimiento judicial ordinario.

El contexto expuesto genera una mayor complejidad para la interpretación y el entendimiento de casos en los que se tocan diferentes sistemas de creencias y sistemas legales, lo que ocasiona que la antropología cultural, y más específicamente la antropología jurídica, sea necesaria en el Ecuador como especialidad que analiza, estudia, evalúa y explica la conducta social del individuo, con base al análisis de su propia cultura.

⁶⁹Ortiz, Héctor “La aplicación de las ciencias sociales en el ámbito pericial”. Cuadernos e Antropología Jurídica. No. 6. Segunda serie. INI, 2000.

De este modo, el peritaje antropológico tiene varias funciones como medio entre un objeto desconocido y quien pretende entenderlo, como una prueba que supone mecanismos, técnicas o métodos concretos aplicados a un hecho o suceso específico, por un especialista en alguna ciencia, arte u oficio, mediante los cuales se busca demostrar una hipótesis propuesta y se traduce en prueba plena cuando, en la sentencia, el juez así lo considera.⁷⁰

Por lo tanto, la presencia del perito como especialista en la materia es de vital importancia ya que representa una de las herramientas más de las que dispone el juez para determinar a través del acto de investigación el derecho de ordenar, como consecuencia del principio de recurrir a todos los medios que estime útil para el descubrimiento de la verdad, en la medida en que no se encuentren prohibidos por la ley.

En consecuencia, el peritaje antropológico es una herramienta para la defensa de los derechos y la diversidad cultural, por cuanto permite el esclarecimiento de los marcos sociales y la construcción jurídica intercultural. Es por ello, que el peritaje antropológico es muy importante en la actualidad, ya que no siempre la diversidad cultural garantiza que los actos de delitos deban ser dejados en libertad automáticamente.

3.4.1.- Análisis a los peritajes antropológicos realizados en el caso la Cocha

Es relevante analizar los resultados de los peritos que realizaron el trabajo encomendado por la corte constitucional y cuáles fueron las respuestas que dieron a los requerimientos de las autoridades indígenas y estatales en el caso la Cocha 2. Este es el punto central del presente trabajo por cuanto los enfoques de los dos peritos que realizaron el trabajo técnico jurídico parte desde dos visiones, la una occidental con experiencia cultural; la otra en cambio con experiencia religiosa, cuyos conceptos no empatan con la cosmovisión indígena.

⁷⁰ Ortiz, H. La aplicación de las ciencias sociales en el ámbito pericial. Cuadernos de Antropología Jurídica. No. 6. Segunda serie. INI, 2000

Pero, previamente, es necesario conocer las razones del porque se demanda esta prueba pericial en el presente caso. Al respecto; el objeto de la presencia de los peritos en el caso la cocha se encamina “a que la Corte constitucional debe apoyarse en otro saber para garantizar la presencia de un nuevo conocimiento, que diluya la posible parcialidad cultural que en general, portan los funcionarios judiciales, y de esta manera garantizar que las decisiones de los miembros de la instancia más alta de la justicia estatal sean adecuadas (...). En este sentido, el texto constitucional por ser una unidad de principios indeterminados, no tiene una única manera de interpretación. Por ello el juez constitucional, que es un tercero incluido en un conflicto, pero que tiene la mayor autoridad jerárquica, habrá de arbitrar con base en interpretaciones buscando una salida justa e imparcial y que resguarde integralmente el espíritu constitucional”⁷¹. Con lo señalado se entiende que los jueces que pertenecen a la cultura hispano necesitan comprender a la otra cultura y, con el apoyo de los científicos tomar decisiones sin que se vulneren derechos y garantías constitucionales. Es por ello relevante analizar y confrontar si los resultados obtenidos por los científicos fueron considerados al dictar la sentencia en el caso La Cocha 2.

De ahí que, el peritaje realizado por la antropóloga colombiana Esther Sánchez se fundamentó en la revisión bibliográfica de actuaciones jurisdiccionales de las comunidades involucradas, analizando la normativa nacional e internacional, así como también, entrevistando a varias personas de la cultura indígena y occidental, incluyendo algunos escritos de periódicos de circulación nacional.

En cambio, el perito Pedro Torres realiza su trabajo en base a su experiencia sobre las vivencias y tradiciones compartidas con los indígenas como párroco, mencionando en su informe desde su llegada al Ecuador en 1981 y la vinculación directa que mantuvo con las Comunas y Comunidades indígenas de la Provincia de Chimborazo, primero como misionero, después como Párroco y desde 1988 se le identificó como ‘activista’ y luchador a favor de las causas indígenas; en varias oportunidades se le ha solicitado públicamente la expulsión del país y se han realizado varias publicaciones periodísticas al respecto (ver reportajes en Últimas

⁷¹ Sentencia No 113-14-SEP-CC Caso No 0731-10-EP, Pág. 9

Noticias, El Comercio, El Universo, etc. y en la prensa local de Riobamba, en la Revista Vistazo N° 550, 553, 554, 612 y en varios otros medios tanto nacionales como internacionales.⁷²

Esther Sánchez, referente a las autoridades indígenas señala que son personas socialmente reconocidas y nombradas para prestar servicios a la colectividad, con conocimiento social, cultural, político y sobre todo jurídico. Es el talante que porta una autoridad como resultado de procesos desde que nace hasta que encuentra su plenitud como mayor. En el caso de la Cocha 2 según la perito, las autoridades ejercen jurisdicción del caso por pedido de los familiares del fallecido y autoridades de Guantopolo por tener más experiencia en estos casos, razón por la cual tenían las facultades para ejercer funciones jurisdiccionales de los infractores para resolver la muerte de Marco Olivo.⁷³

Además, las autoridades indígenas al estar sometidas al mandato Constitucional del art. 171 y art. 343 del Código Orgánico de la Función Judicial expresa que, estas atribuciones equivalen a un derecho de los pueblos indígenas relacionados directamente con su derecho de autodeterminación, y al estar reconocido constitucionalmente sus resoluciones gozan del mismo valor jurídico que las sentencias emitidas por las autoridades estatales. Esto es, por *notioiudicium* e *imperium*, es así que las autoridades del caso la Cocha 2 al ejercer los poderes de *notioiudicium* e *imperium*, sus resoluciones sí se apegaron a la normativa constitucional y legal por ejercer sus funciones jurisdiccionales de acuerdo a sus tradiciones y derecho propio.

Por su parte, Pedro Torres, señala que se debe tener presente que AUTORIDAD INDÍGENA, no solo “es aquella persona, grupo de personas o colectivos a quienes la respectiva comunidad o pueblo o nacionalidad reconoce como tal por haber sido designados de acuerdo a sus tradiciones ancestrales”. Sino que además son autoridades porque han sido refrendadas o ratificadas o reconocidas por los organismos del estado competentes para tal efecto”. En los casos de justicia

⁷²Torre, P. Peritaje antropológico. Informe pericial de la casusa N° 0731-10-EP de la Acción extraordinaria de protección

⁷³Ibídem

indígena solamente se activan cuando hay denuncia de parte o una solicitud expresa de una de las dos partes o de las dos partes conjuntamente, como sucedió en el caso de la Cocha en Cotopaxi (...). Además, debe existir un presupuesto básico: acogerse y aceptar lo que se resuelva y, someterse y respetar la sanción que se imponga. Esto se podría considerar como una condición sine qua non de las autoridades indígenas para actuar.

De lo expuesto por los peritos sobre autoridad y jurisdicción no existe contradicción, se complementan mutuamente en la visión de la actuación de las autoridades indígenas, quienes intervinieron por petición de los familiares, ejerciendo jurisdicción bajo su propia cosmovisión. Aquello está en plena relación con el mandato constitucional, Pedro Torres es más concreto en su exposición al señalar que el someterse y respetar la sanción que imponen las autoridades indígenas es tácito entendido y aceptado como parte de su convivencia comunitaria.

Además si relacionamos con el mandato constitucional establecido en el Art. 171, y relacionando con el Art. 343 del Código Orgánico de la Función judicial las autoridades indígenas ejercieron sus atribuciones dentro del marco de la autodeterminación de los pueblos, y estas resoluciones por mandato constitucional tienen el mismo carácter y fuerza que las sentencias dictadas por la autoridades judiciales ordinarias.

En la interrogante sobre si las sanciones impuestas a los cinco involucrados constituyen o no violación de los derechos humanos, y si son actos de salvajismos, barbarie y primitivismo⁷⁴, la perito menciona que estas sanciones en el mundo indígena es la imposición de mecanismos energéticos para restablecer las condiciones de existencia individual y social porque el sujeto transgresor se considera enfermo, y que para curar al enfermo se utilizan medidas como sanciones de baños en agua fría o tocar el cuerpo del individuo con la ortiga, amas de ello la comunidad supervisa la sanción con la finalidad de lograr la sanación del sujeto enfermo, situación que no constituye violación de los derechos humanos.

⁷⁴Ibídem

En relación al concepto de barbarie y primitivismo considera la perito que no se debe confundir linchamientos con justicia indígena, ya que las autoridades estatales se aprovechan por la tergiversación que realizan los medios de comunicación para deslegitimar la justicia indígena con equivocados calificativos como bárbaros y salvajes. En definitiva el peritaje realizado por Esther Sánchez tienen plena validez y certeza al confirmar que las autoridades indígenas tienen el pleno derecho de ejercer sus funciones jurisdiccionales de acuerdo a sus tradiciones y derecho propio lo cual bajo ningún concepto constituye violación a los derechos humanos.

Referente al mismo punto Pedro Torres en su informe señala que “la justicia indígenas es la justicia administrada con arreglo a las tradiciones indígenas. En marcado contraste con los casos de linchamiento, no implica la realización de actos de violencia arbitrarios o vengativos. La justicia indígena tiene por objetivo reintegrar a los delincuentes en la comunidad y es un proceso formal dirigido por líderes indígenas y miembros de la comunidad”. La confusión entre linchamientos y justicia indígena refuerza los estereotipos racistas y activa el sentimiento anti indígena.

Por lo tanto, vivimos en un mundo de confrontación entre el saber de un pueblo despojado de sus derechos y un mundo cargado de visiones occidentales cuya superioridad está por encima de lo ancestral. Aquello significa, que por mas los derechos indígenas estén reconocidos en la constitución siempre serán considerados saberes inferiores. Es por ello que al no entender el mundo de las diversidades, las difusiones que hacen los medios de comunicación dan la impresión de que en la justicia indígena se cometen actos de barbarie y abundan las violaciones a los derechos humanos, lo cual es totalmente falso. Los expertos con conceptos definidos dejan constancia de que existe una gran manipulación de parte de la sociedad occidental para tergiversar el ejercicio de la justicia indígena y tratan de deslegitimar su accionar correcto.

Referente a la interrogante si las autoridades indígenas que actuaron ejerciendo jurisdicción y competencia indígena en estricto apego al debido proceso, cometieron el delito de plagio?, la experta respondió citando lo que determinó el art 188 del derogado Código Penal donde definía el delito de plagio, que las autoridades

no cometieron plagio debido a que sus actuaciones no encajan en este delito, ya que lo único que hicieron es el aislamiento conocido por las autoridades para evitar represalias y resguardar la integridad de los involucrados. Pese a ello se evidencia la interferencia de la justicia ordinaria, al privar de la libertad a las autoridades indígenas de la comunidad La Cocha, acusándolos de un supuesto delito de plagio, que desde el punto de vista jurídico y legal no existió ni se configuró como tal.

La pregunta primordial en el peritaje antropológico es la competencia y jurisdicción de las autoridades indígenas al conocer el caso, debía ser o no interferida por la justicia ordinaria. El perito precisó que sólo era posible en la aplicación de la justicia indígena si la sanción ponía en riesgo el derecho a la vida, empero, siendo que la sanción no implicaron muerte de los transgresores tal intervención no debió darse.

La justicia ordinaria nunca consideró si se trataba de un linchamiento o una sanción a los involucrados del asesinato, lo único que hicieron fue intervenir en la jurisdicción de la justicia indígena y aplicar las respectivas medidas coercitivas para detener a los sospechosos acusados por el delito de asesinato.

En el Amicus Curiae expuesto por el Dr. Pazmiño, Defensor Público General del Ecuador, y los señores Jorge Paladines Rodríguez y Luis Ávila Santamaría, funcionarios de la Defensoría Pública, se señala que: “Respecto de los derechos humanos y su derecho propio, manifiestan que el desconocimiento de los valores y el entendimiento de las decisiones de los sistemas de justicia indígena producen una falsa apariencia de contradicción con los derechos humanos. Se vuelve indispensable, dicen, entender mediante peritajes antropológicos las normas del derecho propio de los colectivos indígenas, respecto de que no existan prácticas violatorias de los derechos humanos en el ejercicio de sus sistemas de justicia-tal como sucede, también, en la jurisdicción ordinaria. Por lo que, aseveran que no se puede afirmar sin más que la justicia indígena debe someterse a la visión occidental de los derechos humanos, pues aquello supone un prejuicio que la subordina y excluye de toda posibilidad de existencia”.⁷⁵

⁷⁵Sentencia , 113-14-SEP-CC Caso N° 0731-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 30 de 07 de

Todo parte entonces desde el velo de la cosmovisión occidental intransigente a visiones alternativas de la justicia con respecto a la vida como derecho. Tal intransigencia transgrede la forma como las comunidades indígenas comprenden el mundo y aún más siendo temas tan sensibles como el de la vida, la justicia, el crimen y la muerte. Queda entonces la cosmovisión indígena palmariamente subordinada a cómo entienda la justicia formal el mundo, el mundo indígena, y el sistema jurídico y sus autoridades ciertamente en delicada condición, su autonomía y su capacidad de decisión están nuevamente supeditadas a las autoridades externas, y la autonomía de las comunidades pueblos y nacionalidades ha sido irremediablemente violada.

Con lo expuesto, Esther Sánchez establece, que el etnocidio busca que mediante mensajes verbales y actitudinales los indígenas hagan suya la espuria convicción de que para poder ser aceptados y no estigmatizados dejen de ser ellos, si es un hecho contra los derechos humanos. Esta autora comenta que el racismo que se manifiesta en lo institucional, en lo legal, que es un racismo simbólico que usa la discriminación como un tipo de violencia. Al mismo tiempo, denuncia también la des-caracterización de la cultura indígena a pesar de la retórica pluralista; las construcciones o patrones coloniales o neocoloniales que aún prevalecen en la sociedad y fortalecen el etnocentrismo y la homogeneización.

Así mismo, señala que las medidas adoptadas por los indígenas para salir de su contexto sociocultural se tergiversan y, desde una supuesta superioridad, se califican de irracionales y bárbaras. Se subvaloran sus instituciones, como la Asamblea Comunal. Y hay una visión de inferiorización de las expresiones indígenas que las coloca al margen en un estado de ilegitimidad e indefensión. Incluso, habla de limitar las competencias jurisdiccionales de las autoridades indígenas y establece de forma enfática que esta actitud es un gesto racista y etnocentrista que plantea la existencia de un único sistema de derecho.

De igual manera aclara que, dentro de la cultura indígena bajo estudio, lo que su justicia busca es que el individuo enflaquecido, flaco o enfermo “lazipa”, sujeto

que inspira tanto compasión como vergüenza con una voluntad débil, a través de las recomendaciones pueda seguir adelante. Dicha debilidad es un estado y como tal, puede superarse siguiendo normas, siguiendo deberes para con sí mismo y para con los demás. Señala que la justicia en esta sociedad está relacionada directamente con el concepto de enfermedad o del sujeto enflaquecido que sí puede pasar a un estado saludable mediante determinados procedimientos rituales ancestrales. Así, la justicia está asociada a la cultura, a sus raíces, a lo sagrado a lo ritual; es una justicia preventiva y curativa.

Finalmente, Esther Sánchez argumenta que: *Determinar que si los procedimientos indígenas vulneran sus derechos es como determinar si hay un desafuero, atropello e ilegalidad en la aplicación de choques eléctricos a un paciente para que salga de un evento traumático por colocar un simple ejemplo.* Por otro lado, señala que la justicia indígena es incluso más eficaz que la justicia ordinaria, ya que se dan menos delitos. En ella, además, participa activamente la comunidad para hacer que el transgresor reconozca su falta y también se arrepienta, buscando que el trasgresor responda ante su propia consciencia, pero también ante la comunidad. Añade además de ello, que es verdad universal que la cultura como reglamento debe seguirse para evitar la barbarie. Pero también, paradójicamente, es imposible universalizar una cultura. Las culturas son relativas; verbigracia, la religión se amolda al tiempo y al espacio de cada cultura, por lo tanto, la verdad está bien dentro de una sociedad en específica.

De igual forma Pedro Torres, señala que los runas han sentado grandes precedentes e incluso jurisprudencia, porque así como han ayudado no solo al control social entre los suyos también han ayudado a poner freno y combatir grandes olas delincuenciales, y a alcanzar una seguridad ciudadana real y efectiva en sus territorios y ámbitos de gobierno propio, incluso en contra de la actuación de las mismas autoridades estatales que aun la misma justicia ordinaria no ha podido ni abordar peor resolver.

En definitiva con el análisis de las pericias realizadas en el caso de La Cocha se llegó a la conclusión de que las autoridades indígenas tienen facultad constitucional para resolver conflictos de su comunidad; que tenían competencia territorial por recaer en las autoridades de la comunidad la Cocha; que las sanciones

aplicadas a los involucrados no violentaron los derechos humanos peor aún derechos constitucionales; y que las autoridades de la comunidad la Cocha no debieron ser acusados por el delito de plagio.

3.4.2.- La decisión de control constitucional y el papel del peritaje antropológico

El papel del trabajo pericial realizado en el caso La Cocha 2 constituye un elemento fundamental para la decisión que dictó el máximo organismo de control constitucional, al respecto en el trabajo científico se encuentra que. “El mayor reto del peritaje antropológico es hacer que una cultura sea inteligible, asequible, liberar ciertas costumbres de su extrañeza, de manera que los jueces encuentren en estos textos argumentos que logren concebir esa otra realidad, como es un tanto distinta y valorable. También, que el juez se despoje de prejuicios y que pueda juzgar esas costumbres mediante la justa razón: que descarte o aleje las ideas que son peculiares a su propia sociedad y cultura, y no las extienda a toda sociedad indebidamente; que considere las circunstancias de tiempo y lugar en que los otros viven. Al mismo tiempo, que si compara las culturas de esos otros pueblos, pueda deducir que si, efectivamente existen otras máximas, símbolos y proposiciones que guían la vida de los miembros de distintas sociedades”.

En el presente texto del estudio pericial encontramos aspectos esenciales, no considerados, para la actuación de los jueces constitucionales, al encontrar argumentos para concebir a una sociedad distinta, y a partir de ahí despojar de prejuicios para juzgar esas costumbres con justa razón sin que ello se extienda a toda sociedad de manera indebida, y si se realiza un estudio comparativo encuentren que si existen símbolo o elementos culturales que guían la vida de los miembros de esas comunidades, los cuales deben ser valoradas, ponderadas conforme a derechos y respetadas por los jueces que deben tomar decisiones sin lesionar las mismas.

Ahora bien, si el objeto del estudio fue encontrar esos elementos, el fallo en estudio no tiene argumentos de contenido netamente cultural, por cuanto el trabajo pericial no ha sido considerado en su dimensión amplia y se omite los criterios de la diversidad cultural, y el resultado final de la decisión responde solo a una visión occidental, desvirtuándose el reconocimiento constitucional e internacional de la

justicia indígena en el Estado ecuatoriano. Por lo tanto, en el caso La Cocha 2 se origina una jurisprudencia en la cual, la visión occidental de la justicia ordinaria se impone sobre la visión indigenista y a su vez le impone lineamientos en el ejercicio de su propia cultura. Se replantea la competencia y alcance de la justicia indígena desde la perspectiva de la justicia ordinaria arrogándose ésta facultad exclusiva y excluyente de conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona sin considerar el detalle del estudio realizado por los expertos peritos antropólogos.

En este sentido, la Corte Constitucional pretende dar una sentencia diferente que recoja una visión cultural resolviendo en primer lugar “Que no se han vulnerado derechos constitucionales, tanto en el ejercicio de la administración de justicia indígena por parte de la Asamblea General Comunitaria de La Cocha, como tampoco por parte del Ministerio Público y la judicatura penal ordinaria”.

Aquello es verdad, no se vulneró derechos constitucionales por parte de las autoridades indígenas, pero en cambio el Ministerio Público y la justicia penal ordinaria si cometieron violación a los derechos constitucionales, por haber intervenido inconstitucionalmente en la decisión de la justicia indígena privando en su libertad a las autoridades indígenas por el supuesto delito plagio. Acción que contradice a lo expuesto por la perito Esther Sánchez, quien precisó que no era posible la intervención de la justicia ordinaria cuando en la aplicación de la justicia indígena las sanciones no constituyen un riesgo para el derecho a la vida, y que dicha sanción no implicaba la muerte de los transgresores.

En cambio la decisión que adopta el Dr. Fabián Jaramillo en su voto salvado, señala “Declarar que no habido vulneración al derecho constitucional a la seguridad jurídica en las decisiones de justicia indígena adoptadas el 16 de mayo de 2010 y el 23 de mayo de 2010 por la asamblea General Comunitaria de la Cocha” ⁷⁶decisión que si demuestra haber considerado el trabajo realizado por los expertos y no incorpora ni da valor alguno a la intervención de la justicia ordinaria en las decisiones de la justicia indígena.

⁷⁶ *Ibidem*

En su considerando segundo de la sentencia establece la Corte que “la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo es la autoridad de justicia indígena habilitada y competente para resolver los conflictos internos en sus territorios”. Es decir, el organismo de control confirma que las autoridades de la justicia indígena están habilitadas para resolver los conflictos internos en su territorio, pero más adelante se contradice al limitar a la justicia indígena en sancionar asuntos internos relacionados con los delitos penales, dando mayor poder a la justicia ordinaria estatal, situación contraria al trabajo pericial.

Muy diferente es la decisión que adopta el Voto Salvado referente a este numeral al declarar que “las autoridades indígenas de la comunidad la Cocha, en el caso concreto, actuaron en aplicación directa del Artículo 171 de la Constitución de la República, así como del artículo 343 del Código Orgánico de la Función Judicial”⁷⁷. En este sentido el magistrado deja claramente demostrando que la competencia de las autoridades indígenas fue constitucional y legal. Al mismo tiempo, no evidencia su limitación al contrario es más amplio que la decisión de la mayoría.

En su numeral tercero de la sentencia se establece que “la Asamblea General Comunitaria del pueblo kichwa Panzaleo, cuando conoció este caso de muerte, no resolvió respecto de la protección del bien jurídico vida como fin en sí mismo, sino en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad, estableciendo diversos niveles de responsabilidad que son distribuidos, en distinto grado, entre los directamente responsables y sus respectivas familias, mientras que por su lado, el ministerio público y la justicia penal ordinaria actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, respectivamente, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte, por lo que esta Corte declara que no se ha configurado el *non bis in idem* o doble juzgamiento. En cambio el voto de minoría “Declara la vulneración del derecho constitucional de no revictimización Art.78 de la Constitución del señor Víctor Manuel Olivo Pallo y su familia”.

⁷⁷Ibídem

Respecto a esta decisión el perito Pedro Torres refiriéndose al valor de la vida señala “no se le da un valor en sí mismo como un ser personal o un ente individual sino en cuanto es participe de la familia (ayllu) o comunidad, en cuanto lleva una vida de ayllu o de familia y de comunidad y lo que se busca proteger es precisamente esto: la vida en cuanto un valor de convivencia común, de entendimiento social y de armonía con los que le rodean”.

En la misma línea la perito antropóloga Esther Sánchez, en su trabajo pericial menciona que las autoridades de la justicia indígena previa decisión consideran el grado de afectación que genera el hecho en la estructura social comunitaria y en los miembros de la comunidad, así como el grado de impacto, conmoción y alarma social que la conducta o acto cometido pueda provocar en la sociedad nacional en su conjunto, valoraciones que recoge erróneamente la Corte Constitucional para considerar que la justicia indígena no juzga ni sanciona la afectación de la vida como bien jurídico protegido.

Es decir, el trabajo pericial es muy concreto en determinar el bien jurídico protegido que no solamente responde a un individuo sino que se lo vincula a la colectividad para una convivencia común, pero el organismo de control no recoge como tal, sino que justifica desde la concepción occidental la intervención del Ministerio Público y la justicia penal ordinaria en las decisiones de la justicia indígena, aduciendo que actuaron bajo la obligación constitucional y legal de investigar y juzgar, la responsabilidad individual de los presuntos implicados en la muerte. Con ello, restringió el sistema jurídico indígena y desconoce la potestad de sancionar a sus miembros por delitos sucedidos dentro de su ámbito territorial, al considerar que las autoridades indígenas no protegen el derecho a la vida como un bien jurídico protegido. Contrario a este criterio, la Corte debió reconocer en todo el sentido de la palabra que las autoridades jurisdiccionales de los pueblos indígenas, apliquen su propio derecho dentro de su territorio con competencia material plena para juzgar y sancionar cualquier tipo infracciones, y que la justicia ordinaria sea incompetente para interferir por sobre lo juzgado y sancionado en la justicia indígena.

Por ello, Esther Botero Sánchez, en su peritaje entregado a la Corte Constitucional señaló que: “(...) las sanciones que la asamblea o las autoridades indígenas imponen a sus pobladores buscan sanar al individuo, que retome a una forma de vida apropiada y fortalezca el espíritu individual, familiar y colectivo que fue debilitado por su actitudes de conductas (...)” [CITATION Com15 \l 8202].

De igual forma, Pedro Torres, argumentó que: “(...) frente a un desfase en la armonía de la comunidad, no se recurre a prácticas punitivas sino que toda la comunidad coadyuva para que la forma de existencia o el ser humano que ha salido de este equilibrio y armonía vuelva a ellos (...) Por eso, lo que aparentemente aparece como una ‘pena’ o un ‘castigo’ es simplemente una sanción o reprimenda, amonestación, advertencia o llamado de atención para que se mantenga el Ayllukuna AlliKausay y se pueda llegar al sumak kausay o el buen vivir que está garantizado en la Constitución Política. Es por eso que en muchos casos al querer equiparar el ‘aconsejamiento’ o la sanción y advertencias a aquellos que se llaman ‘penas’ o ‘castigos’ en el Derecho positivo, se descontextualiza y se interpreta como algo contrario a los derechos humanos o atentatorio de la integridad física de las personas” [CITATION Com15 \l 8202].

Las citas expuestas por los científicos demuestran claramente que hubo una correcta interpretación y aplicación de la justicia indígena. Sin embargo, a la luz de la sentencia, hay que sopesar sus impactos. Ciertamente los peritajes antropológicos permitieron comprender que no se habían violado derechos constitucionales por parte de la comunidad indígena, que tampoco hubo el delito de plagio, que el bien jurídico protegido vida se concibe desde una vida comunitaria mas no individual es decir el Ayllu es la esencia en la comunidad la vida del ayllu sobre pesa a lo individual. Sin embargo, no logró convencer a los jueces de que la Asamblea Comunitaria no resolvió sobre la protección de la vida como bien jurídico en sí mismo sino sobre los efectos sociales y culturales que la muerte provocó en la comunidad. Siendo así, los razonamientos expuestos por los peritos no fueron suficientes para hacer comprender a los juzgadores constitucionales la cosmovisión de la comunidad indígena, lo cual dio como resultado que la corte haya justificado la intervención de la justicia penal ordinaria y prohíba la intervención de las autoridades indígenas en estos tipos de delitos.

3.4.3.- La decisión de control constitucional y los límites que establece la Corte Constitucional a la justicia indígena en base al peritaje antropológico.

La constitución del 2008 reconoce la jurisdicción indígena, pero aquello no es absoluto según la visión occidental, por el cual; debe someterse a ciertos límites que son de carácter objetivo y subjetivo, por ello, desarrollare estas limitaciones para luego concretarme a los límites que impone la sentencia de la corte constitucional a la justicia indígena al sustanciar el caso la Cocha 2.

Limites objetivos territoriales.- La actual Constitución en su Art. 171 establece que la competencia jurisdiccional de las comunidades pueblos y nacionalidades indígenas deben ser ejercidas dentro de su ámbito territorial, ahora bien, a que ámbito territorial se refiere el mandato constitucional, de manera general se refiere a las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades, cuya especificación concreta constituye ese espacio territorial que se define como comunidad, cuyos elementos culturales y sociales son las que dan estas características para denominarse como tal. Al respecto Luis Avila Lizan señala que (...) “Para la cosmovisión indígena el territorio no es solamente la tierra, sino además el componente espiritual y cosmológico que le otorga una dimensión que en algunos casos no puede ser materializada”. De la misma forma el Convenio 169 de la OIT, en sus Arts. 15, 16 habla de los territorios lo cual comprende el habitat de las regiones donde los pueblos se encuentran ocupando.

Es verdad que en el mundo indígena la tierra no es solamente un objeto material sino que son espacios comunitarios constituidas bajo los elementos culturales, económicos, sociales y políticos. Y aquello, ya fue reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua de 31 de agosto de 2001 cuando señaló lo siguiente al referirse al concepto de propiedad en las comunidades indígenas: “La estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para

preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.”⁷⁸.

Desde este punto de vista y confrontando los conceptos expuestos, las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas poseen un espacio territorial en donde mantienen sus vínculos históricos, y, espirituales con sus tierras y territorios, a mas de ello están delimitados bajo el régimen comunal, hoy con el reconocimiento constitucional se amplía hacia los pueblos y nacionalidades en el caso ecuatoriano y es en este espacio donde desarrollan sus tradiciones y elementos culturales. Por lo tanto, cuando hablamos de los límites territoriales que establece la constitución se refiere a ese espacio social en el que una cultura vive transmitiendo sus conocimientos de generación en generación, y aplica su derecho consuetudinario, más allá de ello sería inconstitucional. Además, también se tiene que ver el límite que tienen las autoridades indígena que ejerce funciones jurisdiccionales lo cual está en estrecha relación con sus tradiciones ancestrales o derecho propio, pero en el caso ecuatoriano al existir 14 nacionalidades y 18 pueblos estos varían de acuerdo a cada cosmovisión que poseen cada pueblo o comunidad.

Límites subjetivos constitucionales y derechos humanos.- Los límites subjetivamente establecidos a la justicia indígena en el caso ecuatoriano son la constitucional y los derechos humanos. Aquello se encuentra establecido en el Art. 171 de la norma suprema al disponer que “Las autoridades indígenas 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”. De la misma forma el convenio 169 de la OIT, en su Art. 9 numeral 1 dispone que “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

⁷⁸ Corte Interamericana de derechos humanos, sentencia del caso la comunidad Mayagna(Sumo) AwasTingni vs. Nicaragua de 31 de agosto de 2001, pág. 149

Finalmente la declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, en su Art. 34 dispone que (...) “cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos”, establece como límites que las mismas sea aplicadas de conformidad con “las normas internacionales de derechos humanos”.

De las normas invocadas se evidencia que las limitaciones que impone a las actuaciones de las autoridades de la justicia indígena tiene relevancia en el respeto que debe primar a los derechos humanos al momento de juzgar y dictar sus resoluciones y es curioso cuando en el convenio 169 de la OIT señala que “solo cuando sea compatible con el sistema jurídico nacional y derecho humanos internacionalmente reconocidas, deberán respetarse aquellos métodos”⁷⁹ o sea; una condición sine qua non, excluyente que responde a la visión occidental desde la cultura mayoritaria. Es, entonces desde esta concepción excluyente donde surge la pugna entre la visión que defiende la diversidad étnica cultural con la concepción de la dignidad humana que defiende la teoría de los derechos humanos, y aquello impide o limita a que las autoridades indígenas resuelvan sus conflictos bajo sus principios y reglas que para la visión occidental y la justicia estatal no son válidas ni compatibles.

LIMITES A LA JUSTICIA INDÍGENA ESTABLECIDOS DESDE LA SENTENCIA DEL CASO LA COCHA 2.

Para el pueblo indígena limitar la justicia indígena presupone socavar toda una estructura ancestral que antecede incluso a la justicia ordinaria, lo cual ocasiona problemas en su funcionamiento y conculca el principio del carácter del estado plurinacional e intercultural, y el objetivo fundamental del peritaje antropológico en este caso fue evitar la vulneración de los derechos reconocidos en la constitución.

Sin embargo la Corte Constitucional como máximo órgano de control constitucional al referirse a la justicia milenaria aplicada en el Caso la Cocha 2 manifiesta “*No juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad,*

⁷⁹ *Ibíd*em

que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente. Por tanto, esta Corte constata que la justicia indígena, cuando conoce casos de muerte no resuelve respecto de la afectación al bien jurídico vida, como fin en sí mismo, sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad”. Para esta manifestación se ampara en el argumento del artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos donde se señala que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

La exposición del organismo de control constitucional tiene un carácter totalmente occidental fuera del contexto cultural que le permite justificar la imposición de las reglas que limitan la actuación de las autoridades indígenas al señalar que, la jurisdicción y competencia para conocer, resolver y sancionar los casos que atenten contra la vida de toda persona, es facultad exclusiva del 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.

Esta resolución disminuye en el avance de los derechos constitucionales por ser regresivo dentro de un estado Constitucional de derechos y justicia social, implica que los derechos de las minorías, por más reconocimientos constitucionales que tenga siempre sobrepondrá el poder estatal otorgando mayor hegemonía a la justicia penal ordinaria como sucede en el caso en estudio, con estos resultados se evidencia claramente que el trabajo pericial realizado para garantizar un nuevo conocimiento a la otra cultura y evitar la vulneración de los derechos de las minorías no habría servido de nada.

Otro de los límites que establece La Corte Constitucional en su sentencia es que “todo medio de comunicación público, privado o comunitario que para la difusión de casos de justicia indígena previamente se obtenga autorización de las autoridades indígenas concernidas y comunicar los hechos asegurando la veracidad y contextualización, reportando de manera integral los procesos de resolución de conflictos internos y no solo los actos de sanción, al tenor de los razonamientos

desarrollados en la parte motiva de esta sentencia. De igual forma se aplicará a los funcionarios públicos judiciales o no y particulares que deberán tomar en cuenta estos aspectos propios.

Contrario a esta resolución la práctica de la justicia indígena es pública, transparente, por cuanto nada debe ocultarse, se ejecuta en la plaza, en la pampa, en los lagos en las cascadas, en las montañas, y estos espacios no requieren de candados ni llaves por ser espacios comunitarios y públicos. Al contrario esta sentencia siendo más objetiva debió exigir que la información a difundir se enmarque dentro del principio de la interculturalidad, y de esta forma sean difundidas los hechos más relevantes de principio a fin. Es por ello que la justicia indígena es comunal, por el cual la autoridad es la comunidad organizada bajo los principios de la solidaridad; la reciprocidad, complementariedad, integralidad, relacionalidad, lo cual nos lleva al sentir y vivir colectivamente. Tal cual como se entiende, la corte constitucional desconoce ese sentir de la comunidad y está pensando desde la visión occidental y aun en la aplicación del derecho positivo o en la mezquindad para celosamente impedir el avance de nuevas formas de concebir el ejercicio de los derechos.

En este contexto me pregunto ¿qué paso con los informes periciales que, detalladamente, entregaron un trabajo científico que les permitía a los jueces constitucionales entender la cosmovisión del pueblo Panzaleo?, porque la argumentación de la sentencia no considera los informes de los peritos en forma relevante, tal vez por sus acertadas conclusiones, por poco entendimiento a sus informes o tal vez por cuestiones políticas, lo que sí está claro es que la Corte con criterios monista, etnocéntrica y monoculturales no considera que las autoridades indígenas sean jueces naturales con competencia y jerarquía constitucional, peor aún que sus procedimientos respetan el derecho al debido proceso por ajustarse la justicia indígena a prácticas ancestrales y de cosmovisión.

En definitiva existen contradicciones en derecho y en la fundamentación de la sentencia que hacen prever que fue resuelta con criterios relacionados al monismo jurídico, lo cual genera un retroceso para el derecho de las comunidades indígenas. Entonces queda claro que los derechos de los pueblos indígenas para el ejercicio de la autoridad consagrado en el Art. 57 numeral 10 solamente constituye letra muerta,

ahora bien, estos límites a la justicia indígena no tiene el carácter jurídico lo que se observa penosamente es un carácter político y constituye un retroceso en el avance de los derechos constitucionales, es más la limitación que impone la corte tampoco es claro, solamente se refiere a los delitos de muerte, y donde quedarían los otros delitos penales que sucedan dentro de la jurisdicción indígena, o se debe entender que esta limitación hace relación a todos los casos penales, situación que vuelve de exigencia para que el organismo de control constitucional aclare y decida que va pasar con la justicia indígena limitada.

Conclusiones

El punto central del presente trabajo investigativo es el control constitucional respecto a las decisiones de la justicia indígena por la Corte Constitucional, del cual como objetivo principal se planteó bajo qué parámetros la corte constitucional ejerce el control a las decisiones de la justicia indígena que se originan en el ámbito de sus costumbres y tradiciones. Luego del análisis y reflexiones que se realiza dentro del estado constitucional de derecho intercultural y plurinacional se concluye lo siguiente:

Como eje fundamental en el proceso de análisis considero el concepto de pluralismo jurídico, a fin de ir definiendo que el accionar de la justicia indígena, dentro del marco constitucional de derechos, es de igual jerarquía que la justicia ordinaria, con la diferencia de que el derecho consuetudinario se lo practica con sustento en las costumbres y tradiciones de cada pueblo, mientras que la justicia estatal es la que se ejecuta aquellos que se encuentra en códigos y leyes escritas.

La demanda de Acción Extraordinaria de Protección plateada por parte de los afectados fue desarrolla en base a la opinión de los expertos peritos quienes se dedicaron a responder las interrogantes plateadas por la misma Corte Constitucional, por el cual el peritaje antropológico, aunque presentaron insumos suficientes para entender una cultura determinada, la corte no garantizó automáticamente la concreción de la tutela judicial efectiva.

Evidentemente, el peritaje antropológico se circunscribe al estado de derecho establecido en la constitución, y su importancia radica en que ayuda al juez ordinario a comprender normas y procedimientos que incluso no están escritos, sino que tienen como plataforma la sabiduría ancestral transmitida oralmente. Lo cual la Corte no consideró por su composición alejada de la realidad intercultural.

En su criterio jurídico de la Corte señala que no existió un doble juzgamiento a los involucrados del caso de muerte en la comunidad la Cocha, lo que validó el quebrantamiento del non in bis ídem en materia penal relacionada con la justicia indígena, creando la subordinación de los sistemas jurídicos y limitando la materia

penal, en cuanto se atente contra la vida dentro de la justicia indígena, así como la competencia de sus autoridades. Demostrando que no solo en la justicia ordinaria existe el abuso de poder, lo lamentable es que se produce un retroceso en los derechos alcanzados por los pueblos indígenas y su violación de las garantías constitucionales.

Lo que causó la Corte Constitucional es la privación del acceso a la justicia indígena que por mandato constitucional está protegida como autónoma, restringiéndole la eficacia jurídica, en este exceso de la Corte la sentencia constituye una arbitrariedad por parte de este órgano de control, que por su inobservancia a las garantías constitucionales, al pluralismo jurídico e interculturalidad, limitó las competencias de la justicia indígena. En este sentido, vale arriesgarse a parafrasear la noción de soberanía limitada y alegar que las comunidades indígenas son autónomas en su justicia, pero es el Estado Ecuatoriano quien define qué materia es asunto indígena y qué materia no lo es. Vale también reclamar la existencia de una hegemonía cultural en el marco de la interculturalidad y plurinacionalidad que, tras el caso de la Cocha, queda trastocado y cuestionado por cuanto, si bien no hay un irrespeto a la cultura ancestral, si es legítimo apuntar una subordinación de la misma con respecto al del estado formal ecuatoriano.

El caso La Cocha, por lo tanto, crea un precedente no solo en la justicia ordinaria del Ecuador sino, y sobre todo, en la justicia indígena. Bien se ha hecho clara mención en este trabajo al Sumak Kawsay y la armonía que debe imperar entre los habitantes indígenas y entre éstos con la naturaleza. Si se alega que la justicia indígena tiene como objeto la reinserción a la comunidad y la correcta rehabilitación de la persona infractora, y que además el indigenismo comprende que cada miembro de la comunidad forma parte armónica de un todo, y que la comunidad indígena tiene sus necesidades e intereses intrínsecos, no parece muy cabal supeditarla a una jurisdicción ordinaria, solamente por una percepción occidentalizada de la justicia.

Bibliografía

- Andrade, Juan. (2008). "La Competencia de las Autoridades Indígenas Tradicionales en el Juzgamiento de Delitos Penales". Quito - Ecuador: Iuris Dictio. Pág.35.
- Ávila, Ramiro, El Neoconstitucionalismo Transformador, Quito, Ecuador: AbyaYala, Universidad Andina Simón Bolívar, 2011.
- Acosta, Alberto, Plurinacionalidad, Democracia en la Diversidad, Quito Ecuador, AbyaYala, 2009.
- Bobbio, Norberto, Teoría General Del Derecho, Bogotá, Colombia: Temis, 2ª Ed., 5ª Reimp., 2005, paginas 10 - 13). Correas, 1994/Citado por Acebedo, 2002. Pág.: 63.
- Compendio de sentencias y declaraciones constitucionales que declaran la constitucionalidad o inconstitucionalidad de normas infra constitucionales (Tribunal Constitucional Plurinacional 1999-2015).
- De Sousa Santos, Boaventura, Las paradojas de nuestro tiempo y la plurinacionalidad, en: Plurinacionalidad, democracia en la diversidad, Quito, Ecuador: AbyaYala, 2009.
- De Sousa Santos, Boaventura, Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad, en: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador, Quito, Ecuador: Fundación Rosa Luxemburgo/AbyaYala, 2012.
- Fernández, M. (2009). Práctica del derecho indígena originario en Bolivia. CONAMAQ. Santa Cruz, Bolivia. Pág. 85.
- Figuera, Sorily, Jurisdicción Especial Indígena en Latinoamérica. Una referencia específica al sistema jurídico colombiano, Barranquilla, Colombia: Universidad del Norte y Editorial Ibáñez, 2015.
- García Falconí, José. Qué es el debido proceso. Recuperado de <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoc onstitucional/2005/11/24/que-es-el-debido-proceso>.
- Gamboa, C. (2008). "Los Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas y la Comunidad Andina". Quito - Ecuador: Abya - Universidad Simón Bolívar. Pág. 90.
- Guevara, A. Verona, A; Vergara, R. (2015). *El peritaje Antropológico. Entre la Reflexión y la Práctica*. Lima: Centro de investigación y asesoría jurídica del departamento de Derecho.

- Kymlicka, Will: *Ciudadanía Multicultural, Una Teoría Liberal de los Derechos de las Minorías*. Traducción al castellano de Carmen Castell Auleda. Barcelona, Buenos Aires, México: Editorial Paidós. 1996.
- Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Constitucional. Art.66. Registro oficial No. 52 de 22 de octubre de 2009.
- Larrea Ana María. La Disputa de sentidos por el buen vivir como proceso contra hegemónico. *Socialismo y SumakKawsay. Nuevos retos de América Latina*. Pág. 22.
- López, F. (2010). "Legislación y Derecho Indígena en el Ecuador". Quito - Ecuador: Jurídicas Ecuador. Pág.89.
- Osorio, Manuel, Diccionario de ciencias jurídicas y políticas, Buenos, Aires, Argentina, Heleaste, 24va, 1997.
- Pérez Guartambel, Carlos. Libro de Justicia Indígena en el Ecuador.
- Pisarello, G. (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Madrid: Trotta.
- Poats, Susan, Una reflexión sobre la interculturalidad desde la Antropología. En: FLACSO Sede Ecuador, *Letras Verdes Revista del Programa de Estudios Socio ambientales*, No. 7, septiembre/2010. Págs. 7-11.
- Rosental, M.M, Diccionario Filosófico, Lima, Perú, Homo sapiens, 1970.
- Santos, J. (2009). "El debido Proceso Penal". Quito - Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. Pág.78.
- Sánchez, E. (2007). "Justicia y Pueblos Indígenas Ecuador". Quito – Ecuador. Pág.98.
- Sánchez, E. (2010). *El peritaje antropológico Justicia en clave cultural*. Bogotá: Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit.
- Sentencia , 113-14-SEP-CC Caso N° 0731-10-EP (Corte Costitucional del Ecuador 30 de 07 de 2014).
- Suárez, E. (2010). *Origen de las decisiones sobre las que cabe proponer acción extraordinaria de protección en el Ecuador*. Tesis de Licenciatura, Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Tibán, Lourdes. Derechos Colectivos de los Pueblos Indígenas del Ecuador Aplicabilidad Alcances y Limitaciones. Pág.79.
- TibánLourdes &Ilaquiche Raúl. Jurisdicción Indígena en la Constitución Política del Ecuador. Latacunga. Fundación Hanns Seidel. 2008. Pág.40.

Trujillo, Julio Cesar. Justicia Indígena y pluralismo jurídico en Derechos, costumbres y jurisdicción indígena en América Latina contemporánea. Madrid. Centro de estudios políticos y constitucionales. 2008. Pág. 268.

Trujillo, Julio César. Plurinacionalidad y Constitución, en Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito. Ed. Fundación Rosa Luxemburgo/ AbyaYala. 2012. Pág. 310.