



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA
“INDOAMÉRICA”**

DIRECCIÓN DE POSGRADO

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

**DERECHO A LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL DE LOS PUEBLOS
INDÍGENAS EN EL ECUADOR A PARTIR DEL ANÁLISIS DEL CASO
0731-10-EP, SENTENCIA 113-14-SEP-CC.**

Trabajo de titulación, modalidad estudio de caso, previo a la obtención del grado de Magister en Derecho, Mención en Derecho Constitucional

Autor

Wilson Zahirassad Quindigalle Ilaquiche

Tutor

Dr. Raúl Llasag Fernández

QUITO – ECUADOR

2020

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN
ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN**

Yo, Wilson Zahirassad Quindigalle Ilaquiche, declaro ser autor del análisis del caso denominado “DERECHO A LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ECUADOR A PARTIR DEL ANÁLISIS DEL CASO 0731-10-EP, SENTENCIA 113-14-SEP-CC”, como requisito para optar al título de Magister en Derecho, Mención Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

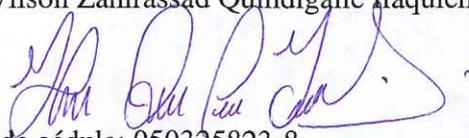
Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los derechos de autor, morales y patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito a los 15 días del mes de octubre de 2020, firmo conforme:

Autor: Wilson Zahirassad Quindigalle Ilaquiche

Firma:



Número de cédula: 050325823-8

Dirección: Pichincha, Quito, 12 de octubre y Nicolas Jiménez N 24-07

Correo electrónico: zahirassa@gmail.com

Teléfono: 0984464669

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de tutor del Trabajo de Titulación "DERECHO A LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ECUADOR A PARTIR DEL ANÁLISIS DEL CASO 0731-10-EP, SENTENCIA 113-14-SEP-CC", presentado por Wilson Zahirassad Quindigalle Ilaquiche, para optar por el Título de Magister en Derecho, Mención Derecho Constitucional.

CERTIFICO

Que dicho trabajo de titulación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, 15 de octubre de 2020



PhD. Raúl Llasag Fernández

C.I.: 0501538870

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de titulación como requerimiento previo a la obtención del Título de Magister en Derecho, Mención Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor

Quito, 15 de octubre de 2020

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Wilson Zahirassad Quindigalle Ilaquiche', written in a cursive style.

Wilson Zahirassad Quindigalle Ilaquiche

C.I.: 0503258238

DEDICATORIA

Una meta más que cumpla en mi vida profesional, lo dedico con mucho amor y cariño a mis padres: Juan y Zoila, a mis hermanas Melania y Belén, mi pequeño Zahir y a mis abuelitos, quienes con su esfuerzo y sacrificio hicieron posible este logro.

Son ustedes un ejemplo a seguir y sobre todo quienes me alientan para un mejor futuro.

AGRADECIMIENTO

Con gratitud y respeto presento el siguiente trabajo, que va especialmente dirigido a mis distinguidos maestros de la Universidad Indoamérica, quienes son forjadores de profesionales especializados en el área Constitucional, que en el mañana harán del Ecuador un Estado Plurinacional e Intercultural. A mis compañeros y amigos a quienes llevo con mucho cariño en mi corazón.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | |
|---|-----|
| CARÁTULA | i |
| AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN | ii |
| APROBACIÓN DEL TUTOR | iii |
| DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD | iv |
| DEDICATORIA | v |
| AGRADECIMIENTO | vi |
| ÍNDICE DE CONTENIDOS | vii |
| RESUMEN EJECUTIVO | ix |
| ABSTRACT | x |
| INTRODUCCIÓN | xi |
| CAPÍTULO I | 1 |
| EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A ADMINISTRAR JUSTICIA EN EL ECUADOR | 1 |
| 1.1. El pluralismo jurídico | 1 |
| 1.2. Definición de justicia indígena | 5 |
| 1.2.1. Elementos de la justicia indígena..... | 8 |
| 1.2.2. Fines de la justicia indígena | 10 |
| 1.3. Derecho de administrar justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas..... | 11 |
| 1.3.1. Autonomía jurisdiccional de los públicos y nacionalidades indígenas | 13 |
| 1.3.2. Autonomía legislativa de los pueblos y nacionalidades indígenas | 16 |
| 1.4. La justicia indígena en los instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico ecuatoriano..... | 18 |
| 1.4.1. Fuentes normativas internas | 19 |
| 1.4.2. Protección a través de fuentes normativas internacionales | 21 |

| | |
|---|-----------|
| CAPÍTULO II | 25 |
| JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR EN RELACIÓN AL DERECHO DE AUTONOMÍA JURISDICCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL ECUADOR..... | 25 |
| 2.1. La jurisprudencia vinculante y precedente jurisprudencial | 26 |
| 2.2. Hechos que generan el caso “La Cocha II” | 28 |
| 2.3. Procedimiento de juzgamiento dentro de la comunidad La Cocha: Caso “La Cocha II” | 29 |
| 2.4. Análisis e implicaciones legales de la sentencia Nro. 113-14-SEP-CC “La Cocha II”. 31 | |
| 2.4.1. Parte considerativa- <i>Obiterdictum</i> | 32 |
| 2.4.2. Ratio decidendi-Parte resolutive | 36 |
| 2.5. La sentencia de la Corte Constitucional limita del derecho a la justicia indígena | 38 |
| 2.6. Análisis de la teoría del garantismo constitucional aplicados en el caso | 39 |
| CONCLUSIONES..... | 42 |
| RECOMENDACIONES..... | 43 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 44 |

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDÓAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL

TEMA: DERECHO A LA AUTONOMÍA JURISDICCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN EL ECUADOR A PARTIR DEL ANÁLISIS DEL CASO 0731-10-EP, SENTENCIA 113-14-SEP-CC.

Autor

Wilson Zahirassad Quindigalle Ilaquiche

Tutor

Dr. Raúl Llasag Fernández

RESUMEN EJECUTIVO

En un estado constitucional como es el Ecuador, su norma fundamental y los instrumentos internacionales en temas de derechos humanos, reconoce derechos y brinda garantías que deberán respetarse por parte de todas las autoridades administrativas y judiciales, los cuales garanticen su pleno ejercicio sin menoscabo de ninguna naturaleza, la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a la justicia de los pueblos indígenas como un sistema legal, distinto al de la justicia ordinaria, dándole poderes jurisdiccionales para resolver los conflictos internos de sus pobladores; sin embargo, en el año 2014, la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 113-14-SEP-CC “La Cocha II”, estableció una restricción a la jurisdicción sustantiva de la justicia indígena, una vez establecido la competencia generó un precedente para la administración de justicia indígena, convirtiéndose en la primera decisión de la Corte relacionado con la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (A.E.P.J.I.), que fue resuelta bajo la figura de acción extraordinaria de protección (A.E.P.). En este contexto, este documento analiza la existencia de garantías constitucionales, pluralismo legal e interculturalidad dentro de la Corte Constitucional; para ello, se centra en el estudio de las garantías constitucionales de acuerdo con la Constitución como elemento fundamental; y, en el contenido teórico del pluralismo jurídico y la interculturalidad, se refleja la comprensión y existencia de diversos sistemas culturales legales.

Palabras claves: jurisdicción, derecho a la vida, justicia indígena, justicia ordinaria, pluriculturalidad jurídica.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDÓAMÉRICA
DIRECCIÓN DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO
CONSTITUCIONAL

THEME: RIGHT TO INDIGENOUS PEOPLES' JURISDICTIONAL AUTONOMY IN
ECUADOR BASED ON THE 0731-10-EP CASE ANALYSIS, JUDGMENT 113-14-
SEP-CC.

Autor

Wilson Zahirassad Quindigalle Ilaquiche

Tutor

Dr. Raúl Llasag Fernández

ABSTRACT

Ecuador as a constitutional State, its fundamental norm and international instruments on human rights issues recognize rights and provide guarantees that must be respected by all administrative and judicial authorities, which ensure their full exercise without prejudice of any kind, the Constitution of the Republic of Ecuador recognizes the justice of indigenous peoples as a legal system, different from the ordinary justice, giving it jurisdictional powers to resolve the internal conflicts of its inhabitants; however, in 2014, the Constitutional Court in Judgment No. 113-14-SEP-CC "La Cocha II", established a restriction on the substantive jurisdiction of indigenous justice, once jurisdiction had been established, it created a precedent for the administration of indigenous justice, becoming the first decision of the Court related to the extraordinary action of protection against decisions of the indigenous justice (A.E.P.J.I.), which was resolved under the figure of extraordinary action of protection (A.E.P.). In this context, this paper examines the existence of constitutional guarantees, legal pluralism and interculturality within the Constitutional Court; to this end, the study focuses on constitutional guarantees in accordance with the Constitution as a fundamental element, and on the theoretical content of legal pluralism and interculturality, the understanding and existence of several legal cultural systems is shown.

KEYWORDS: jurisdiction, right to life, indigenous justice, ordinary justice, legal multiculturalism.



Translated by: Mgs. Rocío Patiño F.

INTRODUCCIÓN

La justicia indígena, siempre, ha formado parte de la cultura e idiosincrasia de los pueblos indígenas, su reconocimiento constitucional fue a partir la adopción de la Constitución Política de 1998, la cual dio lugar a una lucha por la reivindicación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, así como la resistencia a la globalización de su cultura y derechos adquiridos. A partir de la legitimidad de este organismo regulador, las diferencias culturales se hicieron evidentes.

El pluralismo jurídico y la legitimidad de los derechos de los pueblos indígenas, fueron reconocidos conforme las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente, este advierte que, los pueblos indígenas tienen derecho a preservar sus costumbres, tradiciones, forma de gobierno y administración de justicia.

A partir de la Constitución de 2008, el Ecuador es un Estado Plurinacional e Intercultural, esto elementos brindan justicia, así como el respeto a los diversos pueblos indígenas, creando así la necesidad de tratos preferenciales a estos pueblos excluidos, de modo que asegura la participación de estos en las situaciones de desarrollo de la nación. Además, reconoce derechos como la potestad para administrar justicia, promover la armonía y respeto entre los integrantes de la comunidad, incentivar una vida honesta, valores y principios.

El respeto a la autonomía jurisdiccional de las autoridades de los pueblos indígenas, se revela como una victoria a la explotación y marginación de estos, los que a través de su justicia han revelado sus costumbres y tradiciones ancestrales y la capacidad para alcanzar la paz y prosperidad. Sin embargo, por ser un grupo minoritario en el Ecuador, varios de sus derechos colectivos reconocidos en la Constitución, como la potestad de administrar justicia en base su cosmovisión, han sido catalogados como salvajismo o linchamiento. Es por ello que se analizará un caso relevante de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana, que limita la

autonomía jurisdiccional de los pueblos indígenas, como es la sentencia No. 113-14-SEP-CC- caso La Cocha II.

Existen pocos trabajos de investigación que aborda la problemática que ha generado el establecimiento del Pluralismo Jurídico en el país, más aún en relación con la limitación del Derechos de Autonomía Jurisdiccional a los pueblos indígenas, por lo que es de trascendental importancia realizar un análisis al respecto, especialmente cuando de por medio existe jurisprudencia constitucional que trata de desarrollar sobre el tema.

Es importante analizar cómo las comunidades indígenas han venido luchando históricamente para que sus derechos colectivos y la potestad de administrar justicia, plasmada en la carta magna, sean interpretados interculturalmente y respetados de manera integral por los operadores de justicia.

En un estado constitucional como es el Ecuador, su norma fundamental y los instrumentos internacionales en temas de derechos humanos, reconoce derechos y brinda garantías que deberán respetarse por parte de todas las autoridades administrativas y judiciales, los cuales garanticen su pleno ejercicio sin menoscabo de ninguna naturaleza.

El análisis del presente caso, se compone de dos capítulos, el primero abarca sobre los instrumentos jurídicos que reconocen el derecho de los pueblos indígenas a administrar justicia; y, el segundo, versa sobre el análisis de la sentencia del caso Nro. 0731-10-EP, SENTENCIA 113-14-SEP-CC, denominada caso La Cocha II, de forma integral y de qué manera repercutirá la jurisprudencia constitucional en el ejercicio del derecho de autonomía jurisdiccional, dentro de las comunidades indígenas del Ecuador.

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS A ADMINISTRAR JUSTICIA EN EL ECUADOR.

Los pueblos y nacionalidades indígenas, han padecido algún tipo de discriminación, sea esta de índole social, económico, político, educativo o laboral; en la cual se basó su lucha para el reconocimiento de sus derechos, logrando plasmar en la Constitución ecuatoriana, derechos específicos para pueblos y nacionalidades indígenas, dentro de estos se reconoce la autonomía jurisdiccional y autonomía legislativa de la jurisdicción indígena, que en su aplicación no podrá vulnerar los derechos fundamentales garantizados en el texto constitucional reconocidos para todos los habitantes. El problema radica en la manera de interpretar a estos derechos, cuando la Constitución reconoce diferentes sistemas jurídicos con sus particularidades.

La constitucionalización de la jurisdicción indígena, cuestiona el monismo jurídico con el cual da lugar a la pluralidad de sistemas jurídicos, en tal virtud, se analiza el pluralismo jurídico para su posterior introducción al tema de la justicia indígena, así como a la autonomía legislativa, jurisdiccional y fuentes normativas internas y externas que facultan el ejercicio pleno de la justicia en mención.

1.1. El pluralismo jurídico

La Constitución Ecuatoriana, reconoce la jurisdicción de las autoridades indígenas, por lo cual, en su artículo 1, declara al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, intercultural y plurinacional; pero, desde

la sentencia No. 113-14-SEP-CC, correspondiente a la causa No. 0731-10-EP, la Corte Constitucional resalta el pluralismo jurídico al reconocer a la justicia indígena como parte constitutiva de esta, pero limita a la justicia indígena en su aplicación a ciertos casos.

El pluralismo jurídico no debe ser entendido como la existencia de la justicia ordinaria e indígena en el país, pues se refiere a la coexistencia de varios sistemas jurídicos o normativos dentro de un mismo espacio territorial, estén o no reconocidos legalmente dentro del Estado o ámbito espacial correspondiente. En el Ecuador existen comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades que mantienen sus propias formas de administrar justicia, por lo cual, no se puede unificar dentro de un solo sistema normativo, en este sentido, el presente análisis se centrará exclusivamente en la justicia indígena de manera particular.

En vista del reconocimiento constitucional de la potestad de administrar justicia por los pueblos indígenas, se regulariza a que la justicia ordinaria respete y coopere con la justicia indígena.

El Código Orgánico de la Función Judicial, en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos internacionales, en su artículo 7, señala “[...] las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley (...)”.¹

Asier Martínez, respecto al pluralismo jurídico sostiene lo siguiente:

“Vamos a entender el pluralismo jurídico (PJ) como un hecho fáctico, como aquella situación en la que dialogan y se entrecruzan dos sistemas jurídicos diferentes y autónomos, que coexisten en el mismo campo social, cada uno válido por sí mismo en el orden de la fundamentación, sin necesidad de que ninguno de ellos tenga que remitir al otro como fuente última de validez y

¹Código Orgánico de la Función Judicial (Ecuador, 2009).

legitimidad. Sólo desde esta premisa constitutiva puede entenderse el verdadero sentido de lo que es el PJ. Ello implica cuestionar, *a priori*, cualquier forma de supremacía en la manera de gestionar las relaciones entre normas estatales y sistemas normativos indígenas. [cursiva en el original].”²

A partir de la Constitución Política de 1998, se reconoce el pluralismo jurídico y se incluyen en el texto constitucional terminologías como plurinacional, intercultural, derechos colectivos, justicia indígena, entre otros; lo cual es lo opuesto al monismo jurídico, el cual hace referencia a la existencia de un solo sistema normativo reconocido por el estado ecuatoriano.

En el marco del pluralismo jurídico, “los pueblos indígenas buscan que el sistema estatal respete sus decisiones, pues analizan, interpretan y resuelven sus conflictos internos acorde a su cosmovisión de acuerdo a sus procedimientos y esto no se apega al sentir tradicional.”³ Las sanciones de la justicia ancestral impiden el implicado sea encarcelado, quienes cometen un acto sujeto a sanción, son purificados conforme a sus tradiciones.

La justicia indígena respeta los derechos humanos, por lo cual, la justicia ordinaria no puede catalogar un rito de purificación como violación de los derechos humanos (DDHH), ya que para los pueblos indígenas es considerado como sanación. Esto se puede verificar mediante las garantías jurisdiccionales que la acción de protección contra decisiones de las autoridades indígenas, en la cual se analiza la posible violación de los derechos humanos, mediante la interpretación intercultural y de acuerdo a la cosmovisión del pueblo indígena.

La validación y legitimación del pluralismo indígena, se plasma en los artículos 171 y 426 de la Constitución, los artículos 3, 8, y 9 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y, el artículo 343 del Código

²Asier Martínez, “Hacia una reconstrucción del pluralismo jurídico desde los Sistemas Normativos Indígenas” Revista de Derecho Constitucional (Ecuador, 2014), 58.

³María Sierra, Revista de Derecho Constitucional (Ecuador, 2014), 48-49.

Orgánico de la Función Judicial. Este reconocimiento busca que no se quebrante el principio de *non bis in ídem*.

Una vez que el la Constitución reconoce un sistema jurídico diferente, este debe ser respetado. Como previamente se indicó que la justicia indígena respeta los derechos humanos, independientemente de si está o no reglamentado y por escrito, por tanto, “se puede decir que el sistema ancestral es similar al *Commonlaw* cuando analiza caso por caso, donde en el sistema indígena no existe leyes escritas”,⁴ para resolver conflictos, pero basado en los principios, costumbres y respeto de los derechos de las personas. Se puede decir que la postura del pluralismo señalado, no significa únicamente el reconocimiento de costumbres de cada pueblo; sino también:

“La pluralidad jurídica es consecuencia de la explícita decisión de los pueblos para incidir en la posibilidad de lograr configurar un nuevo orden, capaz de respetar sistemas de derecho culturalmente diferentes del derecho positivo estatal y de disponer un espacio más autonómico para resolver los conflictos internos de cada pueblo. Este nuevo modelo de Estado plurinacional, que da lugar al reconocimiento de la pluralidad jurídica, no significa que cada quien haga lo que sea (...) sino bajo el respeto mutuo. Por ello cobra importancia la interculturalidad y el dialogo de interlegalidad, lo cual permitirá la retroalimentación mutua y la compatibilización de sistemas jurídicos.”⁵

Para la justicia indígena, “(...) los valores espirituales, morales y principios de la comunidad, son esenciales para subsistir y protegerla, cuando se suscitan conflictos que afectan la paz y la supervivencia de los integrantes de la misma”.⁶ Por lo que es importante revisar la diversidad cultural, ya que una sanción no necesariamente vulnera los derechos humanos. Se podría decir que el pluralismo jurídico, en general, implica compartir la diferencia jurídica dándole validez a los

⁴María Sierra, Revista de Derecho Constitucional (Ecuador, 2014), 17.

⁵Vid, Supra nota 78, 191.

⁶Daniela Flores, La justicia indígena y sus Conflictos con el Derecho Ordinario (Ecuador, 2011), 3.

distintos sistemas, sin que ninguno de ellos vulnere los derechos humanos consagrado en la Constitución.

Es importante destacar que, el haber plasmado en la norma fundamental la potestad para administrar justicia indígena, esta debe ser aplicada y respetada, de ahí que la interpretación de la ejecución de la justicia indígena debe partir de la comprensión del artículo 334 del Código Orgánico de la Función Judicial, que define la justicia intercultural señalando que todas las autoridades competentes deberán observar los siguientes principios: diversidad, igualdad, non bis in idem, pro jurisdicción indígena e interpretación intercultural.

Adicionalmente, se deberá considerar el artículo 345 de la norma legal *ut supra* el cual establece que, dentro de un proceso iniciado por la justicia indígena, las autoridades ordinarias deberán declinar su competencia.

Actualmente, se observa un pluralismo jurídico débil, dado que el Estado ecuatoriano tiene los elementos de control identificados para determinar cuáles son los temas competentes para la justicia indígena y cuáles no.

1.2. Definición de justicia indígena

Autores como Daniela Flores, define a la justicia indígena como:

“Al hablar de Justicia Indígena, o derecho indígena nos referimos a aquellas prácticas resultantes de las costumbres de cada comuna, comunidad, pueblo y nacionalidad indígena, a través de las cuales las autoridades legítimamente elegidas por sus miembros regulan diversos ámbitos de las actividades, relaciones sociales y todo tipo de conflicto que se desarrolla dentro de su comunidad”.⁷

⁷ Daniela Flores, La Justicia Indígena y sus conflictos con el Derecho Ordinario (Ecuador, 2011), 2.

Los pueblos indígenas a través de sus autoridades, ejecutan su justicia, la cual es una forma de resolver y solucionar conflictos con base a sus propias normas y procedimientos en cada comunidad, aplicando medidas de purificación con el fin de restablecer la paz. En cuanto a la justicia indígena, cabe indicar que, “ha nacido y existido con los pueblos (...)”,⁸ por lo que se desarrolla constantemente con la evolución cultural.

Por otro lado, Yaku Pérez, sostiene que “la justicia ancestral no es nueva y, por lo tanto, la reivindicación del movimiento indígena fue con la finalidad de lograr el reconocimiento, respeto y validez de la justicia, entre otros”⁹. Esto repercute en que la justicia indígena es propia de los pueblos y nacionalidades.

Asimismo, la definición de la justicia indígena apegado a la teoría de principios-valores, que desata un conjunto de “normas basadas en valores y principios culturales propios, con procedimientos y prácticas que regulan la vida social en la comunidad y el territorio”.¹⁰ De este modo, la justicia indígena se extralimita a la potestad jurisdiccional tradicional, ya que los procedimientos y principios que se deben seguir, fluyen a nivel general.

Al igual que la justicia ordinaria, la indígena se rige de acuerdo a los principios “Ama llakichina, Ama Shua, Ama llulla, Randy Randy, Ama killa”¹¹, Ama Mitsak y Ama munana.

a).- **Ama llakichina**, no agredir y no hacer daño. Dentro de la cosmovisión indígena siempre prevalece el sentido de convivencia en comunidad, donde el respeto al prójimo es primordial para una convivencia armónica, sin embargo, como en toda sociedad, existen personas que rompen las reglas y normas establecidas, mismas que ameritan sanciones.

⁸ Vid, Supra nota 12, 36.

⁹ Carlos Pérez, Justicia Indígena (Ecuador, 2010), 229.

¹⁰ Ana Soruco, Territorio Indígena y Gobernanza, Justicia Indígena, <http://www.territorioindigenaygobernanza.com/justiciaindigena.html>

¹¹ Raúl Llásag, Jurisdicción indígena especial y su respeto en la jurisdicción estatal (Ecuador, 2009), 80.

b).- **Ama Shua**, no robar. Establece que cada habitante de la comunidad (comunero) respete las cosas ajenas, no apropiarse de los objetos o productos que no le pertenecen, por ende, se inculca desde niños a respetar el bien ajeno.

c).- **Ama llulla**, no mentir. Son actos que no se toleran dentro de las comunidades, ya que alteran la convivencia armónica de sus miembros, en caso de suceder, es sancionada de acuerdo a sus costumbres.

e).- **Randy Randy**, solidaridad. Este es un principio esencial dentro de la comunidad, es el espíritu mismo de la existencia de la forma de convivencia comunitaria que se inculca a todos los miembros, a ser solidarios con lo que menos tienen, saber ayudar al que cae en desgracia o Llaki.

g).- **Ama killa**, no ser ocioso. Se encuentra plasmado en la constitución además de ser un deber ancestral, bajo este principio, los pueblos indígenas fomentan el trabajo en lo familiar y comunitario, a través de la conocida “minka” y, el “maquita mañachik”.

d).- **Ama Mitsak**, no ser avaro. Los miembros de las comunidades no deben buscar la acumulación de riquezas, tener más dinero y bienes, sino, tener lo suficiente y saber compartir con los que menos tienen. Ejemplo, cuando una persona realiza la cosecha de papas, comparte mediante la denominada modalidad “papausa”.

f).- **Ama munana**, no codiciar. Dentro de las comunidades indígenas, prevalece aún la propiedad comunitaria de las tierras, por ende, no puede aspirar acaparar una persona todo, bajo este principio, cada miembro de la comunidad tiene lo necesario en tierras para su supervivencia.

Por lo anterior, la justicia indígena tiene como objeto mantener la paz y la armonía dentro de sus pueblos o comunidades, por esto sus principios tratan de cumplir con estos objetivos, los cuales son básicos para su convivencia, que al momento de ser violentados por uno de sus miembros quienes tienen conocimiento de los mismos, se consideraría que produce un desequilibrio en la comunidad y una manera de restablecer esta armonía, es mediante la aplicación de una sanción.

Se debe recordar que cada comunidad tiene su propia forma de administrar justicia y resolver sus conflictos internos, por tanto, existe diferencia entre una comunidad y otra al aplicar justicia.

Esto permite comprender que existe un reconocimiento legal de los poderes jurisdiccionales de los pueblos indígenas, aunque no hay duda de que en la práctica existen restricciones en su capacidad legal escrita, lo que constituye una violación de derechos de los pueblos indígenas.

La validez de la justicia indígena se sustenta en la normativa constitucional y en los instrumentos internacionales de DDHH. Adicional, debe aclararse que el derecho colectivo y la interculturalidad son elementos que promueven el respeto a la justicia, aunque en muchos casos y en el caso particular de la decisión de la Corte Constitucional en el caso La Cocha II, su enfoque está distorsionado.

En definitiva, podemos señalar que la justicia indígena es un sistema ancestral-consuetudinario, que busca la paz y la convivencia armónica en la comunidad, la solución de los conflictos internos de forma inmediata mediante resoluciones orales, imparciales de la autoridad indígena, a fin de lograr un equilibrio entre el llakichik y los afectados.

1.2.1. Elementos de la justicia indígena

Los elementos de la justicia indígena son considerados los siguientes:

1. La autoridad
2. La jurisdicción autóctona y,
3. La armonía social.

Además de garantizar la vigencia de la jurisdicción, realzan la institucionalidad ancestral haciendo reconocido por lo cual no se la puede minimizar en ningún sentido ni por ninguna autoridad.

Las autoridades indígenas o cabildo, se conforma por el presidente, vicepresidente, secretario, tesorero y síndico, son elegidas por votación en asamblea

general en cada comunidad, luego del proceso de selección, todos los miembros de la comunidad participan con ritos y ceremonias especiales, puesto que es la comunidad la que le da el reconocimiento a sus autoridades, estos serán los encargados de guiar, mantener el orden, bienestar, paz social en la comunidad, por lo que, no necesariamente deberá ser reconocido por un funcionario público el proceso de selección y posesión de sus dirigentes de cada una de las comunidades.

La jurisdicción indígena, no tiene normas o leyes escritas. Cada comunidad o pueblo tiene el derecho propio referente a sus tradiciones, lo cual no significa que no haya equidad en los procesos o una solución satisfactoria por los involucrados en todos los aspectos.

Asimismo, según la constitucional y los instrumentos internacionales “la jurisdicción indígena se constituye en una función pública”,¹² que merece respeto al tener una autonomía institucional, por lo cual, las funciones estatales respetarán las resoluciones de las comunidades indígenas.

La Constitución ni otros instrumentos legales no limita el juzgamiento, lo cual permite la actuación de la justicia indígena que en varios campos y en todos donde estos intervengan, siempre prevalece los DDHH, sus costumbres y tradiciones, por tanto, tratar de restringir la aplicación de la justicia indígena para ciertos casos, repercute en la vulneración de derechos de estos pueblos.

Por otro lado, la Corte Constitucional emitió sentencias que instan el respeto de lo plasmado en la Constitución, esto visto desde las perspectivas individuales, se presta a interpretar como una limitación y defensa a la vez de la justicia indígena.

Debe recordarse que el poder se centra no solo en una persona, sino en diferentes los cuales buscan soluciones mediante distintos hábitos, la experiencia y

¹² Raúl Ilaquiche, Administración de Justicia Indígena en la Ciudad: Estudio de un Caso”. Yachaykuna Saberes. No 1 (Ecuador, 2001), 108.

conocimientos adquiridos, la intervención de las mujeres y la existencia de distintos criterios, los cuales usa justicia indígena a fin de encontrar soluciones.

La armonía social, es una forma de convivir en el marco de respeto entre los miembros de la comunidad que, mediante aplicación de normas de comportamiento y convivencia social, basadas en las costumbres heredadas, la convivencia armónica permite hacer efectivo el Allikawsay dentro de las comunidades. Los gobiernos deben garantizar el derecho a la vida en ambientes sanos, además un desarrollo sustentable en cada uno de sus territorios.

1.2.2. Fines de la justicia indígena

Los objetivos perseguidos por esta justicia son diferentes, pues cada pueblo y nacionalidad define sus objetivos de manera independiente; sin embargo, tiene varios objetivos en común.

El primero, es preservar la práctica tradicional ante demoras o malentendidos con respecto a la realidad cultural. La justicia indígena resuelve de inmediato cualquier conflicto, no hay artilugios en la autoridad indígenas porque las audiencias en cada caso son abiertas con respeto y análisis de los criterios de los diferentes miembros de la comunidad.

El segundo, es querer involucrar a los niños (kipawiñaykuna), en otras palabras, a través de principios y resoluciones públicas en las que los niños también están presentes, difunden lo que implica la justicia heredada, se puede decir que enseñan con la ayuda de sugerencias para que de algún modo eviten cometer errores. Esto la única forma de transmitir y apoyar la ideología de la población indígena, así como sus tradiciones.

Por último, su objetivo principal es proteger los valores legítimos de la comunidad, que son el respeto a las normas de convivencia social pacífica, la armonía comunitaria, restablecimiento de la paz y el equilibrio. El trabajo dentro de la comunidad es uno de los pilares fundamentales que permite conseguir la satisfacción de las necesidades, como la minka.

En cualquier conflicto, se trata de corregir el comportamiento inapropiado del infractor, para evitar dañar a la víctima y por tanto a la comunidad. A través de multas y sanciones, la justicia indígena busca compensar el daño y restaurar el estado anterior en que se encontraban las cosas o las personas; por ejemplo, en un caso de robo, se realiza un ritual de limpieza al infractor para que ya no cometa al mismo error y además está obligado a devolver el objeto o el valor del mismo. Desde la perspectiva de los pueblos indígenas, una sentencia de prisión se considera innecesaria, ya que no corrige el actuar de la víctima por lo cual no está efectivamente rehabilitada.

1.3. Derecho de administrar justicia de los pueblos y nacionalidades indígenas

A partir de la Constitución Política de 1998, y con la aprobación en referéndum de la Constitución en el 2008 por el pueblo ecuatoriano, se reconoce el derecho a las comunidades, comunas, pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador a conservar y desarrollar su derecho propio, así como a administración justicia mediante sus instituciones ancestrales, conforme indica el artículo 57 numeral 10 de la Constitución Ecuatoriana “[...] crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales (...)”. El límite son los derechos humanos, además, en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador, se establece “[...] garantizará que las decisiones de la justicia indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades (...)”, asimismo, las relaciones de la jurisdicción indígena y ordinaria serán de “coordinación y cooperación” y no de subordinación.

Como todas las decisiones estatales y judiciales, están sujetas al control constitucional y a garantizar los derechos; la jurisdicción indígena no es la excepción y está sujeta a control de constitucionalidad a través de las acciones extraordinarias de protección contra decisiones de la jurisdicción indígena. En estos casos, la Corte Constitucional está obligada a realizar una interpretación intercultural de los derechos, es decir, a partir de las prácticas de cada comunidad, pueblo o nacionalidad.

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en sus artículos 65 y 66, recogieron expresamente la figura de la acción extraordinaria de protección contra las decisiones de la justicia indígena. Esta acción se presenta en la Corte Constitucional que, a partir del conocimiento de la decisión tomada por la comunidad, tendrá veinte (20) días. Para resolver estos casos, la Corte deberá observar los principios de “interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debido proceso y oralidad”; además, la Corte se ayudará de criterios técnicos que le ayudará con el análisis intercultural de los hechos y normativas aplicadas de acuerdo a la cosmovisión de cada pueblo indígena.

La decisión tomada por la Corte Constitucional, dejó un precedente negativo para el desarrollo de un “Estado Plurinacional e Intercultural y el respeto a los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador”. En este contexto, con la sentencia de La Cocha II, la Corte Constitucional decidió que, “en un caso de homicidio, la comunidad únicamente protege los efectos sociales y culturales del acto de la comunidad, en cambio, el proceso penal tutelaría el derecho a la vida de la persona fallecida”.

Con lo expuesto en el párrafo inmediato anterior se puede indicar que, se limita a la jurisdicción indígena, por lo que ya no podrá resolver conflictos o casos internos.

La Corte Constitucional aplicó la privación de libertad como única solución por las acciones contra la vida, con el cual se observa claramente que prevalece la visión occidental sobre las tradiciones del pueblo Panzaleo de Zumbahua, esto con el argumento simple de que la justicia indígena solo protege los efectos sociales y culturales de la comunidad.

Con lo antes expuesto, prácticamente en un futuro no muy lejano, se podría pensar en la exclusión de las infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) u otras normas que rigen la justicia ordinaria. Esto repercutiría en una modificación anti progresiva de la Constitución ya que la interpretación de la Corte es inconstitucional y viola los derechos alcanzados por los pueblos indígenas.

También es importante señalar que en contra de las decisiones tomadas por la justicia indígena también se puede interponer la acción extraordinaria de protección, pero las violaciones alegadas al momento de resolver deben ser entendidas bajo los principios de interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía, debidos proceso y oralidad.

1.3.1. Autonomía jurisdiccional de los públicos y nacionalidades indígenas

La justicia indígena ha formado parte de la estructura social de los pueblos indígenas por cientos de años, siendo anterior al descubrimiento y conquista europea del Continente Americano, revelándose como la más genuina manifestación de cultura, espiritualidad, valores, tradición y sabiduría ancestral de los pueblos autóctonos de la región.

El reconocimiento constitucional de la existencia de diversas nacionalidades, pueblos y comunidades indígenas en el Ecuador, indica la existencia de muchas formas de justicia indígena; en consecuencia, en la jurisdicción indígena se aplica las tradiciones de los pueblos y nacionalidades.

En ningún caso la justicia indígena deberá ser considerada como vulnerable o que sus juicios tengan menor relevancia, ya que mediante esto los pueblos indígenas, de alguna manera buscan brindar una solución a los conflictos y que las partes estén de acuerdo.

Las autoridades de los pueblos indígenas, cuando administran justicia lo realizan a partir del reconocimiento constitucional, el cual manifiesta “las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales”. Considerando también que, la potestad jurisdiccional dentro de las comunidades, se mantiene desde años atrás, conforme a sus principios y cosmovisiones, donde las sanciones aplicadas al infractor están dirigidas al reconocimiento y enmienda del error.

En el contexto de la jurisdicción indígena, se ha determinado pasos a seguir para la solución de conflictos y el juzgamiento del infractor que incumple las normas de la comunidad, las cuales podemos mencionar:

1. Willachina.- dar aviso del hecho
2. Tapuykuna.- inicio de la investigación
3. Chimbapurana.- interrogatorio
4. Killpichirina.- determinar sanciones
5. Paktachina.- efectivizar la sanción

El proceso de juzgamiento cumple con ciertas medidas que ayudan a que la administración de justicia indígena no vulnere las garantías del debido proceso; es decir, el derecho a la defensa y la presunción de inocencia.

Las actuaciones dentro del proceso de juzgamiento en las comunidades, queda registrado en un acta suscrita, la cual contiene el relato sucinto de los hechos, la metodología empleada, las sanciones y compromisos adquiridos. Esta es archivada con el fin de servir de modelo para las futuras causas similares, además de la constancia de lo actuado y de acuerdo con el principio “*non bis in ídem*” el sancionado no podrá ser objeto de un nuevo proceso.

La jurisdicción indígena se aplica y se trasmite de generación en generación y se mantienen hasta la actualidad, por el cual, la decisión de la Corte Constitucional que limita la potestad jurisdiccional de administrar justicia, violenta los derechos de los pueblos indígenas. Esta decisión puede interpretarse como un intento de destruir los derechos colectivos reconocidos en norma fundamental del Estado y los instrumentos internacionales, por lo tanto, se podría decir que, en las decisiones de la Corte Constitucional, hay dos aspectos, por un lado, limita la justicia de los pueblos indígenas y el otro, busca proteger los derechos colectivos de los pueblos indígenas y la potestad de administrar justicia en determinados casos, excepto en los delitos contra la vida.

La jurisdicción debe ser entendida acorde a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 167 manifiesta lo siguiente “la

potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución”, la norma fundamental establece que otros órganos y funciones administren justicia, aquí es donde se articula a la justicia indígena que es ejercida por las autoridades indígenas, con participación y decisión de los miembros de cada comunidad, descartando que su ejercicio sea arbitraria.

En este contexto, las “normas o procedimientos propios”, “costumbres o derecho consuetudinario”, que rigen dentro del derecho indígena, no es emanada por el estado, sino que es creado internamente en cada pueblo indígena de acuerdo a su cosmovisión con el fin de mantener la armonía, basado en el respeto de sus valores y principios para una convivencia pacífica.

“es un derecho es creado y recreado por la comunidad indígena de acuerdo con las nuevas condiciones de la convivencia interna o de las nuevas circunstancias externas en que la comunidad se desenvuelve. Es un derecho dinámico, en permanente actualización, no una pieza de museo, que las normas son perpetuadas, reformadas o sustituidas por otras normas acorde con lo que su propia experiencia o por los ejemplos vistos, saben que es oportuno y conveniente para mantener la paz entre sus miembros o para la supervivencia de la colectividad; es un derecho que se nutre de sus propias raíces, pero también de los aportes que recibe de fuera”.¹³

Finalmente, la jurisdicción de los pueblos indígenas, se entiende como la capacidad de resolver conflictos internos, conforme a sus normas y procedimiento preestablecidos que rigen dentro de cada comunidad, para mantener la paz y armonía.

¹³ José García Falconí, La Justicia Indígena (Ecuador, 2015) <https://derechoecuador.com/la-justicia-indigena-principios-rectores>

1.3.2. Autonomía legislativa de los pueblos y nacionalidades indígenas

La autonomía legislativa debe ser concebido como un régimen especial de carácter político, jurídico, administrativo y financiero, que basado en la libre determinación faculte a los pueblos y nacionalidades el ejercicio de su propio sistema jurídico, eligiendo a sus propias autoridades, acorde a su cultura, sin que esto repercuta en el aislamiento del sistema estatal o la actuación alejada de la justicia ordinaria. La autonomía no debe entenderse como un separatismo entre el Estado y los Pueblos y Nacionalidades Indígenas.

Desde el positivismo jurídico, no existe otro derecho que el emanado por el Estado y que debe ser aplicado para todas las personas. De no haberse plasmado en la Constitución la potestad de administrar la justicia indígena, esta se convertiría en un acto prohibido por la norma legal, que terminaría atentado a la institucionalidad jurídica.

El reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, no significa que los demás derechos fundamentales no se ejerzan, ya que estos derechos son esenciales para los pueblos, sus integrantes gozarán de todos los derechos fundamentales y de carácter individual que la Constitución les reconoce y garantiza.

Los derechos colectivos de los pueblos indígenas gozan de las mismas características que los derechos fundamentales individuales, lo que no niega que, desde el enfoque de la ciudadanía, del pluralismo legal y de las ciencias políticas y ambientales, tengan características propias y particularidades.

El artículo 57 numeral 10 de la Constitución de la República del Ecuador, determina que “se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: 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. (...). Además, en el mismo artículo, se garantiza los siguientes derechos: a “Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. (...)” y, a “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral. (...)”, esto implica que poseen autonomía legislativa a más de la autonomía jurisdiccional.

La autonomía legislativa se encuentra plasmado en la Carta Magna, esto ha generado una ardua resistencia por parte de la institucionalidad del Estado, que trata de mantener un solo sistema jurídico, tratando de imponer una institucionalidad con visión de occidente, generando un retroceso de los derechos alcanzados, por el cual cae en la violación de los derechos, desconociendo que a partir de la constitución del 2008, vivimos en un Estado plurinacional e intercultural, la misma que implica que la creación de normas con enfoque intercultural y convivencia armónica entre varias cultura.

La autonomía legislativa reconocida para los pueblos y nacionalidades indígenas del Ecuador, permite hasta un cierto punto la de autogobernarse y tiene como base el gobierno propio y la autonomía para cumplir sus funciones en el territorio y la identidad cultural. La autonomía legislativa implica “a) Libertad para crear normas que cada una de las colectividades requieran para el desenvolvimiento de la vida en su integralidad, b) la libertad para derogar las normas que a criterio de la colectividad ya no son aplicables, c) la libertad para adecuar su normas a las necesidades de cada momento histórico, social y político que viven las colectividades, d) la libertad para determinar los procedimientos y los órganos para la creación, derogación y actualización de sus normas; y, e) la libertad para aplicar y practicar esas normas propias en cada una de las colectividades”.¹⁴

¹⁴ Llásag Fernández, REVISTA PALABRA, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, (Ecuador, 2019), 57.

La autonomía legislativa está ligada con la democratización del Estado, es una forma de ejercer el derecho a la libertad, que es un derecho humano, mediante el cual los pueblos indígenas tengan la capacidad para sancionar con sus propias leyes con base a sus costumbres y tradiciones, es clave para ejercer el poder y autoridad, es una manera de actuar dentro de la nación como sujeto político independiente.

Si la autonomía legislativa es entendida como la potestad de crear, suprimir y regular normas de convivencia armónica de la sociedad, debe ser respetada y acatada por la institucionalidad del Estado y todos los ciudadanos, sin excepciones, es ahí cuando surge el problema con las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas y los operadores de la justicia indígena, porque el Código Orgánico de la Función Judicial, trata de desconstitucionalizar el verdadero sentido de la Justicia Indígena, al haber introducido en la referida norma, lo siguiente “tener en cuenta” en lugar de “garantizar y cumplir”¹⁵ las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas en ejercicio de la potestad jurisdiccional.

La autonomía es un derecho que tiene una comunidad, pueblo o nacionalidad, para autodefinirse y consolidar su propia forma de organización social, que permita tener su propio gobierno, gestionar recursos propios, administrar sus territorios y recursos, en donde se desarrollan sus particulares condiciones de vida.

1.4. La justicia indígena en los instrumentos internacionales y el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

La vestimenta, el lenguaje, la distancia geográfica, vivencias diferentes, legislaciones inapropiadas o excluyentes, sistema judicial inaccesible y normas legales incoherente a sus realidades; son factores que han determinado que los pueblos indígenas se aparten del sistema judicial estatal, generando confianza en sus propias normas de convivencia, respaldándose en las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Declaración de

¹⁵Ibíd.

Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y, Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos.

1.4.1. Fuentes normativas internas

La Constitución de la República del Ecuador es una norma de nivel superior frente a las demás leyes, en esta se otorga el poder de administrar justicia a los pueblos y nacionalidades indígenas con base a su propio derecho o un derecho consuetudinario, el cual se fundamenta en sus tradiciones y costumbres ancestrales, por lo tanto, la justicia indígena al ser reconocida legalmente pasa a ser otro medio de solución de conflictos para los pueblos y comunidades indígenas.

El artículo 171 de la Constitución ecuatoriana, faculta a las autoridades indígenas a administrar justicia “con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial”, y en concordancia con el artículo 57, numerales 9 y 10 ibidem, se reconoce varios derechos colectivos para las comunidades y pueblos indígenas que existen en el país, como son: “conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral; y, 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”.

De los artículos de la norma fundamental citados, claramente podemos determinar el reconocimiento del pluralismo jurídico. Como ya se mencionó, les faculta a las autoridades indígenas a que puedan conocer, investigar, resolver y ejecutar los casos dentro de sus territorios, pudiendo resolverlo en base a su derecho propio o derecho consuetudinario. Es importante recalcar también que la Constitución establece ciertos límites que deben ser tomados en cuenta al momento de aplicar la justicia indígena, siendo los Derechos Humanos, los parámetros que deben ser respetados por las autoridades indígenas.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 343, establece la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas de poder administrar justicia, norma que guarda concordancia con el artículo 171 de la Constitución que garantizan la administración de la justicia indígena reconociendo la diferencia cultural de los pueblos y comunidades, así como la protección de sus derechos colectivos. El artículo 344 de dicho código, hace mención a los principios de la justicia intercultural que deben ser aplicados por los operadores de la justicia ordinaria, mismos que se detallan a continuación:

1. Diversidad
2. Igualdad
3. Non bis in idem
4. Pro jurisdicción indígena
5. Interpretación intercultural.

La diversidad.- Este principio se refiere a que dentro de un proceso judicial que involucre a una persona o pueblo indígena, los operadores de justicia deberán garantizar la diversidad cultural basándose en el derecho propio, las costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas.

Con relación al principio de la igualdad.- Para garantizar la comprensión de los efectos jurídicos que conlleva un proceso instaurado contra las personas y pueblos indígenas, deben contar con un traductor del idioma en el que se sustancia el procedimiento, peritos antropólogos y especialistas en derecho indígena que permita a los operadores de justicia tener una noción clara de los hechos y emitir pronunciamientos acorde con la cosmovisión de la cultura indígena, este principio guarda relación con lo establecido en el artículo 76, numeral 7, literal f, de la Constitución, el cual señala que "ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no se comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento", que es una garantía básica para toda persona a contar con peritos traductores del idioma de sustanciación de un proceso.

Sobre el principio del non bis in idem.- El código es claro al regular esta situación y evitar una interpretación equivocada, ya que se considera como cosa juzgada sobre las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas, por lo tanto, no puede estar sujeta a ser sometida a la justicia ordinaria nuevamente por los mismos hechos, también se debe tener en cuenta que como una garantía básica del debido proceso la Constitución, en su artículo 76, numeral 7, literal i, indica que: "nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto".

En lo que respecta al principio de pro jurisdicción indígena.- Esta se encuentra relacionado con el principio de protección consagrado en el numeral 5, artículo 76 de la Constitución, el cual manifiesta "en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora". En conexidad con lo estipulado en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio 169 de la OIT, en el cual se indica que, al momento de establecer sanciones, estas deben ser alternativas a la privación de libertad o encarcelamiento y, de acuerdo al grado de rigurosidad de la sanción, previamente se debe consensuar mediante la coordinación y cooperación, entre la justicia indígena y la justicia ordinaria.

Por último, la interpretación cultural.- Este principio plantea que en el ámbito de la justicia ordinaria realice una comprensión del hecho desde la óptica de la cosmovisión indígena y no con un enfoque del derecho positivo que rige dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, de esta manera se lograría la descriminalización de la justicia indígena.

1.4.2. Protección a través de fuentes normativas internacionales

Dentro del ámbito internacional, se puede observar que existió la necesidad del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas a nivel mundial, razón por el cuál y con el objetivo de proteger a estos pueblos que han sido excluidos, se

crean estos tratados internacionales, buscando proteger y conservar su diversidad cultural. Dentro de los tratados instrumentos internacionales, se tiene:

La Organización Internacional del Trabajo a través del Convenio 169, referente a los Pueblos Indígenas y Tribales, que fue ratificado por el Ecuador el 14 abril de 1998, el cual reconoce los derechos colectivos y la participación de las comunidades indígenas y tribales, este establece un ámbito de protección y reconocimiento de las comunidades, pueblos y nacionalidades, permitiéndoles aplicar sus costumbres y tradiciones ancestrales para la solución de sus conflictos.

Además, se encuentra en plena vigencia y reconoce importantes derechos y obligaciones a favor de los pueblos indígenas respecto de las oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, como a la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, respetando sus identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones, o el deber de los gobiernos en el sentido de consultar a los pueblos interesados mediante procedimientos y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

El convenio en su artículo 8, numeral 2, reconoce el derecho de los pueblos indígenas a conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que estas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional y los derechos humanos. También acepta el respeto a los procedimientos propios a los que recurren tradicionalmente las comunidades indígenas para la solución de sus conflictos.

Además, establece que, para la imposición de sanciones, deberán tener en cuenta las características económicas, sociales y culturales de los pueblos indígenas y que deberán darse preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento.

También contempla el derecho de los pueblos indígenas respecto a las tierras que hayan venido siendo ancestralmente ocupadas por ellos; así como, a la

utilización preferente de los recursos naturales que existieren en dichos territorios, y a la consulta previa en los procedimientos de explotación y extracción de recurso existentes dentro de sus territorios por parte de las entidades estatales. En cuanto a la salud, recomienda que deben organizarse en la medida de lo posible a nivel comunitario.

La Parte VIII de la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos, adoptada en julio de 2002, se remite a las normas del Convenio 169 de la OIT, pero se enfatiza en la interculturalidad, así como en los derechos de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes.

La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tiene el carácter de internacional en el ámbito de los países que conforman la Organización de Estados Americanos (OEA), el artículo XVI, lleva como título el Derecho Indígena, en los numerales 1, 2 y 3, se establece que el derecho indígena debe ser reconocido como parte del ordenamiento jurídico interno de los Estados; además, señala que es un derecho de los pueblos indígenas el mantener y reforzar sus sistemas jurídicos y aplicarlos en los asuntos internos dentro de las comunidades para la resolución de conflictos, prevención del crimen y el mantenimiento de la paz y armonía. Finalmente establece que, en la jurisdicción de cada Estado en asuntos que involucre a personas indígenas o intereses de estos, deben garantizar la representación con dignidad e igualdad frente a la ley que implica la observancia del derecho y costumbre indígenas y el uso de su propia lengua.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, es otro instrumento internacional aprobada por la Asamblea General el 13 de septiembre de 2007, el cual reconoce y garantiza el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas, reconociendo sus diferentes costumbres y tradiciones, determinando además la participación de estos pueblos y nacionalidades dentro del Estado.

La Declaración antes mencionada, en los artículos 34 y 35, enfatiza el derecho de los pueblos indígenas de preservar y fortalecer sus propias instituciones, culturas y tradiciones y de trabajar por su desarrollo de acuerdo a sus aspiraciones y necesidades.

CAPÍTULO II

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR EN RELACIÓN AL DERECHO DE AUTONOMÍA JURISDICCIONAL DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DEL ECUADOR.

La Corte Constitucional, en la parte considerativa de la sentencia Nro. 113-14-SEP-CC, resalta argumentos a favor del reconocimiento de la autonomía jurisdiccional de los pueblos y nacionalidades indígenas, valiéndose de la interpretación intercultural desarrolla sobre la noción de autoridad o asamblea general, procedimientos y normativa propia basada en derecho consuetudinario y, el bien jurídico tutelado o armonía comunitaria.

La Corte Constitucional adicionó reglas de aplicación en los casos de delitos contra la vida, donde los presuntos involucrados pertenezcan a comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas o incluso si los hechos ocurren dentro de sus territorios, sea la jurisdicción ordinaria la competente para conocer, resolver y sancionar el acto punible.

Se debe tomar mucha atención en la interpretación constitucional de los derechos colectivos a fin de no vaciar su contenido, al contrario, tener elementos normativos que permitan fortalecer el mismo para de esta manera enfatizar el alcance de tales derechos y, que su cumplimiento o exigencias se cumplan de forma cabal por parte del Estado, el cual debe garantizar la puesta en marcha del principio de progresividad y no regresividad en los fallos judiciales que emita, ya que las mismas se convierten de cumplimiento obligatorio.

2.1. La jurisprudencia vinculante y precedente jurisprudencial

Una norma interpretativa goza de un valor jerárquico, cuando es emitida por un órgano encargado para hacerlo, a través de un control concreto o abstracto, misma que debe ser idéntico a la norma dilucidada, basado en el “principio del paralelismo de las formas jurídicas”,¹⁶ posteriormente el texto de la norma interpretativa se incorpora al ordenamiento jurídico, pasando a formar parte del contenido de la norma interpretada.

Bajo este contexto, en el país la Corte Constitucional es la máxima instancia de interpretación de la Constitución conforme se establece en su artículo 436 numerales 1 y 6, así como de generar jurisprudencia vinculante; además, al amparo de la cláusula abierta, contemplada en el numeral 7, del artículo 11 *ut supra*, en materia de derechos y garantías, esta puede incorporar normas al bloque de constitucionalidad y desarrollar los contenidos de los derechos plasmados en la carta magna, además incorporar nuevos derechos, de la misma jerarquía normativa y garantía,

El haber reconocido el precedente jurisprudencial, como norma positiva de carácter general y abstracto, es por la concepción que tenemos de la Constitución como norma más jurídica que propia ley, con algunas particularidades. En contraposición a lo manifestado tenemos a Schmitt, el cual señala que “la Constitución no es sino un conjunto de enunciados declarativos y programáticos”,¹⁷ la carta magna advierte que su contenido es “vinculante por medio del principio de aplicación directa”, conforme lo señala el artículo 426 de la Constitución, relacionándose con la supremacía puesto que ella “prevalece sobre cualquier otra norma del ordenamiento jurídico”.

“La facultad de reconocer nuevos derechos, identificar derechos implícitos profundizar en el contenido esencial de los ya consagrados, basada en un ejercicio

¹⁶Javier Pérez, Marcial Pons, Curso de Derecho Constitucional, (España, 2018), 171-187.

¹⁷Eduardo García, La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional (España, 1985), 157-174.

inferencial, permite ir creando microsistemas normativos a partir de un precedente jurisprudencial”¹⁸, la Corte Constitucional, a través de su jurisprudencia, puede reconocer un nuevo derecho, propiciando de esta manera el desarrollo del ordenamiento jurídico interno, misma que deben regularse en el contexto del derecho reconocido por el órgano correspondiente para el efecto, que deben contar con garantías normativas, políticas y jurisdiccionales a fin de lograr ejercicio pleno.

La Corte Constitucional, luego de reconocer un nuevo derecho, en la parte resolutive, tiene la potestad de establecer el tiempo prudencial, para que la Asamblea Nacional emane la norma que regule su ejercicio. En caso de incumplimiento, por ser un mandato incorporado por la Corte a la carta magna, se puede exigir su cumplimiento mediante la acción de inconstitucionalidad por omisión, además la Corte Constitucional se reserva la facultad de controlar su cumplimiento y aplicar sanciones de ser necesario.

El antecedente jurisprudencial, establece directrices concernientes a todos los elementos del sistema normativo interno; por ende, la jurisprudencia debe ser clara, precisa y didáctica, a fin de que su cumplimiento sea fácilmente aplicable. En el país con la aprobación de la Constitución del 2008, la Corte en materia de derechos humanos es competente para generar jurisprudencia acorde a las exigencias de la sociedad, que requiere el reconocimiento e incorporación de nuevos derechos al marco constitucional y legal, que debe ser garantizado dentro del estado constitucional, ya que ciertos derechos conforme a la evolución y desarrollo de la sociedad ciertos derechos quedan en obsolescencia, no obstante, puede ser un mecanismo para que ciertos actores de la sociedad, a través de la Corte, busquen la institucionalización de ciertos derechos acorde a sus conveniencias de forma arbitraria.

La Corte Constitucional, en el caso subexamine, cumpliendo con lo establecido en el artículo 62, numeral 8, de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y

¹⁸ Riccardo Guastini, Comentarios a la ponencia de Manuel Atienza ‘Derechos implícitos’ (Ecuador, 2009).

Control Constitucional (LOGJCC), asumió el conocimiento del caso Nro. 0731-10-EP, que dio origen a la sentencia Nro. 113-14-SEP-CC “La Cocha II”, una vez establecido la competencia generó un precedente para la administración de justicia indígena, convirtiéndose en la primera decisión de la Corte relacionado con la acción extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena (A.E.P.J.I.), que fue resuelta bajo la figura de acción extraordinaria de protección (A.E.P.)

2.2. Hechos que generan el caso “La Cocha II”

El acontecimiento objeto de análisis, previo a la garantía jurisdiccional, se suscitó en la Provincia de Cotopaxi, cantón Pujilí, Parroquia Zumbahua, en la comunidad La Cocha, perteneciente a la Unión de Organizaciones Campesinas e Indígenas de Zumbahua (UNOCIZ) que es una organización de segundo grado dentro del proceso organizativo, el domingo 09 de mayo de 2010, al festejo matrimonial a donde concurren un sin número de personas de distintas comunidades, acudió Marco Antonio Olivo Pallo, de 21 años de edad, oriundo de La Cocha, quien aproximadamente a las 20h00, habría tenido un altercado con cinco jóvenes de la comuna Guantopolo, mismos que con engaños lo habrían sacado de la fiesta , llevándolo hasta la plaza central de Zumbahua, procediendo a agredirlo, donde uno de ellos lo estrangula, terminando con el deceso de Marco Olivo, fue colgado con su propio cinturón en la plaza. Posteriormente un familiar Alex Cunuhuay, junto con otras personas lo encuentran y proceden a trasladarlo al Hospital Claudio Benatti de Zumbahua, al cual arribaron demasiado tarde pues ya había fallecido.

El caso La Cocha II, se da inicio el día 10 de mayo de 2010, en base a la denuncia “willachik” presentada a las autoridades de la comunidad La Cocha, por los familiares del fallecido, quien fue asesinado por un grupo de jóvenes pertenecientes a la comunidad de Guantopolo.

La denominación del presente caso como “La Cocha II” es porque en el año 2002, las autoridades indígenas de la comunidad La Cocha, cumpliendo con el

mandato constitucional, por primera vez administraron justicia indígena, por el asesinato del señor Manuel Latacunga, por lo que, un fiscal de la Provincia de Cotopaxi, habría dado inicio a un proceso penal en contra de las autoridades indígenas que resolvieron previamente aquel asesinato, sin embargo, el doctor Carlos Poveda, en calidad de Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi, de aquella época, declaró nulo el proceso de la jurisdicción ordinaria, en cumplimiento y aplicación del texto constitucional, al reconocer la validez de las actuaciones de las autoridades de la comunidad, en el proceso de juzgamiento y sanción de los responsables del hecho.

El hecho se denuncia ante las autoridades de la comunidad La Cocha, porque la víctima y los familiares son oriundos de esa comunidad y, el presidente de dicha comunidad es la persona a la cual se debe recurrir cuando se suscita un conflicto, quien una vez que conoce del hecho se encarga de coordinar con las autoridades de otras comunidades a donde pertenecen los involucrados. Esta autoridad tiene competencia para conocer y resolver el conflicto con la participación de todos los miembros de las comunidades en asamblea general.

Las autoridades de la Comunidad La Cocha, en conjunto con las autoridades de otras comunidades y familiares de las partes involucradas, en asamblea general previa investigación, determinaron la responsabilidad de los siguientes: Wilson Ramiro Chaluisa Umajinga, Iván Candelejo Quishpe, Flavio Candelejo Quishpe, Kléber Fernando Chaluisa Umajinga y Manuel Orlando Quishpe Ante, quienes eran los involucrados y juzgó a las cuatro personas en calidad de cómplices el 16 de mayo de 2010, al autor el día 23 de mayo del mismo año, conforme se detalla en el acta Nro. 24 suscrita por las autoridades de la comunidad.

2.3. Procedimiento de juzgamiento dentro de la comunidad La Cocha: Caso “La Cocha II”

Después del incidente ocurrido el 09 de mayo de 2010, la familia de la víctima informó y solicitó a las autoridades de La Cocha que investigaran lo sucedido, por lo cual dichas autoridades conocieron, investigaron, resolvieron y ejecutaron la

resolución, siguiendo el procedimiento propio previamente establecido dentro de la comunidad, esto inició con la fase llamada Willachina o Willana (denuncia o aviso) en el procedimiento indígena señalado en el capítulo anterior.

La siguiente fase del procedimiento se denomina tapuykuna o tapuna (proceso de investigación), la cual se llevó a cabo en presencia de los familiares de las partes, miembros de la comunidad, así como en presencia de la policía judicial. Durante la investigación los presuntos autores aceptaron los hechos imputados, por lo que las autoridades de las comunidades convocaron a la Asamblea General, después de hacer varias preguntas y dar consejos a los involucrados, resolvieron el caso respetando así su jurisdicción y demostrando total imparcialidad en sus acciones.

La siguiente fase es el Chimbapurana, es decir, la confrontación. En esta fase las familias involucradas aclararon los hechos dado que los involucrados rindieron sus versiones.

La siguiente fase es la Kichpichirina (imponer una sanción). Se decidió que cuatro jóvenes actuaron como cómplices y uno como autor. Se aplicaron sanciones físicas y económicas a todos; los cuatro implicados fueron castigados con exclusión de la comunidad y, para el autor material se determinó la obligación de trabajo social.

Así, se llegó a la última fase que es la Paktachina (ejecución de la sanción), esta fase tuvo lugar en público, con la participación de todos los miembros de la comunidad La Cocha y dirigentes de otras comunidades, previo a un juicio justo y la tutela efectiva que se establecen en los artículos 75 y 76 de la Constitución, se aplicó la Justicia Indígena.

Según el acta Nro. 24 de 16 de mayo de 2010, desprendida de la Asamblea General de La Cocha, se impusieron las siguientes sanciones: compensación con cinco mil (USD 5000) dólares americanos a favor de la Organización UNOSIN, prohibición de entrada de las cinco personas involucradas en festivales sociales en Zumbahua por un período de dos años, expulsión de dos años de la comunidad,

rehabilitación por sus seres allegados, baños con ortiga durante 30 minutos acompañados de azotes y las disculpas públicas.

En Asamblea General que se realizó en la comunidad de La Cocha, la cual se reinstaló el 23 de mayo de 2010, y resolvió el tema respecto al autor del hecho, se impuso un castigo físico: baños en agua fría y ortigasos durante 40 minutos, con las manos atadas a palos caminar en la plaza pública, pagar una indemnización de mil setecientos cincuenta dólares americanos (USD 1750), disculpas con familiares de las víctimas y la Asamblea General, realizar servicio comunitario durante cinco (5) años. Los encargados de realizar el seguimiento del cumplimiento de las sanciones, son las autoridades de la comunidad.

El procedimiento llevado a cabo por los pueblos indígenas, respetó el debido proceso, los derechos humanos y se realizó con base a los procedimientos previamente establecidos que rigen dentro de la comunidad, sin embargo, la decisión adoptada, ha sido catalogada como una barbarie y amenaza los derechos humanos.

2.4. Análisis e implicaciones legales de la sentencia Nro. 113-14-SEP-CC “La Cocha II”.

Se examinará la sentencia emitida en el caso denominado La Cocha II, sobre la base de dos puntos principales. En el primer punto se revisará la parte considerativa de la sentencia mientras que el segundo punto, se referirá a la decisión operativa sobre las relaciones entre las partes de la medida de protección extraordinaria La Cocha II. De esta manera, la consistencia entre los méritos del caso y el juicio para determinar si existen condiciones que ayuden o no a la justicia indígena.

2.4.1. Parte considerativa-*Obiterdictum*

La parte considerativa “el obiterdictum, [...] tiene un carácter no vinculante y sí eminentemente persuasivo”,¹⁹ hacer referencia a aquellos argumentos de la sentencia que corroboran la decisión principal, pero no tiene poder vinculante, es importante para una interpretación generalizada porque los derechos constitucionales se reflejan en la decisión.

Una parte importante de la decisión refleja el trabajo realizado por los jueces para evitar violar los derechos consagrados en la Constitución; por ello la Corte en aplicación de los “principios de economía procesal, precisión y celeridad”, resuelve agrupar las pretensiones del accionante, mediante la resolución de cuestiones esenciales que responde a la totalidad de las alegaciones planteadas por los recurrentes, esto es:

a).- Indagación a cerca de la habilitación constitucional y convencional de la autoridad indígena para conocer y resolver el caso

b).- Examinar la constitucionalidad y convencionalidad del proceso y las decisiones adoptadas dilucidando los elementos que configuran la naturaleza obligatoria de la justicia indígenas para los miembros de la comunidad; y,

c).- Examinar la legitimidad de las actuaciones de las instituciones y autoridades públicas.

Dentro del análisis, la Corte identifica los problemas legales, del caso “La Cocha II”, siendo los siguientes:

“¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia Nro. SU 1219, punto 7.2 (Colombia, 2001).
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7123#>

constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?

¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?”

Estas dos interrogantes fueron claves dentro del análisis de la Corte, pero no lograron dar una solución clara al problema principal. En aras de la claridad se detallan los términos examinados por la Corte. Uno de ellos es la conceptualización de la interculturalidad, el cual dice:

Más que una categoría relacionada con el Estado, está vinculada directamente con la sociedad, en la medida en que la interculturalidad no apunta al reconocimiento de grupos étnicos-culturales, sino a las relaciones y articulaciones entre estos pueblos heterogéneos y con otros grupos sociales y entidades que coexisten en la nación cívica.

El reducir la interculturalidad únicamente a las relaciones sociales, es una visión sesgada de la interculturalidad. Porque precisamente desde la institucionalidad del Estado y concretamente desde la justicia ordinaria y la Corte Constitucional, se subordina a la justicia indígena y limita la competencia, cuando la Constitución no lo hace.

De manera similar, como dice Raúl Llasag, la Corte confunde el concepto de plurinacionalidad con la multiculturalidad, estas dos reconocen las diversidades culturales, pero sin poner en cuestionamiento el sistema colonial y capitalista. En cambio, la plurinacionalidad parte del cuestionamiento del sistema colonial y capitalista, por ello, el fin es eliminar los sistemas de subordinación.²⁰

Otro concepto importante para este tema en análisis, es el pluralismo jurídico, pero la Corte simplemente se refirió diciendo que obliga a la Corte a analizar el

²⁰ Raúl Llasag, “Cuando el derecho sirve para eliminar derechos: Sentencia de la Corte Constitucional, caso La Cocha”, en Dirección Nacional de Comunidades, Pueblos y Pueblos Indígenas de la Defensoría Pública del Ecuador (Ecuador, 2020), 31-32.

presente caso en el contexto del pluralismo jurídico determinado por la Constitución. El texto expuesto, respecto a la autonomía, únicamente analiza los poderes de las autoridades indígenas y su competencia para proceder a juzgar y sancionar el caso, pero no realiza un análisis a profundidad sobre la autonomía y las consecuencias.

Al referir a las autoridades de los pueblos indígenas y sus competencias, la Corte comenzó analizando los poderes de las autoridades locales, y en la sentencia indicó:

[...] se evidencia que la instancia que conoce y resuelve los conflictos internos de las comunidades del pueblo Kichwa Panzaleo, en materia de justicia indígena, es la Asamblea Comunal; que el proceso de investigación y juzgamiento se inicia a pedido directo de los afectados que lo realizan a las personas de la comunidad.

En esta sección, la Corte asimiló a las autoridades de la jurisdicción indígena y ordinaria sobre la base de un modelo de justicia estatal, lo cual es engañoso porque querían definir una figura de autoridad indígena diferente de la realidad de los pueblos indígenas. Asimismo, limitó la función de las autoridades indígenas conflictos internos de acuerdo con el contenido textual de la propuesta. La resolución del caso denominado “La Cocha II” a criterio de la Corte no es catalogado como un conflicto interno, lo que conlleva a desconocer a la autoridad indígena y sus decisiones, reconocido y garantizado en la norma constitucional.

Con respecto a las decisiones adoptadas por las autoridades indígenas y sobre la constitucionalidad del proceso, en cuanto al procedimiento utilizado para resolver conflictos en la comunidad La Cocha, la Corte argumentó de manera general en el juzgamiento y sanción cumplen varios procedimientos al indicar que cualquier conflicto que ocurre, termina con el perdón de la comunidad, reconociendo la validez del procedimiento adoptado por las autoridades indígenas.

Del mismo modo, el bien jurídico tutelado, en este caso la vida, es otro componente que debe considerarse como principal de una propuesta que se analiza comparando la forma en que los dos sistemas lo protegen, al respecto, la Corte declara:

“lo que conocen y deciden en relación a la muerte de Marco Antonio Olivo, no es en estricto sentido, el grado de participación [de] los involucrados en el hecho de la muerte; lo que los comuneros investidos de autoridad jurisdiccional indagan, es el grado de afectación que la actuación de los involucrados provoca al colectivo comunitario”.

Si bien la Corte señala que el artículo 171 de la Constitución, reconoce la jurisdicción y competencia a las autoridades indígenas para resolver conflictos, señala que no resolvió respecto del bien jurídico protegido, como lo es la vida, y que la Asamblea General de La Cocha, cuando conocieron el caso lo hicieron “en función de los efectos sociales y culturales que esa muerte provocó en la comunidad”, sin tomar en cuenta que las Autoridades Indígenas administran justicia con base a sus costumbres y tradiciones ancestrales para la solución de conflictos.

El bien jurídico protegido en la justicia indígena es un equilibrio armonioso entre todos los que viven dentro de la comunidad, por ende, las acciones contrarias a las costumbres de la comunidad se ponen inmediatamente en conocimiento de las autoridades indígenas, por lo que previamente se analiza de acuerdo con las normas y procedimientos establecido en la comunidad.

Esta Corte encuentra y así lo declara, la justicia indígena del pueblo kichwa Panzaleo 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 los sanciona en tanto genera un conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad.

Lo expuesto indica que hay una limitación de la justicia indígena y no solo eso, sino que también limita la competencia. Además, la Corte para limitar la

jurisdicción penal sustantiva debido al hecho de que no protege en bien jurídico tutelado como la vida, confirmó su decisión entre dos comillas, que se indican a continuación:

[...] la vida como bien jurídico protegido por la Constitución y por ende por el Estado de derechos y justicia, es un punto de arranque *prius lógico* y ontológico para la existencia y especificación de todos los demás derechos constitucionalmente reconocidos, por lo que constituye la máxima obligación del Estado proteger y sancionar todo acto que atente contra la vida. Es otras palabras, es en el Estado donde recae la obligación de perseguir, investigar, juzgar, sancionar y tomar medidas para la erradicación de las conductas contra este derecho humano.

El derecho a la vida forma parte de *ius cogens*, consagrado como un valor y un bien trascendental para la comunidad nacional e internacional. Frente a esta categorización de la vida como parte de los *ius cogens* se debe entender que se vuelve necesaria la activación de todos los medios y mecanismos nacionales e internacionales para su efectiva protección, incluyendo la obligación de todos los Estados de perseguir de modo efectivo toda conducta que atente contra este derecho y conseguir la sanción a sus autores, siempre con el fin de evitar la impunidad y prevenir y erradicar conductas contrarias al derecho a la vida. Por consiguiente, la vida, revestida de un alto valor para el Orden de los Estados, acarrea obligaciones *erga omnes* de protección frente a toda situación, y en todo el territorio nacional.

El ejercicio de la facultad jurisdiccional de las autoridades indígenas ha generado un debate en distintos medios de comunicación y la reacción de la sociedad, e indican que lo sucedido en la cocha es considerado como un retroceso a la civilización

2.4.2. Ratio decidendi-Parte resolutive

La parte resolutive es importante dentro del análisis del presente caso, para lo cual se puede citar lo establecido por la Corte Constitucional Colombiana “La *ratio*

decidendi, por el contrario, al ser base necesaria de la decisión, resulta ser de obligatoria aplicación por los jueces, en otras situaciones similares”.²¹

La decisión de la Corte Ecuatoriana, no refleja la interculturalidad y el pluralismo jurídico mencionando lo siguiente:

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.

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

La decisión descrita anteriormente que es una regla obligatoria para casos posteriores, viola las garantías constitucionales, la interculturalidad y el pluralismo jurídico, ya que la relación que se define a continuación vincula a los jueces. En consecuencia, esta decisión constitucional constituye una amenaza para el ejercicio pleno de los derechos constitucionales reconocidos para los pueblos indígenas, que en lugar de garantizar y proteger los derechos colectivos (protegidos por

²¹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. SU 1219, en el punto 7.2 (Colombia, 2001) <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7123#>

resoluciones indígenas), el cuerpo de revisión constitucional cede espacio para el pluralismo legal débil.

El pluralismo jurídico y la interculturalidad como objetivos estatales siguen siendo solo palabras, es decir, lo que se rige por la Corte Constitucional conduce a la abolición de los resultados normativos obtenidos por la indígena, lo que también condujo a una violación de la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el problema no es el positivismo sino la ausencia de un verdadero pluralismo jurídico.

2.5. La sentencia de la Corte Constitucional limita del derecho a la justicia indígena

En la sentencia Nro. 113-14-SEP-CC “La Cocha II”, la Corte Constitucional no respetó la Constitución ecuatoriana, ni los tratados y convenios internacionales que reconocen la existencia de varios sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado, por el contrario, estableció una serie de limitaciones inconstitucionales respecto de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, desconociendo que la igual que todos los ecuatorianos tienen dignidad y no están subordinados a otras instituciones estatales; administran justicia con sus autoridades propias, ejerciendo su derecho propio dentro de sus territorios, están investidos de potestad jurisdiccional para sancionar a sus miembros; además protegen y garantizan el derecho a la vida, dentro de sus dominios.

En consecuencia, la Corte Constitucional, en su sentencia debió reconocer que, los pueblos indígenas tienen sus propias autoridades jurisdiccionales, encargados de aplicar su propio derecho, con competencia para conocer y resolver los conflictos dentro de sus territorios y por ende la jurisdicción ordinaria era incompetente para aplicar el derecho penal vigente en el país sobre los hechos ya determinadas por las autoridades de los pueblos indígenas.

Si bien la Corte Constitucional es el máximo organismo de interpretación en materia constitucional, no es una sentencia adecuada, ni apegada al derecho y

transformación de las sociedad, se debe tomar en cuenta que vivimos en un estado plurinacional e intercultural, conforme reza el artículo 1, de la Constitución del Ecuador, la sentencia limita la potestad jurisdiccional indígena reconocida en el artículo 171, ibidem, solo deja en evidencia que la Corte trata de que la Justicia Ordinaria esté por encima de la Justicia Indígena, al no reconocer el pluralismo jurídico que vivimos.

Con esa sentencia la Corte limita el derecho de los pueblos indígenas en lugar de priorizar el respeto y armonía entre los dos sistemas jurídicos dentro de un mismo Estado.

En términos prácticos, según la sentencia de la Corte en análisis, la afectación al bien jurídico protegido que es “la vida dentro del territorio de un pueblo indígena, incluso entre los miembros del pueblo indígena, no podrá ser resuelta por la jurisdicción indígena”, correspondiendo a la jurisdicción ordinaria o estatal conocer el caso, por tanto, la autoridad indígena no tendría competencia.

2.6. Análisis de la teoría del garantismo constitucional aplicados en el caso

Previo a realizar el análisis del caso, debemos indicar lo que es la teoría del garantismo, según Luigi Ferrajoli “[...] garantismo (...) es dirigido a asegurar las técnicas de garantía idóneas para tener a su vez el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos”²². Con el cual se establece que existen distintas formas de hacer cumplir la Constitución, por tanto, es importante la interpretación de los jueces, por ser los encargados de garantizar los derechos constitucionales a las personas.

El garantismo reconoce, tutela y persigue fines de acuerdo con el espíritu de la norma fundamental. Al respecto Marina Gascón afirma que:

²²Luigi Ferrajoli, El garantismo y la filosofía del derecho Garantismo y Estado de Derecho (Colombia, 2000), 177.

“Garantizar significa afianzar, asegurar, proteger, defender, tutelar algo, y cuando en la cultura jurídica se habla de garantismo ese algo que se tutela son derechos o bienes individuales. Podría decirse, pues, como primera aproximación, que un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos y (sobre todo) por parte del poder estatal; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas”.²³

Los derechos plasmados en la Constitución deben ser tratados en igual nivel y jerarquía. Cabe indicar que, al interpretar la Constitución, no es factible realizar una ponderación de un derecho por encima de otro, es decir, los derechos colectivos y el derecho a la vida son dos derechos humanos fundamentales garantizados en la norma constitucional.

La decisión adoptada por la Corte Constitucional demuestra un retroceso a los avances logrados en la justicia indígena, no se ha respetado la norma fundamental ni a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Los conceptos doctrinarios respecto a la justicia indígena, fueron minimizados por el ente de control constitucional ya que no realizó estudios teóricos sobre el tema de justicia indígena, demostrando que los órganos estatales, carecen de imparcialidad que se requiere, dentro del sistema de pluralismo jurídico. Además, la Corte no resolvió el caso basado en una interpretación de lo que implica la interculturalidad, pluralismo jurídico y garantismo, su análisis se sustenta en la teoría del derecho penal.

Los jueces de garantías jurisdiccionales, deben emanar sus decisiones en base al garantismo constitucional ya que la constitución de Montecristi del año 2008, fue elaborado apegado al garantismo, para mayor claridad del término, se indica “la imperatividad y efectividad del orden constitucional frente a todo acto de fuerza

²³Marina Gascón, La teoría general del garantismo Rasgos principales (Madrid: Editorial Trotta S.A., 2005), 21.

que intenta interrumpir su vigencia y la consagración expresa del derecho de resistencia de la ciudadanía contra quienes atenten en su contra”.²⁴

En el caso en análisis, la Corte Constitucional, en su interpretación constitucional indiscutiblemente toma una postura restrictiva, no garantiza la noción de diversidad cultural y pluralismo jurídico, dentro de la sentencia no existe criterios interpretativos que esté acorde a los elementos del Estado Constitucional, se puede decir que la Corte mantiene la visión occidental, al señalar decisión de las autoridades indígenas no protegen el derecho a la vida, con el cual minimiza el enfoque que tiene la justicia indígena sobre la vida acorde a su cosmovisión ancestral.

El garantismo también da paso al principio de legalidad, lo que significa que no se pueden limitar los derechos preestablecidos en la norma. La Corte, pese a contar con argumentos de expertos en temas relacionados con la justicia indígena, hace una interpretación restrictiva, basado solo en el bien jurídico tutelado, en su resolución no establece de manera concordante con la idea de interculturalidad y pluralismo jurídico que trató de desarrollar.

Según la teoría garantista la cual indica que la Constitución limita al poder del Estado, que en su actuaciones, no puede ir en contra de la norma fundamental, en el caso en análisis la Corte no se basó en el artículo 1 de la Constitución de la República; numerales 3, 4, 5, 7 y 8 del artículo 11, *ibidem*; y, artículo 57 numerales 9 y 10, *ut supra*, el artículo 171 de la Constitución, ya que no fue analizado en su integralidad, evidenciando un retroceso en materia de justicia indígena, y una clara vulneración de los derechos establecidos en la norma constitucional en su artículo 11, numeral 8, y finalmente no existe una seguridad jurídica con respecto a los derechos de los pueblos indígenas ya que se incumple lo consagrado en el artículo 82, norma constitucional *ut supra*.

La aplicación del garantismo, en la sentencia Nro. 113-14-SEP-CC “La Cocha II”, no se ve reflejada, se convierte en algo inalcanzable, ya que los jueces

²⁴Beliza Coro, Argumentos jurídicos ¿Por qué la justicia indígena está sometida al control constitucional, acción extraordinaria de protección, en la legislación ecuatoriana? (Quito, 2012), 75.

en su interpretación en lugar de desarrollar la esencia del contenido la Constitución, solamente homogeniza su espíritu, en la sentencia *ut supra*, bajo el fundamento de tutelar el derecho a la vida, limito la potestad jurisdiccional de las autoridades indígenas, que de acuerdo la norma fundamental no deberían existir subordinación entre las jurisdicciones reconocidos en la Constitución.

CONCLUSIONES

La justicia indígena es practicada históricamente, así como su cultura, esto ha permitido que se mantenga, se desarrolle y fortalezca la identidad, tradición, y sus costumbres, por ello, la consolidación de un Estado Plurinacional e Intercultural.

La Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de los pueblos indígenas a gobernarse a sí mismos, a crear sus propias normas y a designar a sus autoridades. En esa medida, es importante iniciar un proceso de intercambio de experiencias entre las autoridades indígenas, los magistrados, la policía, los fiscales, alcaldes, comisionados y todas las personas que participan en la aplicación del derecho consuetudinario o formal.

El pluralismo jurídico constitucionalmente reconocido, ofrece igualdad formal e igualdad legal sustancial de los sistemas jurídicos indígena y ordinario.

La decisión de la Corte Constitucional demuestra la extralimitación del órgano constitucional en el caso analizado, ya que la acción extraordinaria de protección, tiene como objetivo analizar si existió vulneración de derechos y no establecer los límites de jurisdicción, en este sentido la decisión es arbitraria del máximo órgano de control constitucional.

La sentencia de la Corte Constitucional deja a la justicia indígena en una posición de subordinación y desfavorecida frente a otros derechos plasmados en la Constitución. El fundamento de la Corte radica en que la tutela del derecho a la vida

y su defensa es exclusiva del Estado, realizando una correlación equivocada de dos sistemas jurídicos distintos.

Se han observado inconformidades entre las garantías constitucionales, interculturalidad y pluralismo jurídico; en consecuencia, la limitación de jurisdicción a las autoridades de los pueblos indígenas por parte de la Corte es inconstitucional y no tiene valor legal, de acuerdo a la Constitución de la República, en su artículo 424.

RECOMENDACIONES

La administración de justicia indígena es reconocida por la Constitución, dentro del contexto de pluralismo jurídico, goza de autonomía legislativa y jurisdiccional, que sugiero sea observado por la institucionalidad del Estado. Las resoluciones de la justicia indígena no deben ser revisada o validada por la justicia ordinaria, en caso de hacerlos sería colocar en una posición de inferioridad frente a esta última y no es legítima la limitación de su competencia estableciendo de inferior frente a la justicia ordinaria. Frente a las decisiones adoptadas por la jurisdicción la indígena, se puede interponer la acción extraordinaria de protección en contra de las resoluciones de la justicia indígena, siempre y cuando exista violación a los derechos humanos.

Mantener la supremacía constitucional, que establece el garantismo constitucional, el derecho de los pueblos indígenas, el pluralismo jurídico, y la interculturalidad, deja claro la prevalencia de la justicia indígena en asuntos que la competencia y jurisdicción, por ende, para evitar el *non bis in idem* o doble juzgamiento las autoridades de la justicia ordinaria deben propender la coordinación y cooperación entre los sistemas jurídicos que existen en el país.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito : Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Andrade, S. (2012). Justicia indígena: aportes para un debate. Quito: Abya Yala .
- Ariza, R. (2010). El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo . Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Asamblea Nacional . (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional . Quito : Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (1998). Constitución de la República del Ecuador. Riobamba: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Quito: Ediciones Legales .
- Baca, C. (2016). Derecho penal y multiculturalidad: la justicia indígena en el estado constitucional ecuatoriano . Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Baltazar, R. (2009). La justicia indígena en el Ecuador. Quito: Danilo.
- Gamio, M. (1960). Forjando patria. México D.F.: Azteca.
- García, J. (2012). Los principios rectores y las disposiciones que se deben observar en la administración de justicia en el Ecuador según el Código Orgánico de la Función Judicial. Quito: Rodin.
- Ilanquiche, R. (2004). Kichwa Runakunapak kamachik. Quito: Nina.
- Ilaquiche, R. (2014). Pluralismo Jurídico y Administrativo de Justicia Indígena en Ecuador, Estudio de Caso. Quito: Instituto para el desarrollo Social y de las Investigaciones Científicas INDESIC y Fundación Hans Seidel.

- Llasag, R. (2018). Desconstitucionalización de la justicia indígena y retorno de prácticas coloniales. *Revista de la Facultad de Jurisprudenci de la Universidad Central del Ecuador*, 53-79 .
- Mariátegui, J. (1976). *La polémica del indiginismo*. Perú: Palacios.
- Nielsen, M., & Jarratt-Snider, K. (2018). *Crime and Social Justice in Indian Country (Indigenous Justice)* .Tucson : University of Arizona Press .
- OEA. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)* . San José : OEA.
- Pérez, C. (2006). *Justicia indígena* . Cuenca: Universidad de Cuenca.
- Sentencia N° 113-14-Sep-CC, Caso N° 0731-10-EP (Corte Constitucional del Ecuador 30 de Julio de 2014).
- Sentencia No. 001-18-SDC-CC, 0003-10- DC, p.15. (Corte Constitucional (Ecuador) 7 de febrero de 2018).
- Tibán, L., & Ilaquiche, R. (2004). *Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*. Quito: Fundación Defensoría Kichwa de Cotopaxi “FUDEKI”.
- Trujillo, J., Grijalva, A., & Endara, X. (2001). *Justicia indígena en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar / Projusticia.
- Turpo, A. (2006). *Estado Plurinacional: Retos del siglo XXI*. Cuzco: Araucana.
- Yrigoyen, R. (2006). *Hitos del reconocimineto del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino* . Bilbao : Universidad Deusto.