

---

SERIE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS

---

NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD

# Derechos Ancestrales

## Justicia en Contextos Plurinacionales

Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia  
*Editores*



Néstor Arbito Chica  
Ministro de Justicia y Derechos Humanos

**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**  
Av. Amazonas y Atahualpa  
Edif. Anexo al Ex Banco Popular  
Telf: (593-2) 2464 929, Fax: 2469 914  
[www.minjusticia-ddhh.gov.ec](http://www.minjusticia-ddhh.gov.ec)

**Equipo de Apoyo**  
**Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**

Ramiro Ávila Santamaría  
María Paz Ávila  
Tatiana Hidalgo Rueda  
Jorge Vicente Paladines  
Nicole Pérez Ruales  
Carolina Silva  
María Belén Corredores

**Corrección de Estilo:**  
Miguel Romero Flores (09 010 3518)

ISBN: 978-9978-92-774-8  
Derecho de autor: 032358  
Imprenta: V&M Gráficas (02 3201 171)

Quito, Ecuador, 2009  
1ra. edición: diciembre de 2009

# Contenido

|  |     |
|--|-----|
| <b>Presentación</b> .....  | vii |
| <i>Néstor Arbito Chica, Ministro de Justicia y Derechos Humanos</i>  |     |
| <b>Prólogo</b> .....   | ix  |
| <i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Danilo Caicedo Tapia, Editores</i>  |     |
| <b>I. Justicia indígena: reconocimiento y matices</b>  |     |
| <b>Derechos de las minorías en filosofía política<br/>    y el derecho internacional</b> .....   | 3   |
| <i>Will Kymlicka</i>   |     |
| <b>Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y<br/>    espacios comunes y/o locales para la humanidad,<br/>    pueblos indígenas y derechos humanos</b> ..... | 33  |
| <i>David Sánchez Rubio</i>   |     |
| <b>El relativismo cultural desde la perspectiva de la niñez indígena<br/>    y la Convención de los Derechos de los Niños</b> .....                            | 65  |
| <i>Ramiro Ávila Santamaría</i>   |     |
| <b>Justicias y desprotección a mujeres indígenas contra la violencia.<br/>    Posibilidades de interculturalidad</b> .....                                     | 75  |
| <i>Judith Salgado Álvarez</i>  |     |
| <b>Consideraciones acerca del reconocimiento<br/>    del pluralismo cultural en la ley penal</b> .....   | 99  |
| <i>Eugenio Raúl Zaffaroni</i>  |     |
| <b>II. Pluralismo jurídico y justicia intercultural</b>  |     |
| <b>La Jurisdicción especial indígena</b> .....   | 125 |
| <i>Esther Sánchez Botero e Isabel Cristina Jaramillo</i>   |     |

|   |     |
|---|-----|
| Los caminos de la justicia intercultural.....   | 175 |
| <i>Luis Fernando Ávila Linzán</i>   |     |
| Justicias ancestrales analogías y disanalogías<br>entre sistemas jurídicos concurrentes.....  | 219 |
| <i>Diego Zambrano Álvarez</i>   |     |
| La Autonomía jurídica y jurisdiccional en Colombia .....  | 251 |
| <i>Juan Montaña Pinto</i>   |     |
| Los caminos de la descolonización por América Latina:<br>jurisdicción indígena originaria campesina<br>y el igualitarismo plurinacional comunitario ..... | 297 |
| <i>Idón Moisés Chivi Vargas</i>   |     |
| Perspectivas sobre justicia indígena en la jurisprudencia<br>anglosajona: casos paradigmáticos de Estados Unidos,<br>Nueva Zelanda y Canadá.....          | 357 |
| <i>Carlos Espinosa Gallegos-Anda</i>  |     |

### III. Perspectiva de la justicia indígena en el Ecuador

|  |     |
|--|-----|
| El Estado plurinacional e intercultural en la<br>Constitución ecuatoriana de 2008.....   | 389 |
| <i>Agustin Grijalva</i>  |     |
| El Derecho indígena en el contexto constitucional ecuatoriano:<br>Entre la exigibilidad de derechos y el reconocimiento<br>del pluralismo jurídico ..... | 409 |
| <i>Christian Masapanta Gallegos</i>  |     |
| La Justicia indígena en el Ecuador .....   | 451 |
| <i>Rosa Cecilia Baltazar Yucailla</i>  |     |
| Reflexiones básicas e ideas iniciales Sobre el<br>Proyecto de Ley de Coordinación y Cooperación<br>entre el Sistema Jurídico Ordinario e Indígena.....   | 473 |
| <i>Carlos Poveda Moreno</i>  |     |

### IV. Jurisprudencia

|  |     |
|--|-----|
| Corte Interamericana de Derechos Humanos .....         | 505 |
| Comité de Derechos Humanos .....                       | 511 |
| Corte Constitucional de la República de Colombia ..... | 559 |

# Reflexiones básicas e ideas iniciales sobre el Proyecto de Ley Coordinación y Cooperación entre los Sistemas Jurídico Ordinario e Indígena

Carlos Poveda Moreno\*

---

## Sumario

I. Introducción. II. Denominación del Proyecto de Ley. III. Acervo jurídico fundamental para motivar el proyecto de Ley. IV. Objeto y ámbito del proyecto de Ley. V. Desarrollo de principios. 5.1. Pluralismo jurídico. 5.2. Igualdad. 5.3. Supremacía constitucional y aplicación inmediata y directa de la Constitución de la República del Ecuador. 5.4. Principio de interpretación intercultural. 5.5. Principios interculturales (Diversidad étnica - cultural). 5.6. Jurisdicción y competencia. 5.7. Tratamiento y valor de los instrumentos escritos originados. 5.8. Antropólogos jurídicos, fiscales indígenas y jueces (as) indígenas. 5.9. Consulta previa y obligatoria. 5.10. Cooperación del Estado con el sistema jurídico indígena. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.

---

**Fundación científica del racismo.** Raza caucásica se llama, todavía, la minoría blanca que ocupa la cúspide de las jerarquías humanas. Así fue bautizada, en 1775, por Johann Friedrich Blumenbach. Este zoólogo creía que el Cáucaso era la cuna de la humanidad, y que de allí provenían la inteligencia y la be-

\* Doctor en Jurisprudencia otorgado por la Universidad Central del Ecuador. Especialista en Derecho Procesal otorgado por la Universidad Andina "Simón Bolívar" de la ciudad de Quito. Ex Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi. Profesor de la Universidad Andina "Simón Bolívar", FLACSO sede

lleza. El término se sigue usando, contra toda evidencia, en nuestros días. Blumenbach había reunido doscientos cuarenta y cinco cráneos que fundamentaban el derecho de los europeos a humillar a los demás. La humanidad formaba una pirámide de cinco pisos. Arriba, los blancos. La pureza original había sido arruinada, pisos abajo, por las razas de piel sucia: los nativos australianos, los indios americanos, los asiáticos amarillos. Y debajo de todos, deformes por fuera y por dentro, estaban los negros africanos. La ciencia siempre ubicaba a los negros en el sótano. En 1863, la sociedad Antropológica de Londres llegó a la conclusión de que los negros eran intelectualmente inferiores a los blancos, y sólo los europeos tenían la capacidad de humanizarlos y civilizarlos. Europa consagró sus mejores energías a esta noble misión, pero no tuvo suerte. Casi un siglo y medio después, en el año 2007, el estadounidense James Watson, premio Nobel de Medicina, afirmó que está científicamente demostrado que los negros siguen siendo menos inteligentes que los blancos<sup>1</sup>.

## I. Introducción

La actual Constitución de la República del Ecuador<sup>2</sup>, al igual que lo hizo la anterior de 1998 en lo que respecta a la vigencia de la jurisdicción indígena ha dejado el mandato de la creación de la Ley de compatibilización o de coordinación entre los dos sistemas jurisdiccionales, el ordinario e indígena.

---

Ecuador (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales), Indoamérica, Universidad Estatal de Cuenca. Ex becario de la Escuela Judicial de España (Barcelona). Consultor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y de la Secretaría Nacional del Migrante (SENAMI). Experto de la Fundación PRIVA.

1 Galeano, Eduardo, *“Espejos, una historia casi universal”*, Editorial Siglo XXI, 2008, p. 40.

2 Artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador: “El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”. El artículo 191 inciso uarto de la Constitución Política del Ecuador de 1998 decía: “Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos<sup>3</sup> internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Han pasado aproximadamente once años y la intención de elaborar una ley aún no se ha vislumbrado, sin embargo, no significa que no haya existido intentos de regular este tipo de sistemas jurídicos ancestrales<sup>3</sup>, denominación que me parece más correcta y justa, sino que ha faltado decisión política de los actores claves para la expedición de un cuerpo normativo.

Ya ocurrió antes, cuando hablar de derechos colectivos y sobre todo del reconocimiento del derecho consuetudinario causaba estupor, rabia y hasta actitudes xenofóbicas, que emitían un discurso de crear un Estado paralelo al que consagraba como única verdad el *monismo jurídico*.

También ha transcurrido más de siete años, cuando en ejercicio de la función de Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi tuve la oportunidad de declarar la nulidad de una investigación realizada por uno de los Agentes Fiscales de la provincia de Cotopaxi en el caso denominado “La Cocha”<sup>4</sup>, y resolver que ningún individuo ecuatoriano podía ser procesado más de una vez por la misma infracción.

Durante este tiempo, hemos debatido a veces, coincidiendo puntos de encuentro en un verdadero diálogo intercultural, otras, en enfrentamientos

3 Nota de Raquel Irigoyen citada por Gina Chávez y Fernando García en el libro titulado *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO sede Ecuador, Quito, 2004, p.17.

4 Auto interlocutorio emitido con fecha 10 de septiembre de 2002, en mi calidad de Juez Segundo de lo Penal de Cotopaxi encargado del Tercero. Se trata de uno de los primeros enjuiciamientos que se produjeron con la instauración del denominado sistema acusatorio, el delito que se conoció fue por muerte de Maly Latacunga por Juan, Nicolás y Jaime Cuchiparte. Esta infracción antes de que tuviera conocimiento el Agente Fiscal, doctor Iván León, fue conocida y resuelta por el Cabildo La Cocha de la parroquia Zumbahua, cantón Pujilí, provincia de Cotopaxi. Cuando se evacuó la audiencia preliminar, el Defensor Público de ese entonces, doctor Jorge Arguello Pasquel en la primera parte de la audiencia solicitó que declarará la nulidad de todo lo actuado por cuanto la comunidad había solucionado el conflicto interno, con la imposición de castigos y la indemnización a la viuda de Maly Latacunga y sus hijos. Acepté la petición y emití la resolución de nulidad para lo cual se reconoció la decisión del Cabildo, sin embargo el Fiscal apeló ante una de las Salas de la ex Corte Superior de Justicia de Latacunga y revocó mi decisión, “ordenando” que el juez titular, doctor José Luis Segovia Dueñas emitiera el auto de llamamiento a la etapa de juicio, así lo hizo, pero hasta la presente fecha se encuentra suspendido, aunque debería en poco tiempo proceder a la prescripción de la acción penal pública. De ahí en adelante —independientemente de la persecución de uno de los ex Ministros de la Corte Superior de Justicia de Latacunga que ya no se encuentra en funciones— se produjo un debate que hasta ahora no concluye, para una minoría, aquella que piensa que no debe reconocerse facultades jurisdiccionales sobre todo en lo penal para “*los indios de este país*”.

que minimizan las costumbres y el derecho indígena; otras más radicales, sosteniendo que se trata de una esnobismo que técnicamente no existe.

Creo que la época de los debates, increpaciones, amenazas, etc., están pasando y ahora nos enfrentamos a una realidad que ha ido cambiando, e inclusive incorporando garantías fundamentales únicas en Latinoamérica como por ejemplo el contemplado en el artículo 76 numeral 7 literal i) de la Constitución de la República del Ecuador, que señala: *“Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto”*.

Cuando expedí la resolución en el caso referido anteriormente, hubiera ansiado fervientemente que haya existido esta disposición constitucional para haber mejorado mi motivación y fundamentación, sin embargo uno se adecua en el tiempo a lo que tiene y esa decisión tuvo ingredientes jurídicos, que por ventaja la historia ha ido contemplado en nuestra legislación interna.

Hoy, inclusive el Código Orgánico de la Función judicial<sup>5</sup> trae consigo los métodos de interpretación intercultural, la declinación de competencia a favor de las autoridades indígenas, etc., y el Proyecto de Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional<sup>6</sup>, la acción extraordinaria de protección que pueden presentarse en contra de las resoluciones expedidas por este tipo de autoridades; es decir, el avance de estos temas en más de una década ha sido obtenido progresivamente por quienes en determinado momento nos embarcamos en una quimera que hoy se hace realidad<sup>7</sup>.

Por lo tanto, este pequeño aporte se verifica y se atreve a dar un paso más, el de diseñar o bosquejar reflexiones e ideas que podría considerar un

5 Artículo 24, Título VIII “Relaciones de la Jurisdicción Indígena con la Jurisdicción Ordinaria”, artículos 343, 344, 345 y 346 del Código Orgánico de la Función Judicial. R.O. –S 544: 9-marzo-2009.

6 Se prevé el desarrollo de la disposición contemplada en el artículo 94, 171, 437, 438, 439 y 440 de la Constitución de la República del Ecuador.

7 Cfr. Recuerdo las palabras de mi amigo y ex profesor de la Escuela Judicial de España Antonio Doñate Martín, cuando hablaba del “Juez Utópico” para definir parafraseando con Eduardo Galeano quien decía: en la obra *“las palabras andantes” recrean las palabras de un amigo sobre la utopía: “Ella está en el horizonte. Me acerco dos pasos, ella se aleja dos pasos. Camino diez pasos y el horizonte se corre diez pasos más allá. Por mucho que yo camine nunca la alcanzaré. ¿Para qué sirve la utopía? Para eso sirve: para caminar”*. Un juez utópico, un juez que camina guiado por esa utopía llamada justicia constitucional.

Proyecto de Ley de coordinación y cooperación; claro está que siendo respetuoso con la consulta obligatoria a los pueblos y nacionalidades indígenas, podría restringirse exclusivamente a un intento, nada más.

## II. Denominación del Proyecto de Ley

A veces reparamos muy poco en la denominación de los proyectos de ley y desarrollamos temáticas que a veces constituyen excesivas expectativas o en su defecto, contenidos que no guardan relación con la definición inicial propuesta.

Por ejemplo en Bolivia la nueva Constitución denomina a la fase legislativa de coordinación y cooperación como: *Ley de Deslinde Jurisdiccional*, que significaría poner límites tanto internos como externos entre estos dos tipos de formas de administración de justicia, es una especie de demarcar territorios como una propuesta más radical. El anterior cuerpo constitucional (1991) denominaba como *Ley de coordinación entre la jurisdicción especial con su poder judicial*.

La Constitución de Colombia también denomina a este mandato como *Ley de Establecimiento de Formas de Coordinación de esta Jurisdicción Especial con el Sistema Judicial Nacional*. Claro está, que hasta el momento es el único país que ha enriquecido esta temática con el inconmensurable y decidido apoyo de la Corte Constitucional, que ha servido para Latinoamérica como un eje de obligatoria consulta en este aspecto, llegando a no requerir de un desarrollo legislativo, sino de precedentes jurisprudenciales que ha eclosionado en estándares de diferenciación y en métodos de interpretación intercultural<sup>8</sup>.

En Guatemala con el propósito de fortalecer *la seguridad jurídica de las comunidades indígenas*, se ofrece promover el desarrollo legislativo de normas legales que reconocen el derecho indígena siempre y cuando no sean incompatibles con los derechos fundamentales tanto nacionales como internacionales.

En México se reconoce los sistemas normativos y la solución de los conflictos internos, igualmente respetando los principios constitucionales, pero

8 Ver Sentencias de la Corte Constitucional de Colombia: T-188/93, SU.3813/03, T-324/94, T-496/96, SU-039/97, T-214/97, SU-510/98, T-652/98, T-601/01, T-009/07, T-013/09, entre otras.

lo paradójico de este reconocimiento se encuentra en el establecimiento de un mecanismo de *validación* para los jueces y tribunales de las comunidades originarias.

El fenómeno perceptible que se verifica es el de imponer una cultura jurisdiccional por encima de otra, es decir, al prever que se validará un mecanismo sobre otro, también estamos aceptando que existe una cultura superior que debe revisar y aprobar las decisiones emitidas en las comunidades.

Por un lado, tal vez saludable para el entorno mexicano es el de reconocer a las autoridades como jueces y este reconocimiento se advierte en la práctica, pero sus resoluciones se encuentran a la espera de que un juez de carácter ordinario acepte; situaciones que en la práctica limitan la competencia y el poder juzgar.

El artículo 2 numeral primero del Convenio 107<sup>9</sup> sobre poblaciones indígenas y tribales, cometía un error de subsunción al desarrollar la preocupación de que en la práctica los Estados deben protección a las poblaciones originarias y a su *integración progresiva en la vida de sus respectivos países*. Es decir se superpone la superioridad de una cultura sobre otra, como si se tratara de jerarquización normativa.

Con la creación de las Fiscalías Indígenas al interior de la Fiscalía General del Estado y analizando el contenido de la carga discursiva de sus titulares, también se envía aquel mensaje, donde se sostiene que esta esfera investigativa tiene como propósito integrar a las comunidades indígenas al sistema ordinario de administración de justicia, desconociendo que los dos poseen autonomía y competencia exclusiva en los casos sometidos a cada una de sus jurisdicciones.

El artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador asevera que además de un modelo de Estado de justicia y derechos, tenemos uno Inter-cultural y Plurinacional, directriz que debe conllevar a la creación y mantenimiento de las instituciones del Estado en una doble visión, ordinaria y

9 Aprobado por la OIT (Organización Internacional del Trabajo) el 5 de junio de 1957. *Cfr.* Por lo general la pregunta frecuente es la de mencionar el motivo por el cual los derechos de los pueblos indígenas se encuentran aún en instrumentos internacionales de trabajo, y la respuesta es sencilla: por cuanto este mecanismo internacional que apareció antes de las Naciones Unidas, tenía como preocupación fundamental el trabajo de los migrantes indígenas que se encontraban en permanente abuso de sus derechos laborales.

originaria, así tenemos: salud formal y ancestral, educación formal y ancestral, economía formal y comunitaria, regionalización estatal y autónoma sobre la base de criterios de interculturalidad, etc.

En esa perspectiva, la plurinacionalidad no escapa de ser una propuesta de Estado constitucional de derecho pero en funcionamiento práctico, que debe tener la capacidad de resolver un sinnúmero de problemas no resueltos y otros que generen el reconocimiento de las diversidades en su sentido más amplio. Problemas tan básicos y a la vez tan complejos, como la interpretación de los principios y normas constitucionales en un estado plurinacional, el desarrollo de nuevos métodos de interpretación que den vida a la plurinacionalidad, el uso de los principios del derecho indígena, el uso del derecho comparado por parte de los jueces supremos, la interpretación constitucional a la luz de los principios del derecho indígena, las lógicas de la interpretación en la administración de justicia indígena, la real convivencia de varias lógicas de administración de justicia, el derecho de la naturaleza como parámetro para conseguir el equilibrio persona-comunidad-naturaleza; el principio del buen vivir como una lógica distinta al modelo desarrollista y capitalista, estos y otros temas que deben ser procesados por el Tribunal o Corte Constitucional e investigados por la academia<sup>10</sup>.

Parece que falta por entender que acerca *de las tensiones originadas en la diversidad étnica y la necesidad de plantear un “diálogo intercultural que sea capaz de trazar unos estándares mínimos de tolerancia que cubran los diferentes sistemas de valores”, se reafirma el criterio de privilegiar la “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas”, como única forma de lograr la supervivencia cultural*<sup>11</sup>.

Uno de los saltos más cualificados que se ha dado en la Constitución de la República del Ecuador, además de los ya señalados, es el de haber incorporado el artículo 171 dentro de la Función Judicial y no como se lo realizó

10 Llasag Fernández, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta Constitucional Emancipadora”, en Ávila Santamaría, Ramiro (editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito – Ecuador, 2008, p. 337.

11 Villar Borda, Luis, *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998, p. 39.

en la Constitución de 1998, donde aparecía en el capítulo de los medios alternativos de solución de conflictos. Al lograr este aspecto, el criterio de compatibilizar se otorga en las mismas condiciones culturales y no en las de superioridad o de validez como en el caso mexicano.

Finalmente, en las constituciones de Nicaragua, Perú, Paraguay y Venezuela se menciona también la creación de una Ley de compatibilización.

Podemos entonces concluir que la dinámica y tendencia generalizada es la de hablar de una ley de compatibilización y coordinación, pero en lo que respecta al término *jurisdicción indígena* éste advertiría exclusivamente a una parte de la realidad originaria, que no simplemente se limita a aspectos de ejercer jurisdicción como efecto de sus prácticas, sino que esto conlleva a observar procedimientos de investigación, sanción y retorno al equilibrio, de manera ordenada y sistemática.

La competencia se basa no solamente en los aspectos penales, sino en todo tipo de materia, es decir la filosofía andina, amazónica, etc., recupera su modo de vivir desde un contexto general que apelar sólo al sentido de resolución de conflictos es menoscabar todo un modelo pluralista.

Jean G. Colvin expresa: “*Los artistas muchas veces dibujan las montañas con rostros, una reflexión de la visión indígena de que toda la naturaleza está viva.*” Como afirma Alberto Taxo, un reconocido shamán de Cotopaxi: “*para los pueblos indígenas andinos todo en la naturaleza tiene su ser, todo lo que existe tiene vida, tiene ushai, la fuerza que sostiene la vida, una característica única y esencial... Todo está interrelacionado. Todo tiene su propio poder, todo es sagrado*” (Taxo, 2003). “*También se cree que las montañas controlan la lluvia y consecuentemente la fertilidad y el bienestar de la región*” (Meish, 1998)<sup>12</sup>.

Hablar de sistemas jurídicos ancestrales o sistema jurídico indígena, me parece que es una definición correcta y reivindica lo que tal vez faltó en el constituyente de Montecristi que no pudo concebir para la justicia ordinaria, el término de sistema de administración de justicia donde acapara todas las instituciones que colaboran con este objetivo fundamental. El “*sistema jurídico ancestral*”<sup>13</sup> debe ser descrito y defendido desde la Ley de compatibilización y coordinación con el sistema jurídico ordinario.

12 Colvin, Jean G., Arte de Tigua. *Una reflexión de la cultura indígena en Ecuador*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2004, pp. 73-74.

13 Van Cott, Donna Lee, *Pluralismo Legal y Administración de Justicia Comunitaria Informal en América*

Gina Chávez y Fernando García sostienen:

En el transcurso del texto se usará la categoría de “sistema de derecho indígena y afro–ecuatoriano”, utilizado por muchos pueblos indígenas y afroecuatorianos, en lugar de otras categorías similares como “derecho consuetudinario indígena” o “usos y costumbres”, que implican una connotación de subordinación histórica y política<sup>14</sup>.

### III. Acervo jurídico fundamental para motivar el Proyecto de Ley

Es importante rescatar el bloque jurídico con el cual se va a desarrollar este proyecto de Ley, en virtud de acceder desde ya a vías de amparo interpretativas y de desarrollo jurídico cuando inclusive las disposiciones constitucionales resulten insuficientes o contradictorias.

En primer lugar tendríamos a la Constitución de la República del Ecuador que en su artículo 1 nos habla de un nuevo modelo de Estado, posteriormente en el 10 cuando involucra a nuevos actores colectivos originarios como son las comunidades, pueblos y nacionalidades. En este aspecto hay que diferenciarlos correctamente, así tenemos que las nacionalidades indígenas *“son colectividades que guardan una identidad histórica, idioma, cultura; que viven en un territorio determinado, mediante sus instituciones y formas tra-*

---

*Latina*, Ponencia preparada para la conferencia “Instituciones Informales y Política Latinoamericana, Universidad de Harvard, y el Instituto Helen Kellog para asuntos internacionales, Universidad de Notre Dame, p. 2. “*Antes de la llegada de los europeos, los pueblos indígenas de las Américas habían establecido sistemas de autogobierno político y jurídico. Por lo tanto, la ley indígena tiene un carácter especial en relación con la ley del estado: su existencia y autoridad precede la creación del estado*”. Cfr. La referida autora refiere como sistemas informales, creo que no se puede dar a esta categoría porque inclusive nos encontraríamos en una fase inferior a considerarse como un medio alternativo de solución de conflictos, además que, coincidiendo con Fernando García, en la experticia del caso “La Esperanza”, otorgaríamos una cualidad ostracista, criminalizada y proscrita.

14 Chávez, Gina y García, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO Sede Ecuador – Petroecuador, Quito, 2004, pp. 17-18. Cfr. El artículo 34 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas también menciona la palabra “sistemas jurídicos”.

*dicionales de organización social, económica, jurídica, política y bajo el ejercicio de su propia autoridad. Ejemplo: Awa, Chachi, Epera, Tsáchila, Shuar, Kichwa, etc., al menos se contabilizan catorce nacionalidades*<sup>15</sup>.

Los Pueblos indígenas “*son colectividades con identidades culturales que les distinguen de otros sectores de la sociedad ecuatoriana, regidas por sus propias formas de organización, social, política, económica y jurídica. Ejemplo: Karanki, Otavalo, Cayambe, Kitu Kara, Chibuleo, etc.*”<sup>16</sup>.

En particular la denominación de nacionalidad confronta una organización de carácter nacional, mientras que el pueblo indígena es local. Ejemplo: Los Otavalo y Cayambe son pueblos indígenas que pertenecen a la nacionalidad Kichwa.

En tanto por comunidades indígenas “*es una forma nuclear de organización socio política tradicional de las nacionalidades y pueblos indígenas. Se denominan también Ayllus o centros, es el espacio en donde se ejerce el gobierno comunitario a través de las asambleas generales*”<sup>17</sup>. Ejemplo la comunidad de La Cocha.

Siguiendo con los derechos constitucionales tenemos los consagrados en el artículo 57 numeral 10 que se refiere a *crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.*

Dentro de la misma disposición tenemos el numeral 17 que exige la consulta obligatoria y previa a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas por cualquier acto legislativo que pueda afectar sus derechos. Por esta consideración expresé en el acápite referente a la *introducción* que este proyecto podría quedarse en el intento, por cuanto, si estos titulares de derechos se manifiestan de manera contraria a la existencia de una Ley se tendrá que respetar su decisión, por tanto no existirá desarrollo normativo aunque la Constitución haya expedido el mandato de carácter obligatorio, y tampoco se podrá argumentar la inconstitucionalidad por omisión, ya

15 Llasag Fernández, Raúl, La jurisdicción indígena en los convenios internacionales y Constitución Política del Ecuador. Aporte doctrinario al Módulo de Derechos Humanos para juezas y jueces del Ecuador. Consultoría realizada para el Ministerio de Justicia y derechos Humanos, diciembre 2008, pp. 247-248.

16 *Ibid.*

17 *Ibid.*

que en el supuesto enunciado prevalecerá la autodeterminación de los pueblos originarios.

El artículo 76 numeral 7 literal i) es una garantía fundamental que permite ejercitar en el mismo marco constitucional la efectivación de un derecho del debido proceso, pero a la vez compatibilizado con esta tendencia occidental europeizante.

Arribamos al artículo 171 en el cual se otorga este imperativo y las primeras definiciones generales que podemos advertir: a) Conflicto interno; b) Dentro de la circunscripción territorial que podría relacionarse en el campo de la comunidad, pero también en la del pueblo y nacionalidad; c) Que las autoridades de los pueblos indígenas ejercen labores jurisdiccionales; d) Que las decisiones de estas autoridades se someten al control de constitucionalidad como es el caso de la acción extraordinaria de protección; e) Que las decisiones deben respetar las garantías fundamentales establecidas en la Constitución de la República del Ecuador e instrumentos internacionales; f) Que debe observarse el respeto por los Derechos Humanos; y, g) Que deben permitir la participación y decisión de las mujeres —única en la esfera latinoamericana que pone límite al ejercicio de los derechos colectivos dentro de la misma Constitución—.

La Constitución de la República del Ecuador como directriz toma para sí la utilización de los instrumentos internacionales, inclusive en una jerarquía superior a la de la Ley Suprema cuando ésta se refiere a Derechos Humanos<sup>18</sup>.

Empezaríamos argumentando el principio de autodeterminación de los pueblos y consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que entró en vigor el 3 de enero de 1976.

Bajo este aspecto debemos observar irrestrictamente la vigencia del convenio 169 de la OIT (Organización Internacional de Trabajo) artículos 8, 9, 10 y 11. Este instrumento internacional fue ratificado por nuestro país en mayo de 1998, casualmente antes de la vigencia de la Constitución Política de 1998.

18 En el Artículo 424 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador se dice textualmente: *“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto de poder público”*.

Forma parte también de este bloque la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, suscrito por el Ecuador en el año 2007. Debemos advertir que este instrumento internacional no requiere del proceso de ratificación y aprobación, por cuanto son principios que se convierten en políticas públicas que debe concebir el Estado parte.

Sería saludable que el actual régimen en su preocupación de convertir en la práctica nuestro país en un Estado Plurinacional e Intercultural, adopte —aunque no lo requiere— mediante Decreto Ejecutivo o Resolución Legislativa estas declaraciones para que a su vez se vayan adoptando en las ejecuciones de las instituciones burocráticas.

Dejamos ya enunciado en la parte introductoria que el Código Orgánico de la Función Judicial estableció principios de interpretación intercultural, así como las *relaciones entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria*.

Sería conveniente y no está por demás enunciar las Reglas de Brasilia, que son conductas que deben observar los servidores y servidoras judiciales en el acercamiento intercultural, las cuales fueron adoptadas por los representantes de los Tribunales y Cortes Supremas de Iberoamérica<sup>19</sup>.

#### IV. Objeto y ámbito del Proyecto de Ley

La determinación y limitación de las facultades que debería contener este proyecto de Ley, debería enmarcarse dentro del desarrollo contenido en el artículo 171 de la Constitución de la República del Ecuador.

Además, al mismo tiempo que se reconoce las facultades jurisdiccionales de los pueblos y nacionalidades indígenas, se pone en su competencia toda acción, omisión, hecho, acto o circunstancia que en cualquier materia se verifiquen en el territorio indígena.

Esta última característica considero como un retroceso con la Constitución Política del Ecuador de 1998, que aceptaba exclusivamente la competencia de dicha jurisdicción en los *conflictos internos*, compatibilizando con lo que dispone el artículo 8 del Convenio 169 de la OIT<sup>20</sup> y

19 XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia 4 al 8 de marzo de 2008. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

20 Este instrumento internacional es reiterativo en señalar la palabra conflicto, pero en ningún mo-

40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas<sup>21</sup>.

Frente a la limitación constitucional y la amplia protección que debe permitirse en virtud del principio de autodeterminación, los assembleístas tendrán que ponderar la competencia en virtud del conflicto que puede extenderse fuera de la circunscripción territorial o en su defecto demarcarlo por los límites materiales de un pueblo o nacionalidad indígena; aunque creo que conociendo la dinámica de desplazamientos internos y externos de los integrantes de las comunidades podría utilizarse las denominaciones contradas en los instrumentos internacionales, que permiten una garantía más amplia y efectiva de cumplimiento de los derechos.

Al delimitar este ámbito no estamos enfrentándonos con la disposición constitucional, sino que simplemente estamos aplicando lo contenido en el artículo 424 inciso final de la Constitución de la República del Ecuador que dispone: *“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”*.

En varios estudios antropológicos se ha determinado, por ejemplo, que en la ciudad de Quito, las organizaciones indígenas de la provincia de Cotopaxi solucionan sus conflictos internos recurriendo a los sistemas jurídicos ancestrales.

Por último, están los conflictos internos de las organizaciones. En general, éstos son causados por riñas entre integrantes o por conflictos familiares. Existen casos de violaciones y de maltratos entre los niños. Como ha sido mencionado anteriormente, cada etnia, o mejor, cada organización ha generado formas diferenciadas de solucionar las disputas que surgen. Estas formas varían desde la elaboración de un derecho “alternativo” pincelado de la diferencia étnica, la reelaboración de la normatividad indígena adaptada a la si-

---

mento limita su accionar a un elemento territorial.

21 Este instrumento internacional establece la palabra *controversia*, e inclusive el artículo 40 posibilita que este tipo de conflictos no se reduzca únicamente a problemas privatísticos o intercomunitarios, sino inclusive en los impases con el Estado, al estilo de la denominada cultura occidental como responsabilidad extracontractual.

tuación de la ciudad o la imposición del derecho indígena comunitario al grupo. También ocurren casos de organizaciones en las que el representante ha preferido no involucrarse en los casos internos, por lo que el grupo ha debido recurrir a la justicia del estado. Lo importante de estos hechos, es que hay la presencia de un pluralismo jurídico diversificado y reconstruido. Además, se han generado espacios de interlegalidad donde los grupos señalan como posibilidad recurrir a la normatividad interna y a la justicia del estado según sus intereses. Cuando los conflictos llegan a la justicia estatal no se tiene en consideración que el conflicto ocurre entre integrantes de un mismo grupo indígena<sup>22</sup>.

Es importante destacar y me parece oportuno revitalizar el dinamismo de lo que significa un procedimiento o enjuiciamiento que debe tenerse en cuenta no como un fin en sí mismo, sino como un método que sirve para pacificar las controversias suscitadas, sobre todo cuando el objetivo final del Estado además de reforzar la convivencia en diversidad, debe precautelar que este tipo de relaciones especiales se realicen en un contexto pacífico<sup>23</sup>.

## V. Desarrollo de Principios

El desarrollo legislativo de este proyecto de ley debe radicar esencialmente en el desarrollo de principios que debe regularse en la relación interlegal, entre las disposiciones del sistema ordinario y el sistema jurídico ancestral. Podemos bosquejar aquellos que han sido determinados en el Código Orgánico de la Función Judicial, otros que tienen soporte en las resoluciones de la Corte Constitucional de Colombia y, finalmente, aquellos que en la realidad ecuatoriana pueden aprovecharse.

22 Lemos Ingreja, Rebeca, *La diversidad cultural y la impartición de justicia en la ciudad de México: Nuevo reto para los estudios de la Antropología Jurídica*, Ponencia presentada en el Congreso de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, Arica, 2000, pp. 9-10.

23 Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad libre de Colombia, Bogotá, 2005, p. 643: "Para ello, lo primero será advertir que el proceso sólo es el medio pacífico de debate y que la función primordial de los jueces es procurar y asegurar la paz social". (El resaltado es mío.)

### 5.1. Pluralismo jurídico

Hemos analizado que en el Ecuador no tenemos únicamente un sistema jurídico sino que de conformidad al modelo de Estado actual, hablamos de uno intercultural y plurinacional, donde las visiones o filosofías tienen diferente orientación y valores propios.

Lo mismo ocurre en el Derecho, pero debemos advertir que hay que ser muy cuidadosos en el uso de términos por cuanto la dinámica de los sistemas jurídicos ancestrales es diferente, no es estática y hasta puede retroalimentarse del sistema ordinario, como por ejemplo la utilización de documentos de garantía, escrituras públicas, contratos de compra venta, tipos de prenda, cauciones personales, etc.

Igualmente podemos asimilar una terminología de carácter occidental pero no asimilarlos a la realidad interna de cada comunidad, por ejemplo: la palabra delito no existe, pero si desorden o desequilibrio.

Los comuneros en sus relatos hablan de la presencia de conflictos o “problemas” como les denominan, en los que pueden estar involucradas dos o más personas, familias, vecinos, grupos antagónicos políticos o religiosos, comunidades o grupos étnicos. Estos actores generalmente se encuentran en una situación de falta de entendimiento, de falta de acuerdo, de falta de comprensión, de falta de respeto, en otras palabras, todas son situaciones de desorden social que exigen recuperar el orden, la armonía<sup>24</sup>.

### 5.2. Igualdad

Que debe remitirse en el sentido de equiparar los dos sistemas tanto el ordinario como el ancestral, en las mismas condiciones y aún más posibilitando la cooperación mutua para alcanzar sus fines. En este sentido se valora las dos orientaciones que no pueden verse enfrentadas sino complementadas entre sí, descartándose procesos de asimilación o subordinación, o en su defecto emitiendo criterio de validez que no sirve para lograr una convivencia pacífica.

<sup>24</sup> García, Fernando, *Formas indígenas de Administración de Justicia. Tres estudios de Caso de la Nacionalidad Quichua de la Sierra y Amazonía ecuatoriana. Actas, XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Desafíos en el Tercer Milenio*, Arica, Chile, marzo 13-17 de 2000, p. 2.

### 5.3. Supremacía constitucional y aplicación inmediata y directa de la Constitución de la República del Ecuador

Este principio en la práctica dio muy buenos resultados en la decisión que tomé en el caso denominado “La Cocha”, para mejor entendimiento transcribo la parte pertinente de la resolución:

B) Tanto en la parte *in fine* de la disposición legal contemplada en el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política así como en lo dispuesto en la disposición general del Código de procedimiento Penal publicado en el R.O. 360 de Jueves 13 de Enero del 2.000, se indica que se esperará la aplicación de la jurisdicción a los pueblos indígenas la creación de una Ley especial, situación jurídica que mantiene en una espera legis mientras no se verifique este acto, sin embargo es menester incluir dentro del presente estudio las mismas disposiciones constitucionales que evidentemente dan un giro a este criterio con un enfoque netamente interpretativo, así lo dispone el artículo 17 de la Constitución Política del Ecuador: *“Libertad de ejercicio de los derechos humanos.- El Estado garantizará a todos sus habitantes, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio y el goce de los derechos humanos establecidos en esta Constitución y en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes. Adoptará, mediante planes y programas permanentes y periódicos, medidas para el efectivo goce de estos derechos”*. De igual manera lo dispuesto en el artículo 18 del mismo cuerpo legal dice textualmente: *“Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables POR Y ANTE CUALQUIER JUEZ, TRIBUNAL O AUTORIDAD. En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o la ley, para el ejercicio de estos derechos. No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecidos en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para NEGAR EL RECONOCIMIENTO DE TALES DERECHOS...”*. Antecedentes en virtud del cual y por la jerarquía y supremacía constitucional dejan de lado la intención del legislador para esperar su cumplimiento en función de la creación de una normativa secundaria, ya que al contemplarse como un

derecho lo dispuesto en el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución Política del Ecuador y Convenio 169 de la OIT, debe ser inmediatamente aplicado, so pena inclusive de caer en las responsabilidades extra contractuales del Estado o en su defecto en la inobservancia de derechos fundamentales que debe el Juzgador supervisar para su pleno cumplimiento; inclusive y redundando en la facultad del Juzgador por la compatibilidad que existe en el Código de Procedimiento Penal estable entre una de las competencias de este funcionario el de ser exclusivamente garantista —referencia artículo 27 numeral 1 del Código de Procedimiento Penal—. Lastimosamente y por no existir labor de Casación por parte de la Excma. Corte Suprema de Justicia así como del Tribunal Constitucional, los caminos para esta interpretación son deficientes, por lo que también es menester al menos elaborar a través de la legislación comparada y colegir lo que ha dispuesto la Corte Constitucional de Colombia en fallos que se han permitido otorgar en casos similares a los nuestros, concibiendo como es obvio que la realidad ancestral es muy similar a la nuestra *“No es cierto que la vigencia de la jurisdicción indígena esté en suspenso hasta que se expida la ley de coordinación con el sistema judicial nacional. La constitución tiene efectos normativos directos, como lo ha afirmado esta Corte reiteradamente, de tal manera que si bien es de competencia del legislador coordinar el funcionamiento de la jurisdicción indígena y la jurisdicción nacional, el funcionamiento de ésta no depende de dicho acto legislativo”*. Referencia: Sentencia Nro. C-139/96 (9 de Abril 1.996) Corte Constitucional de Colombia. Con lo que podemos afirmar categóricamente que la disposición ya referida tiene pleno funcionamiento y más aún amplia aplicación. C) Una de las funciones de cualquier Juez o Tribunal es el de aplicar in extenso el término de “justiciabilidad”, ya que en el nuevo ordenamiento y tendencia constitucionalista se experimenta una dinámica en el orden interno y sobre todo en los conceptos de jurisdicción y juez, que se traduce en la incorporación de los derechos fundamentales en la labor legislativa, de ahí que se parafrasea con el pensamiento de Danilo Zolo *“La strategia della cittadinanza”*.- Laterza. Roma Bari, 1.994., quien manifiesta: *“un derecho formalmente reconocido pero no justiciable —es decir no aplicado o no aplicable por los órganos judiciales mediante procedimientos definidos— es tout court, un derecho inexistente”*, por lo que el Juez de cualquier instancia en su deber más sublime libre de toda tendencia el de efectivar un derecho consagrado en la Carta Magna, caso contrario lo dispuesto en la Ley

*de Leyes se considerará como simples declamaciones retóricas o a lo sumo, a vagos programas jurídicamente irrelevantes. Finalmente y por cuanto esta temática resulta interesante también es relevante manifestar el papel que juega ya no el juez del famoso estado Liberal que se debía a un status de objetiva subordinación al Ejecutivo, sino que debemos enmarcar al juez de nuestro ordenamiento como lo diría Perfecto Andrés Ibáñez –Magistrado de la Audiencia Provincial de Madrid–: “el juez debe revalidar su legitimidad –caso por caso– aplicando de manera independiente le ley válida, en un contexto de precisas exigencias procesales de relevancia constitucional”<sup>25</sup>.*

No quisiera pecar de fatalista —realista bien informado—, pero he visto transcurrir casi ocho años desde la expedición de la resolución mencionada y no ha existido voluntad política para compatibilizar los dos sistemas.

Por lo tanto Abogados, Fiscales, Jueces y Juezas, y demás servidoras y servidores públicos, deben incorporar en sus decisiones y ejecutorias estos principios que son de gran utilidad a falta de una Ley, que no significa de ninguna manera retardar la solución de un caso determinado, ni tampoco postergar su actuación, permitiendo denegación de justicia.

#### 5.4. Principio de interpretación intercultural

Que se encuentra dispuesto en el artículo 24 del Código Orgánico de la Función Judicial; textualmente dice:

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

Por este motivo es indispensable e ineludible el estudio o la colaboración de la Antropología jurídica, como práctica multidisciplinaria del conocimiento,

<sup>25</sup> Auto interlocutorio emitido con fecha 10 de septiembre de 2002.

rama de las ciencias sociales que no solamente debe encontrarse presente en la formación inicial, continua de servidores y servidoras judiciales, sino también en instancias provinciales, nacionales de justicia ordinaria y especializada, como es la Corte Constitucional; así también, debe constar en los mecanismos de evaluación de dichos funcionarios.

### 5.5. Principios interculturales (Diversidad étnica – cultural)

Como un mecanismo que nos pueda servir para el cumplimiento irrestricto del principio anterior es menester dejar señalando estándares de diferenciación que surge como aporte de varias sentencias de la Corte Constitucional de Colombia<sup>26</sup>:

- 1) *A mayor conservación de sus usos y costumbres mayor autonomía;*
- 2) *Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares. Pero siempre se interpretará en sentido de no menoscabar la autonomía de los pueblos y nacionalidades indígenas a pretexto de precautelar la seguridad jurídicas;*
- 3) *Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural;*
- 4) *Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales y dispositivas. Debe prevalecer el criterio colectivo por encima del privatístico o particular; y,*
- 5) *Es necesario identificar mínimos jurídicos como la relata la Constitución Boliviana en un artículo independiente. Estos límites serían: derecho a la vida, prohibición de la esclavitud, tortura y resto a un enjuiciamiento justo. De aquí inclusive partiría las posibilidades jurídicas para desarrollar la acción extraordinaria de protección de las decisiones de las comunidades indígenas.*

No está por demás persuadir a la Corte Constitucional en período de transición que también tiene una enorme oportunidad histórica para dirimir y deslindar,

<sup>26</sup> Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia número T-254/94.

el verdadero horizonte del sistema jurídico indígena en un caso que se encuentra sometido a resolución y signado con el número 0210-07-HC (hábeas corpus)<sup>27</sup>, en el cual se observa no solamente la reivindicación y desarrollo de la norma prevista en el artículo 191 inciso cuarto de la Constitución de 1998, sino que además es oportuno señalar las consecuencias de los excesos de las autoridades indígenas que se convierten en jueces comunitarios.

Esta oportunidad podría ser conciliable con la nueva estructura constitucional que permite avizorar como se lo viene realizando en la actualidad, por parte del máximo organismo constitucional, en la inserción de reglas y subreglas de interpretación; toda vez que, a falta de ley de compatibilización debe enfocarse directamente en los precedentes jurisprudenciales obligatorios que podrían también ser un factor determinante en la compatibilización de las disposiciones constitucionales y aquellas que se encuentran en los instrumentos internacionales.

## 5.6. Jurisdicción y competencia

Por lo general en materia procesal la jurisdicción y competencia la otorga la Ley respectiva, sin embargo estas características que emana el pueblo por medio del soberano, se encuentra ni más ni menos que dispuestas desde la Constitución de la República del Ecuador.

Debo dejar advertido que la misma disposición constitucional señala determinados presupuestos para la aplicación del sistema jurídico indígena y que habíamos señalado anteriormente.

Necesariamente tenemos que, al igual que en el sistema jurídico interno, establecer la competencia en virtud de determinadas características:

*a.- Un elemento humano, que consiste en la existencia de un grupo diferenciable por su origen étnico y por la persistencia de su identidad cultural*<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Esta causa se encontraba inicialmente en la Sala primera del ex Tribunal Constitucional del Ecuador, avocando conocimiento el 16 de enero de 2008; sin embargo hasta la presente fecha no hemos tenido respuesta de este recurso impugnatorio.

<sup>28</sup> Tomado de la sentencia T-009/07 de la Corte Constitucional de Colombia.

Aunque este parámetro en el Ecuador no necesariamente es válido, por cuanto de varios estudios antropológicos se desprende que inclusive individuos no indígenas voluntariamente se han sometido a las autoridades indígenas.

Se encontró también el caso en que las dos partes involucradas son personas mestizas que viven al interior de una comunidad indígena, estas de igual manera se acogen a las normas de la justicia indígena. Así lo comprueba el testimonio del Presidente de la Unión de Pueblos Chibuleos. Aquí en la comunidad no hay muchos mestizos, pero aunque somos una mayoría indígena, los mestizos también vienen acá a solucionar los problemas, para que les aconsejemos, les sancionemos; aquí solucionamos los problemas que no han podido solucionar en las tenencias políticas, lo que no ha hecho el gobernador, lo que no han hecho otras autoridades; incluso cuando el problema es solo entre mestizos ellos vienen, se soluciona el problema y van tranquilos<sup>29</sup>.

En ese sentido como dejamos anotado no es fácil la determinación de la competencia en virtud de la pertenencia al pueblo o nacionalidad indígena, sino existen otros elementos como: la convivencia de personas no indígenas pero que habitan en un territorio indígena, la voluntariedad de someterse a las decisiones de las autoridades comunitarias aunque no sean indígenas, o en su defecto la afectación a bienes colectivos por parte de personas no indígenas (ejemplo: delitos contra la propiedad de imágenes religiosas de la comunidad).

Bajo estos enfoques podría ensayar al menos cinco soluciones:

- a) La competencia es obligatoria en virtud de la pertenencia al pueblo, nacionalidad y comunidad indígena; pero en casos extremos de falta de imparcialidad de las autoridades indígenas, puede sustituir el sistema jurídico ordinario con la obligación de aplicar decisiones adoptadas con el auxilio de informes antropológicos que rescaten la autonomía de los valores de la vida comunitaria;
- b) La competencia es voluntaria si los individuos a pesar de que viven en la comunidad desean ser sometidos a los enjuiciamientos por el sistema jurídico indígena, o hayan afectado bienes de carácter colectivo;

---

<sup>29</sup> *Ibid.*, (24).

- c) La competencia del sistema jurídico ordinario es obligatorio cuando las acciones, omisiones, actos, hechos y circunstancias son producidas por individuos no indígenas que no habitan en la comunidad;
- d) Manifesté en líneas anteriores que de la lectura del artículo 40<sup>30</sup> de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, aparece un nivel de responsabilidad extracontractual que me permito al menos bosquejar con la seguridad de que no muchos compartan con este criterio, y que se refiere a la competencia de las autoridades indígenas por acciones u omisiones de representantes del Estado en territorio originario por daños de máxima relevancia; y,
- e) La competencia voluntaria cuando se trate de campesinos no indígenas por acciones, omisiones, actos, hechos o circunstancias ocurridas en el territorio de esa circunscripción.
- f) Un elemento orgánico, esto es la existencia de autoridades tradicionales que ejerzan una función de control social en sus comunidades.

Debemos recordar que estas autoridades se convierten en los jueces que decidirán las causas de los conflictos internos, por lo tanto gozan a diferencia de sus pares ordinarios de legitimidad, por cuanto, sus nombramientos son realizados generalmente por Asambleas y con el aval de toda la comunidad.

Pero recalco, como ya he realizado en anteriores ensayos, que el equilibrio de los dos sistemas viene dado no sólo por sus derechos sino también por el cumplimiento de sus obligaciones y sus niveles de responsabilidad.

Igualmente debe considerar la forma en la cual deben investigar los excesos realizados por estas autoridades, marginando los delitos comunes que se les endilga, originando una competencia especial de organizaciones de segundo y tercer grado por abuso de facultades (en el supuesto de que personas que no ejercen autoridad se hayan arrogado funciones), tomando en cuenta el mismo sistema jurídico ancestral.

---

30 Artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre derechos de los Pueblos Indígenas: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.*”

En lo que respecta al género y cumpliendo con lo que dispone el artículo 171 cuando dispone la participación de la mujer, me parece adecuado que en la actualidad aunque no sea un ejercicio generalizado, tenemos también lideresas indígenas que tienen la calidad de autoridades tradicionales.

También debemos incluir que los niveles de decisión no necesariamente pertenecen a la esfera del Cabildo como organismo decisorio, sino que también operan los niveles familiares y aquellos que tienen relación de compadrazgo o padrino.

- g) *Un elemento normativo, conforme al cual la respectiva comunidad se rija por un sistema jurídico propio conformado a partir de las prácticas y usos tradicionales tanto en materia sustantiva como procedimental.*

No todas las comunidades pueblos o nacionalidades tienen iguales valores o actos de control social para recuperar el equilibrio comunitario, por lo tanto el nivel de imposición de resoluciones que pertenezcan a la dinámica social de esa circunscripción o localidad. Para lograr el fiel cumplimiento de este parámetro tenemos ahora la acción extraordinaria de protección, donde se podrá analizar jurídicamente pero con la ayuda de los antropólogos para determinar y afianzar la solución otorgada.

En lo que respecta al nivel procedimental ya se ha realizado análisis<sup>31</sup> de los diversos niveles de investigación, enjuiciamiento, sanción y perdón.

- h) *Un ámbito geográfico, en cuanto la norma que establece la jurisdicción indígena remite al territorio.*

Este criterio ya fue absuelto anteriormente bajo el criterio de conflicto o controversia interna.

Consecuente en los momentos actuales debe emprenderse necesariamente la formulación de las circunscripciones territoriales que no solamente servirán para tener acceso real de los datos de población, ubicación, identidad, territorio ancestral, etc., sino que además técnicamente posibilita la for-

31 Tibán, Lourdes, Ilaquiche, Raúl, *Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Editado por la Fundación defensoría Kichwa de Cotopaxi "FUDEKI", 2004. Véase p. 42, "Procedimientos en la administración de justicia indígena".

mación de regímenes especiales consagrados en el artículo 257 de la Constitución de la República del Ecuador y además, encamina la realización de las consultas previas como ejecución de un derecho colectivo.

- i) *Un factor de congruencia, en la medida en que el orden jurídico tradicional de estas comunidades no puede resultar contrario a la Constitución y a los Instrumentos Internacionales.*

Se ha debatido *in extenso* este tema y no existe un verdadero consenso, sobre todo en la permisividad de castigos en la competencia penal, ya que se sostiene que estos actos de carácter represivo si no son considerados tortura son tratos inhumanos crueles o degradantes.

En todo caso tenemos dos formas de control: el primero, la ayuda antropológica mediante experticias como se lo realizó en el denominado caso la “Esperanza” relatado anteriormente y que la fase constitucional de hábeas corpus se encuentra actualmente en la Corte Constitucional en período de transición. La filosofía andina o amazónica es diferente a la occidental y la manera de evitar prejuicios o conjeturas en este aspecto es la educación y formación del sistema jurídico ancestral; la segunda, por medio de la acción extraordinaria de protección que debe presentarse ante el mismo organismo constitucional.

El Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 345 determina las causales de declinación de competencia cuando:

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

### 5.7. Tratamiento y valor de los instrumentos escritos originados

Debo indicar que no necesariamente vamos a encontrar de manera diáfana la oralidad en estos procedimientos, sino que la utilización de documentos

es muy usada entre las comunidades indígenas como una expresión de seriedad y simbolismo, inclusive se han utilizado determinadas frases que son frecuentes en el sistema jurídico ordinario.

En este contexto tenemos libros de actas, resoluciones, reglamentos, documentos de garantía, etc.

La validez no podría jamás emularse al tratamiento procurado en las leyes procesales civiles, sino que al contrario deben incluir procedimientos flexibles, como la constancia certificada por el Secretario, o también la expedición de decisiones que contengan mínimamente la identificación de las autoridades indígenas, los sujetos intervinientes (en este caso debe constar la persona que recurrió a la autoridad), la relación del caso, el resumen de las deliberaciones y la resolución adoptada.

Para la evacuación de las garantías procesales constitucionales deben dejarse por escrito este tipo de fallos.

En el supuesto que no exista esa constancia debería nombrarse a un experto antropólogo para que se dirija a la comunidad y realice la investigación pertinente de lo ocurrido, debiendo expresarlo en el informe pericial respectivo.

## **5.8. Antropólogos Jurídicos, Fiscales Indígenas y Jueces(as) Indígenas**

La eficacia de tener funcionarios (as) que conozcan sobre estos temas interculturales es vital para la vigencia de un ordenamiento, ya que de nada serviría tener una Ley sin los actores claves de este proceso.

La presencia de especialistas en Antropología Jurídica en la práctica nos ha servido bastante para mejorar nuestras defensas o para decidir en términos de justicia y equidad.

Los Fiscales indígenas deben mantenerse, pero deben tener no una orientación de asimilación del sistema jurídico ordinario sino de respeto a los derechos colectivos. Tampoco puede considerarse personal que vaya a realizar las tareas normales de competencia de otros servidores similares. Por la experiencia que tengo en este tema es menester contar con personal que conozca el idioma de las comunidades; no solamente es una proyección reivindicadora, sino que permite efectivizar el acceso a la justicia, además de permitir la confianza de los usuarios.

Es necesario que los Fiscales Distritales también tengan conocimientos en esta materia, caso contrario de nada sirve tener en la instancia inicial especialización.

En este mismo sentido deben empezarse a designar jueces (as) indígenas en la aplicación de acciones afirmativas o positivas, para el ingreso de un porcentaje de profesionales pertenecientes a las diferentes nacionalidades y pueblos indígenas.

Es muy difícil adaptarse o pensar con una nueva filosofía amazónica, andina, etc., cuando no se ha nacido, crecido y desarrollado en este medio. El aprendizaje de vivir en comunidad y sentir, se obtiene desde el inicio de la vida.

### 5. 9. Consulta previa y obligatoria

Es la fase más delicada de este esfuerzo en virtud de la coherencia que exige el tratamiento de este proyecto de Ley, por cuanto la consulta previa<sup>32</sup> debe ser a más de una exigencia, una necesidad vital porque este proyecto demandará un gran esfuerzo para lograr el diálogo pacífico que hemos sostenido. Podemos anticiparnos a un resultado negativo obtenido después de la consulta obligatoria, es decir que los integrantes de los pueblos y nacionalidades indígenas se expresen mayoritariamente que no desean tener una ley de compatibilización, situación en la cual a pesar de que la Constitución de la República exija la creación de este cuerpo normativo, deberá ceder al principio de autodeterminación de los pueblos y simplemente se deberá trabajar en la aptitud y actitud de jueces, fiscales y actores claves para la exigencia del cumplimiento directo e inmediato de la Constitución, en cada caso concreto.

A su vez la Corte Constitucional aprovechando la casuística ocasionada por las garantías procesales constitucionales, deberá ir creando jurisprudencia obligatoria para determinar los límites del artículo 171 tantas veces invocado.

### 5.10. Cooperación del Estado con el sistema jurídico indígena

La Constitución Boliviana prevé mecanismos de cooperación entre las instituciones del Estado para garantizar el cumplimiento de los objetivos del sis-

32 Artículo 57 numeral 17 de la Constitución de la República del Ecuador: "Ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de los derechos colectivos".

tema jurídico indígena, situación que debe emularse en el proyecto de Ley. Así por ejemplo: si en una comunidad no se ha podido tener la presencia de un inculpado para su juzgamiento, el Presidente del Cabildo podría emitir una solicitud a la Policía Judicial para que aprehendan y lo pongan a órdenes de la autoridad indígena.

Igualmente en los procesos de filiación e identidad de los integrantes de la comunidad debe coordinar con las autoridades, para que éstos adopten su registro y luego avale obligatoriamente el sistema de Registro Civil.

Los conocimientos técnicos y especializados en otras ramas del saber deben también ponerse a disposición de las autoridades indígenas, para que sus resoluciones adopten un criterio de justicia y certeza.

Los dos sistemas deben retroalimentarse para nutrirse mutuamente de las diversas visiones que no se los observa como disímiles, sino que debemos proyectarnos en la finalidad que tienen estas culturas: *la solución pacífica de sus controversias*.

## VI. Conclusión

Sin lugar a dudas este es un momento de transformaciones que debe aprovecharse en el esfuerzo de la discusión de una Ley de Compatibilización y Coordinación, que podría servir inclusive como modelo para otros estados latinoamericanos.

Es innegable que hemos avanzado notoriamente, pero de nada significará si no existe voluntad política que propugna la convivencia pacífica en diversidad y no solamente el cumplimiento de un mandato constitucional, en el cual como ya habíamos anticipado, debe empezarse respetando la decisión de pueblos y nacionalidades indígenas que tienen para sí también el legado de recuperar y conciliar dos sistemas jurídicos que serán utilizados para asegurar la paz en el Ecuador.

## VII. Bibliografía

- Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad libre de Colombia, Bogotá, 2005.
- Chávez, Gina y García, Fernando, *El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*, FLACSO sede Ecuador, Quito, 2004.
- Código Orgánico de la Función Judicial, R.O. –S 544: 9-marzo-2009.
- Colvin, Jean G, *Arte de Tigua. Una reflexión de la cultura indígena en Ecuador*, Ediciones Abya Yala, Quito, 2004.
- Constitución de la República del Ecuador, 1998.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencias: T-188/93, SU.3813/03, T-324/94, T-496/96, SU-039/97, T-214/97, SU-510/98, T-652/98, T-601/01, T-009/07, T-013/09 entre otras.
- Galeano, Eduardo, *Espejos, una historia casi universal*, Editorial Siglo XXI, 2008.
- García, Fernando, *Formas indígenas de Administración de Justicia. Tres estudios de Caso de la Nacionalidad Quichua de la Sierra y Amazonía ecuatoriana. Actas, XII Congreso Internacional Derecho Consuetudinario y Pluralismo Legal. Desafíos en el Tercer Milenio*, Arica, Chile, marzo 13-17 de 2000.
- Lemos Ingreja, Rebeca, *La diversidad cultural y la impartición de justicia en la ciudad de México: Nuevo reto para los estudios de la Antropología Jurídica*, Ponencia presentada en el Congreso de Antropología Jurídica y Pluralismo Legal, Arica, 2000.
- Llasag Fernández, Raúl, “Plurinacionalidad: una propuesta Constitucional Emancipadora”, en Ávila Santamaría, Ramiro (ed.), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito - Ecuador, 2008.
- , *La jurisdicción indígena en los convenios internacionales y Constitución Política del Ecuador*. Aporte doctrinario al Módulo de derechos Humanos para juezas y jueces del Ecuador. Consultoría realizada para el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, diciembre 2008.
- Tibán, Lourdes, Ilaquiche, Raúl, *Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*, Editado por la Fundación Defensoría Kichwa de Cotopaxi “FUDEKI”, 2004.

- Van Cott, Donna Lee, *Pluralismo Legal y Administración de Justicia Comunitaria Informal en América Latina*, Ponencia preparada para la conferencia “Instituciones Informales y Política Latinoamericana, Universidad de Harvard, y el Instituto Helen Kellog para asuntos internacionales, Universidad de Notre Dame.
- Villar Borda, Luis, *Derechos Humanos: Responsabilidad y Multiculturalismo*, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, Bogotá, 1998.